

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Ана М. Лазаревић

**РАДНИ СПОРОВИ У ВЕЗИ СА
КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊЕМ
ЗАПОСЛЕНИХ И МЕТОДИ ЗА ЊИХОВО
РЕШАВАЊЕ**

Докторска дисертација

Београд, април 2019

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Ana M. Lazarević

**LABOR DISPUTES RELATED TO COLLECTIVE
DISMISSAL OF EMPLOYEES AND METHODS
FOR DISPUTE RESOLUTION**

Doctoral Dissertation

Belgrade, April 2019

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор:

Проф. др Љубинка Ковачевић
ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови Комисије:

Проф. др Бранко Лубарда
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Проф. др Предраг Јовановић
редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Датум одбране:

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

РАДНИ СПОРОВИ У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊЕМ ЗАПОСЛЕНИХ И МЕТОДИ ЗА ЊИХОВО РЕШАВАЊЕ

Резиме:

Колективно отпуштање запослених представља комплексан феномен и маркантно обележје савременог економског поретка. У ери глобализације економије, праћене мобилношћу рада и капитала и јаком међудржавном и међукомпанијском конкуренцијом, смањење трошкова пословања постаје императив за очување и унапређење тржишне конкурентности и профитабилности. Истовремено, континуирани револуционалан технолошки напредак почев од последњих деценија двадесетог века довео је до драстичног опадања броја расположивих послова, као и стварања значајног броја квалификованих и специјализованих кадрова у свим научним и стручним областима. Наведене околности резултирају тиме да су трошкови радне снаге често први "на удару" мера за реорганизацију предузећа и консолидацију пословања, будући да је створено уверење да су запослени најлакше замењива ставка у пословању, те да колективно отпуштање запослених представља најмање ризичну меру за унапређење пословних резултата.

Потреба за посебном заштитом запослених од негативних последица реструктурирања предузећа препозната је на међународном нивоу још шездесетих година прошлог века. Установљавање ове врсте правних правила наилазило је на отпор од стране послодаваца, будући да је отказ због пословних потреба предузећа традиционално схватан као суверено право послодаваца, средство флексибилног прилагођавања условима тржишне конкуренције, чије вршење не подлеже ригидним ограничењима заштитног радног законодавства. Компромис је постигнут усвајањем међународних радних стандарда, којима је послодавцима признато суверено управљачко право доношења економских одлука које резултирају колективним отпуштањима, али су уведена одређена ограничења самог поступка колективних отпуштања, у виду обавезе информисања и консултовања представника запослених и информисања надлежне јавне власти о предстојећим колективним отпуштањима.

Паралелно са правилима о посебној заштити запослених за случај колективног отпуштања, установљеним међународним правним изворима, у последњим деценијама прошлог века све учесталије се истичу захтеви за "флексибилизацијом" и "дереглементацијом" норми заштитног радног законодавством, који су на комунитарном нивоу формализовани промовисањем тзв. концепта "флексиурности" у првој деценији овог миленијума, чији су основни постулати релативизовање стабилности запослења и јачање активне политике запошљавања и система социјалне сигурности. Међутим, смањење нивоа заштите запослених од незаконитог отказа, као последица усвајања овог концепта, у великом броју земаља није праћен истовременим квалитетним развојем активне политике запошљавања и система социјалне сигурности. Резултат недоследне имплементације концепта флексиурности је да послодавци имају врло флексибилне могућности отпуштања запослених које из пословних разлога утврде вишком, уз релативно ниске трошкове и ризике утврђивања незаконитости таквих отказа, док запосленима често није обезбеђена истовремена могућност скорог проналаска новог запослења и примања којима би до тада био обезбеђен пристојан животни стандард и људско достојанство.

Стога је циљ истраживања које је предмет докторске дисертације да се (1) укаже на комплексност правног положаја запослених у случају одлуке послодавца о колективном отпуштању и могуће повреде права до којих може доћи у вези са овим поступцима, да се (2) утврде врсте и предмет радних спорова до којих може доћи у вези са колективним отпуштањем, да се (3) испитају најподеснији и најделотворнији правни и институционални механизми решавања радних спорова проистеклих из поступака колективног отпуштања, да се (4) утврди неопходан ниво гаранција материјалних права запослених у случају колективног отпуштања који је услов ефикасности судске заштите и других метода решавања радних спорова, да се (5) испита ниво гаранција права запослених за случај колективног отпуштања, који је обезбеђен у домаћем праву, да се (6) утврди да ли у Републици Србији постоје адекватни правни и институционални механизми решавања радних спорова проистеклих из поступка колективног отпуштања, да се (7) утврди да ли у оквиру постојећег правног режима колективног отпуштања и нивоа гаранција права успостављених позитивним прописима, постојећи механизми решавања радних спорова уопште могу обезбедити ефикасно решавање радних спорова и адекватну заштиту права запослених, да се (8) утврди који методи решавања радних спорова,

односно њихове комбинације, *de lege lata* резултирају најефикаснијом заштитом права запослених, као и да се (9) сагледају могућности унапређења заштите и предложена *de lege ferenda* решења, имајући у виду међународне правне изворе, упоредноправна решења и правну праксу у међународном окружењу и у Републици Србији.

У том циљу, на самом почетку рада се испитују појам и разлози који доводе до колективних отпуштања, као и питање да ли у савременим условима уопште постоји могућност да се спрече или ограничи ови процеси у функцији одржавања конкурентности и повећања профитабилности предузећа, како са теоријског аспекта, тако и кроз призму међународних радних стандарда и правног режима колективног отпуштања запослених у француском, италијанском, немачком и хрватском праву, која су одабрана као истраживачки узорак. Истовремено се врши анализа гаранција права признатих запосленима на међународном нивоу и у наведеним страним правима, као и гаранција права признатих запосленима у домаћем праву, како би се утврдио ниво заштите запослених у Републици Србији у односу на међународне и националне радне стандарде.

Потом се врши класификација карактеристичних врста и предмета радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених, који су детерминисани садржином права запослених која могу бити повређена у поступку колективног отпуштања. Важност утврђивања типичних радних спорова је у томе што омогућава испитивање најподеснијих и најделотворнијих метода њиховог решавања, као и преиспитивање постојећих законских решења, будући да радни спорови представљају "лакмус" који индикује како правне празнине и недостатке прописа, тако и ниво гаранција права запослених.

У наставку се истражују могућности превенције радних спорова, како кроз потенцијале колективног преговарања и партиципације запослених, тако и кроз комплекснији отказни поступак и правне механизме установљене у неким страним правима са циљем предупређења судског епилога насталих спорова.

Анализа метода решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених започиње анализом потенцијала алтернативних (мирних) метода решавања радних спорова, који омогућавају коначно решавање радног спора у краткој јединици времена. Посебан акценат стављен је на испитивање у којој мери добровољност ових метода, представља препреку њиховој делотворности у споровима насталим у вези са колективним отпуштањима, имајући у виду тешко

уочљив заједнички интерес послодавца и запослених за мирним решавањем спора у ситуацији када нити постоји лични конфликт, нити могућност наставка запослења. У том смислу се испитује у којој мери би увођење обавезности ових метода могло да поспешу њихово коришћење и ефикасност.

Истраживање се наставља анализом судског решавања радних спорова, као несумњиво најраспрострањенијег метода, с обзиром да судска заштита од незаконитих аката послодавца представља суштински елемент начела сигурности запослења и права на рад, те има највећи ауторитет и велику стваралачку улогу у радном праву, као и моћ да успостави равнотежу интереса две суштински неравноправне стране. Међутим, недостатак тог метода је трајање судског поступка, због чега је посебан акценат стављен на истраживање механизма којима би се омогућило пружање судске заштите запосленима у краћој јединици времена што ширем кругу запослених.

Широке надлежности у надзору над применом закона и хитност поступања инспекције рада дају овом државном органу снажан потенцијал у поступцима колективног отпуштања. Стога је истраживање овог метода усмерено на испитивање надлежности инспекције рада у домаћем праву кроз призму међународних и радних стандарда и стандарда успостављених у страним правима, са циљем утврђивања могућности одређених унапређења ради превенције и решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених.

Коначно, у раду се истражују и могућности решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањима путем индустријске акције, при чему је посебна пажња посвећена њеном легитимитету, уколико има за циљ спречавање ових процеса, као и потенцијалима ових метода у савременом друштву, с обзиром на континуирано опадање њиховог коришћења и постављање ограничења за остваривање тог права.

Кључне речи: колективно отпуштање, вишак запослених, радни спор, мирење, посредовање, арбитража, судски поступак, инспекција рада, штрајк

Научна област: Правне науке

Ужа научна област: Радноправна област

УДК број: 349.2:331.

INFORMATION ABOUT DOCTORAL DISSERTATION

LABOR DISPUTES RELATED TO COLLECTIVE DISMISSAL OF EMPLOYEES AND METHODS FOR DISPUTE RESOLUTION

Summary:

Collective dismissal of employees is a complex phenomenon and a distinctive feature of the modern economic order. In the era of the globalization of the economy, accompanied by the mobility of labor and capital and strong inter-state and inter-company competition, the reduction of the operating costs becomes imperative for the preservation and improvement of market competitiveness and profitability. At the same time, the continuous revolutionary technological advancement, starting from the last decades of the twentieth century, has led to a drastic decline in the number of available jobs, as well as to the creation of a significant number of qualified and specialized staff in all scientific and professional fields. These circumstances result in the fact that manpower costs are often the first to "bore the brunt" of the measures for reorganization of the companies and business consolidation, since it has been established that the employees are the easiest substitutive item in the business, and that collective dismissal of employees represents the least risky measure for the improvement of business results.

Need for special protection of employees against the negative repercussions of company restructuring has been recognized at the international level since the 1960s. The establishment of this kind of legal rules has been resisted by employers since the dismissal due to business needs of the company was traditionally conceived as the sovereign right of employers, an instrument of flexible adjustment to the conditions of market competition, whose performance is not subject to rigid restrictions of protective labor legislation. The compromise was achieved by the adoption of international labor standards, which gave employers the sovereign management right to make economic decisions resulting in collective dismissals, but certain restrictions on the collective dismissal procedure were introduced in the form of the obligation to inform and consult representatives of the employees and to inform the competent public authority about the upcoming collective dismissals.

Parallel with the rules on special protection of employees in the case of collective dismissal, established by international legal sources, in the last decades of the last century the demands for "flexibility" and "deregulation" of the norms of the protective labor

legislation, which are formalized at the communitarian level by formalizing the so-called concept of "flexicurity" in the first decade of this millennium, basic postulates of which are relativization of employment stability and the strengthening of an active employment policies and social security systems. However, reducing the level of protection of employees from unlawful dismissal, as a consequence of adopting this concept, in many countries is not accompanied by the simultaneous quality development of active employment policy and social security system. The result of an inconsistent implementation of the flexicurity concept is that employers have very flexible options for dismissal of employees, which are determined as redundant upon the business reasons, with relatively low costs and risks of establishing the unlawfulness of such dismissals, while employees are often not provided with the simultaneous possibility of finding new job and benefits that would have ensure a decent standard of living and human dignity until then.

Therefore, the aim of the research that is the subject of the doctoral dissertation is to (1) point to the complexity of the legal position of employees in the event of a decision on collective dismissal by the employer and possible violations of the rights that may arise in relation with these procedures, to (2) determine types and subject of labor disputes that may arise in connection with collective dismissal, to (3) examine the most appropriate and most effective legal and institutional mechanisms for resolving labor disputes arising from collective dismissal procedures, (4) determine the necessary level of guarantees for the substantive rights of employees in case of collective dismissal, which is a condition for the efficiency of judicial protection and other methods of labor disputes resolving, to (5) examine the level of guarantees of the rights of employees in the case of collective dismissal, provided in domestic law, to (6) determine whether in the Republic of Serbia exist adequate legal and institutional mechanisms for resolving labor disputes arising from the collective dismissal procedure, to (7) determine whether within the existing legal regime of collective dismissal and the level of guarantees of the rights established by the applicable law, the existing mechanisms for resolving labor disputes could provide efficient settlement of labor disputes and adequate protection of the rights of employees at all, to (8) determine which methods of resolving labor disputes, i.e. combinations of methods, *de lege lata* result in the most effective protection of the rights of employees, and to (9) perceive the possibilities to improve protection and propose a certain *de lege ferenda* solutions, taking into account international legal sources, comparative legal solutions and legal practice in the international environment and in the Republic of Serbia.

To this end, at the very beginning of the thesis, the concept and reasons that lead to collective dismissals are examined, as well as the question whether in modern conditions exists a possibility at all to prevent or limit these processes in the function of maintaining competitiveness and increasing the profitability of the company, both from the theoretical aspect, as well as through the prism of international labor standards and the legal regime for the collective dismissal of employees in French, Italian, German and Croatian law, which were selected as a research sample. At the same time, the analysis of guarantees of rights recognized to employees at the international level and in the abovementioned foreign rights, as well as a guarantee of the rights recognized by employees in domestic law, is performed in order to determine the level of protection of employees in the Republic of Serbia in relation to international and national labor standards.

Afterwards, there is a classification of the characteristic types and subjects of labor disputes related to the collective dismissal of employees, which are determined by the content of the rights of employees which may be violated in the collective dismissal procedure. The importance of defining typical labor disputes is that it enables examination of the most suitable and most efficient methods of their resolution, as well as reviewing existing legal solutions, since labor disputes are "litmus", which indicates both legal gaps and defects in regulations, as well as the level of guarantee of the rights of employees.

The possibilities of prevention of the labor disputes are examined further, through the potentials of collective negotiations and participation of employees, as well as through a more complex dismissal procedure and legal mechanisms established in some foreign laws, in order to overcome the judicial epilogue of the resulting disputes.

Analysis of the methods of solving labor disputes regarding collective dismissal of employees begins with the analysis of the potential of alternative (peaceful) methods of solving labor disputes, which enable the final solution of the dispute in a short term. Particular emphasis is on examination of the extent in which the voluntariness of these methods constitutes an obstacle to their effectiveness in disputes arising in relation with collective dismissals, taking into account the hardly visible common interest of the employer and employees in the peaceful resolution of the dispute in a situation where neither personal conflict nor the possibility of continuation of the employment exists. In this regard, it is examined to what extent the introduction of these methods as mandatory could accelerate use and efficiency of the same.

The research continues with the analysis of the judicial resolution of labor disputes, as undoubtedly the most widely used method, since the judicial protection from the

unlawful acts of the employer is an essential element of the principle of employment security and the right to work, and has the highest authority and great creative role in labor law, as well as the power to constitute a balance of interest between the two essentially unequal parties. However, the lack of this method is the length of the court procedure, which is why special emphasis is on the research of the mechanisms that would enable the provision of judicial protection to a wider circle of employees in a shorter term.

Wide jurisdiction in the supervision of the application of law and the urgency of the conduction of labor inspection give this state authority a strong potential in collective dismissal procedures. Therefore, the research of this method is aimed at examining the jurisdiction of labor inspection in domestic law through the prism of international and labor standards and standards established in foreign laws, with the aim of determining the possibility of certain improvements in the prevention and resolution of labor disputes regarding collective dismissal of employees.

Finally, in the thesis are also examined the possibilities of solving labor disputes related to collective dismissals through industrial action, with special attention to its legitimacy, if it aims to prevent these processes, as well as the potentials of these methods in contemporary society, taking into account continuous decline in the use of the same and the setting of restrictions for the exercise of that right.

Key words: collective dismissal, employee surplus, labour dispute, conciliation, mediation, arbitration, labour litigation, labour inspection, strike

Scientific field: Legal Sciences

Narrow scientific field: Labor Law

UDC number: 349.2:331.

САДРЖАЈ

УВОДНА РАЗМАТРАЊА.....	16
I. КОЛЕКТИВНО ОТПУШТАЊЕ ЗАПОСЛЕНИХ	
1. Појам колективног отпуштања запослених.....	24
1.1. Општа разматрања.....	24
1.2. Узроци колективног отпуштања.....	28
1.2.1. Економске промене.....	29
1.2.2. Технолошке промене.....	34
1.2.3. Организационе (структурне) промене.....	35
1.2.4. Производне промене.....	36
1.3. Непосредни разлози колективног отпуштања.....	36
1.3.1. Уводна разматрања.....	36
1.3.2. Престанак потребе за радом запослених.....	37
1.3.3. Смањење потребе за радом запослених.....	41
1.3.4. Неопходност измене уговорених услова рада	42
1.4. Право послодавца да одлучује о колективном отпуштању и његове границе.....	44
2. Настанак и развој посебних правила о колективном отпуштању запослених.....	50
2.1. Историјски развој уређивања колективног отпуштања.....	50
2.2. Садржина начела сигурности запослења.....	56
2.3. Настанак, развој и садржина концепта флексибилности.....	59
2.4. Утицај концепта флексибилности на правни режим колективног отпуштања.....	64
3. Међународни стандарди од значаја за колективна отпуштања.....	67
3.1. Универзални међународни радни стандарди.....	67
3.1.1. Препорука број 119.....	67
3.1.2. Конвенција број 158 и Препорука број 166.....	70
3.2. Стандарди Савета Европе.....	78
3.2.1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.....	78
3.2.2. Ревидирана европска социјална повеља.....	80
3.3. Право Европске уније.....	86
3.3.1. Концепција колективног отпуштања у праву Европске уније.....	86
3.3.1.1. Престанак радног односа на иницијативу послодавца.....	88
3.3.1.2. Разлог престанка радног односа независан за личност запосленог.....	89
3.3.1.3. Организациони ниво на коме се врши колективно отпуштање.....	90
3.3.1.4. Појам запосленог релевантан за квалификацију колективног отпуштања.....	95
3.3.2. Круг заштићених лица.....	96
3.3.3. Учешће представника запослених у поступку колективног отпуштања.....	97
3.3.3.1. Уводне напомене.....	97
3.3.3.2. Моменат обавезе информисања и консултовања.....	98
3.3.3.3. Послодавац као субјект обавезе информисања и консултовања.....	99
3.3.3.4. Представници запослених као субјект права	

	на информисање и консултовање.....	100
3.3.3.5.	Садржај права на информисање.....	103
3.3.3.6.	Садржај права на консултовање.....	104
3.3.3.7.	Последице повреде права на информисање и консултовање.....	106
3.3.4.	Улога јавне власти у поступку колективног отпуштања.....	108
3.3.4.1.	Уводне напомене.....	108
3.3.4.2.	Обавеза информисања јавне власти о колективном отпуштања.....	108
3.3.4.3.	Период "замрзавања" отказа.....	108
3.3.4.4.	(Не)могућност јавне власти да забрани колективно отпуштање.....	110
3.3.4.5.	Мере за ново запошљавање отпуштених радника.....	113
3.3.4.6.	Последице повреде обавеза према надлежној јавној власти.....	113
4.	Правни режим колективног отпуштања у страним правима.....	114
4.1.	<i>Избор истраживачког узорка.....</i>	<i>114</i>
4.2.	<i>Појам и разлози колективног отпуштања.....</i>	<i>115</i>
4.2.1.	Појам и разлози колективног отпуштања у француском праву.....	115
4.2.2.	Појам и разлози колективног отпуштања у италијанском праву.....	119
4.2.3.	Појам и разлози колективног отпуштања у немачком праву.....	123
4.2.4.	Појам и разлози колективног отпуштања у хрватском праву.....	129
4.3.	<i>Круг заштићених лица.....</i>	<i>135</i>
4.3.1.	Круг заштићених лица у француском праву.....	135
4.3.2.	Круг заштићених лица у италијанском праву.....	136
4.3.3.	Круг заштићених лица у немачком праву.....	136
4.3.4.	Круг заштићених лица у хрватском праву.....	137
4.4.	<i>Посебна заштита од колективног отпуштања.....</i>	<i>138</i>
4.4.1.	Посебна заштита од колективног отпуштања у француском праву.....	138
4.4.2.	Посебна заштита од колективног отпуштања у италијанском праву.....	138
4.4.3.	Посебна заштита од колективног отпуштања у немачком праву.....	139
4.4.4.	Посебна заштита од колективног отпуштања у хрватском праву.....	141
4.5.	<i>Критеријуми за утврђивање вишка запослених.....</i>	<i>143</i>
4.5.1.	Појам и утврђивање критеријума.....	143
4.5.1.1.	Појам и утврђивање критеријума у француском праву.....	143
4.5.1.2.	Појам и утврђивање критеријума у италијанском праву.....	144
4.5.1.3.	Појам и утврђивање критеријума у немачком праву.....	144
4.5.1.4.	Појам и утврђивање критеријума у хрватском праву.....	145
4.5.2.	Начин примене критеријума.....	145
4.5.2.1.	Начин примене критеријума у француском праву.....	145
4.5.2.2.	Начин примене критеријума у италијанском праву.....	147
4.5.2.3.	Начин примене критеријума у немачком праву.....	148
4.5.2.4.	Начин примене критеријума у хрватском праву.....	150
4.5.3.	Врсте критеријума.....	151
4.5.3.1.	Врсте критеријума у француском праву.....	151
4.5.3.2.	Појам и утврђивање критеријума у италијанском праву.....	152
4.5.3.3.	Појам и утврђивање критеријума у немачком праву.....	154

4.5.3.4.	Појам и утврђивање критеријума у хрватском праву.....	158
4.5.4.	Забрањени критеријуми.....	161
4.5.4.1.	Забрањени критеријуми у француском праву.....	161
4.5.4.2.	Забрањени критеријуми у италијанском праву.....	161
4.5.4.3.	Забрањени критеријуми у хрватском праву.....	162
4.6.	<i>Мере за запошљавање вишка запослених.....</i>	<i>162</i>
4.6.1.	Концепт мера за запошљавање.....	162
4.6.1.1.	Концепт мера за запошљавање у француском праву.....	162
4.6.1.2.	Концепт мера за запошљавање у италијанском праву.....	164
4.6.1.3.	Концепт мера за запошљавање у немачком праву.....	165
4.6.1.4.	Концепт мера за запошљавање у хрватском праву.....	166
4.6.2.	Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање.....	167
4.6.2.1.	Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање у француском праву.....	167
4.6.2.2.	Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање у немачком праву.....	168
4.6.3.	Врсте мера за запошљавање.....	169
4.6.3.1.	Врсте мера за запошљавање у француском праву.....	169
4.6.3.1.1.	Превентивне мере ради спречавања настанка вишка запослених.....	169
4.6.3.1.2.	Мере ради спречавања отпуштања вишка запослених.....	171
4.6.3.1.2.1.	Додатне обуке.....	171
4.6.3.1.2.2.	Премештај на друге послове.....	172
4.6.3.1.3.	Мере ради ублажавања последица отказа.....	174
4.6.3.1.4.	Предност у случају потребе послодавца за новим запошљавањем.....	176
4.6.3.1.5.	Посебне обавезе послодавца са најмање 1.000 запослених.....	176
4.6.3.2.	Врсте мера за запошљавање у италијанском праву.....	177
4.6.3.2.1.	Превентивне мере ради спречавања настанка вишка запослених.....	177
4.6.3.2.1.1.	Упућивање на плаћено одсуство или скраћивање радног времена.....	177
4.6.3.2.1.2.	Превентивне мере утврђене колективним уговорима.....	178
4.6.3.2.2.	Мере ради спречавања отпуштања вишка запослених.....	179
4.6.3.2.3.	Мере ради ублажавања последица отказа.....	180
4.6.3.2.3.1.	"Стављање у мобилност".....	180
4.6.3.2.3.2.	Преквалификација и доквалификација.....	181
4.6.3.3.	Врсте мера за запошљавање у немачком праву.....	181
4.6.3.3.1.	Мере ради спречавања настанка вишка запослених.....	181
4.6.3.3.2.	Мера ради спречавања отпуштања вишка запослених.....	182
4.6.3.3.2.1.	Премештај на друго радно место.....	182
4.6.3.3.2.2.	Измена уговорених услова рада.....	184
4.6.3.3.2.3.	Отказ са понудом измењеног уговора о раду.....	185
4.6.3.3.2.4.	Доквалификација или преквалификација.....	186
4.7.	<i>Учешће представника запослених у одлучивању о колективном отпуштању.....</i>	<i>188</i>
4.7.1.	Појам и начин одређивања представника запослених.....	188
4.7.1.1.	Појам и начин одређивања представника запослених у француском праву.....	188
4.7.1.2.	Појам и начин одређивања представника запослених у италијанском праву.....	189
4.7.1.3.	Појам и начин одређивања представника запослених у	

	немачком праву.....	189
4.7.1.4.	Појам и начин одређивања представника запослених у хрватском праву.....	191
4.7.2.	Права представника запослених.....	193
4.7.2.1.	Права представника запослених у француском праву.....	193
4.7.2.1.1.	Право на информисање.....	193
4.7.2.1.2.	Право на консултовање.....	194
4.7.2.2.	Права представника запослених у италијанском праву.....	197
4.7.2.2.1.	Право на информисање.....	197
4.7.2.2.2.	Право на консултовање.....	198
4.7.2.3.	Права представника запослених у немачком праву.....	200
4.7.2.3.1.	Уводне напомене.....	200
4.7.2.3.2.	Право на информисање.....	201
4.7.2.3.3.	Право на консултовање.....	203
4.7.2.3.4.	Специфична права савета запослених у случају "суштинских промена у погону".....	204
4.7.2.3.4.1.	"Помирење интереса" (<i>Interessenausgleich</i>).....	204
4.7.2.3.4.2.	Доношење социјалног плана.....	205
4.7.2.4.	Права представника запослених у хрватском праву.....	208
4.7.2.4.1.	Право на информисање.....	208
4.7.2.4.2.	Право на консултовање.....	209
4.8.	<i>Учешће јавне власти у спречавању и ублажавању последица колективног отпуштања</i>	211
4.8.1.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти.....	211
4.8.1.1.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у француском праву.....	211
4.8.1.2.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у италијанском праву.....	212
4.8.1.3.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у немачком праву.....	213
4.8.1.4.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у хрватском праву.....	214
4.8.2.	Мере за ново запошљавање отпуштених радника.....	214
4.8.2.1.	Мере за ново запошљавање отпуштених радника у француском праву.....	214
4.8.2.2.	Мере за ново запошљавање отпуштених радника у италијанском праву.....	215
4.8.2.3.	Мере за ново запошљавање отпуштених радника у хрватском праву.....	215
4.8.3.	Одлагање и забрана колективних отпуштања.....	216
4.8.3.1.	Одлагање и забрана колективних отпуштања у француском праву.....	216
4.8.3.2.	Одлагање колективних отпуштања у италијанском праву.....	218
4.8.3.3.	Одлагање колективних отпуштања у немачком праву.....	218
4.8.3.4.	Одлагање колективних отпуштања у хрватском праву.....	219
4.9.	<i>Право на отказни рок у случају отказа</i>	220
4.9.1.	Отказни рок у француском праву.....	220
4.9.2.	Отказни рок у италијанском праву.....	221
4.9.3.	Отказни рок у немачком праву.....	221
4.9.4.	Отказни рок у хрватском праву.....	222
4.10.	<i>Право вишка запослених на отпремнину</i>	224

4.10.1.	Отпремнина у француском праву.....	224
4.10.2.	Отпремнина у италијанском праву.....	224
4.10.3.	Отпремнина у немачком праву.....	225
4.10.4.	Отпремнина у хрватском праву.....	226
5.	Правни режим колективног отпуштања у домаћем праву.....	227
5.1.	<i>Уводна разматрања.....</i>	227
5.2.	<i>Појам и разлози колективног отпуш.....</i>	227
5.2.1.	Проблеми везани за одређивање обавезе доношења програма решавања вишка запослених.....	228
5.2.1.1.	Проблем међусобног односа критеријума за квалификацију вишка запослених.....	228
5.2.1.2.	Проблем утврђивања основа престанка радног односа релевантних за квалификацију вишка запослених.....	231
5.2.2.	Проблем нивоа гаранција права у случају колективног отпуштања.....	232
5.3.	<i>Круг запослених на које се односе правила о колективном отпуштању.....</i>	236
5.3.1.	Општа разматрања.....	236
5.3.2.	Примена правила о вишку запослених у случају преноса одређених активности послодавца на треће лице (<i>outsourcing</i>).....	236
5.3.3.	Ограничена примена правила о вишку запослених у случају стечаја послодавца.....	240
5.4.	<i>Посебна заштита од колективног отпуштања.....</i>	243
5.4.1.	Субјекти и садржина права на посебну заштиту од колективног отпуштања.....	243
5.4.2.	Изостанак заштите особа са инвалидитетом.....	247
5.4.3.	Изостанак заштите представника запослених.....	249
5.5.	<i>Програм решавања вишка запослених.....</i>	251
5.6.	<i>Критеријуми за утврђивање вишка запослених.....</i>	255
5.6.1.	Појам и утврђивање критеријума.....	255
5.6.2.	Начин примене критеријума.....	256
5.6.3.	Врсте критеријума.....	259
5.6.3.1.	Општа разматрања.....	259
5.6.3.2.	Критеријум резултата рада.....	262
5.6.3.2.1.	Мерила за оцену резултата рада.....	262
5.6.3.2.2.	Проблем одређивања референтног периода за оцену резултата рада.....	263
5.6.3.2.3.	Проблем објективности оцене резултата рада.....	265
5.6.3.2.4.	Проблем одређивања релевантне разлике између оцена резултата рада.....	267
5.6.3.2.5.	Питање комплементарности критеријума резултата рада са правном природом института вишка запослених.....	267
5.6.3.3.	Социјално-економски критеријуми.....	269
5.6.3.4.	Критеријуми дужине радног стажа код послодавца (<i>сениорат</i>).....	272
5.6.3.5.	Критеријум тестирања знања и познавања посла.....	274
5.6.4.	Забрањени критеријуми.....	275
5.6.4.1.	Опште напомене.....	275
5.6.4.2.	Здравствено стање запосленог.....	275
5.6.4.3.	Трудноћа и родитељске одговорности запосленог.....	276
5.6.4.4.	Синдикалне и друге активности представника запослених.....	277

5.6.4.5.	Други дискриминаторски критеријуми.....	277
5.7.	<i>Мере за запошљавање..</i>	280
5.7.1.	Појам и начин утврђивања мера за запошљавање.....	280
5.7.2.	Критеријуми за примену мера за запошљавање.....	282
5.7.3.	Врсте мера за запошљавање.....	285
5.7.3.1.	Уводна разматрања.....	285
5.7.3.2.	Премештај на друге послове код послодавца.....	285
5.7.3.3.	Рад са непуним радним временом.....	287
5.7.3.4.	Рад код другог послодавца.....	290
5.7.3.5.	Преквалификација или доквалификација.....	293
5.8.	<i>Учешће представника запослених.....</i>	294
5.8.1.	Уводна разматрања.....	294
5.8.2.	Права репрезентативних синдиката.....	295
5.8.2.1.	Право на информисање.....	295
5.8.2.2.	Право на консултовање.....	296
5.8.2.3.	Положај синдиката који немају својство репрезентативности и других представника запослених.....	297
5.9.	<i>Улога Националне службе за запошљавање у решавању вишкова запослених.....</i>	298
5.9.1.	Уводна разматрања.....	298
5.9.2.	Обавеза обавештавања надлежне јавне власти.....	298
5.9.3.	Предлог мера за ново запошљавање вишка запослених.....	299
5.10.	<i>Отпремнина.....</i>	301
5.11.	<i>Отказни рок.....</i>	305

Део други

РАДНИ СПОРОВИ У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊЕМ

1.	Индивидуални радни спор у вези са колективним отпуштањем.....	306
1.1.	<i>Појам, предмет и субјекти индивидуалног радног спора.....</i>	306
1.2.	<i>Предмет индивидуалног радног спора у вези са колективним отпуштањем.....</i>	309
1.2.1.	Уводна разматрања.....	309
1.2.2.	Повреда правила отказног поступка.....	310
1.2.3.	Пропусти у примени критеријума за селекцију вишка запослених.....	312
1.2.4.	Пропусти у примени мера за запошљавање.....	316
1.2.5.	Повреда права на отпремнину.....	318
1.2.6.	Злоупотреба права у поступку колективног отпуштања.....	318
2.	Колективни радни спор у вези са колективним отпуштањем.....	320
2.1.	<i>Појам, предмет и субјекти колективног радног спора.....</i>	320
2.2.	<i>Правни и интересни колективни радни спорови.....</i>	323
2.3.	<i>Предмет колективног радног спора у вези са колективним отпуштањем.....</i>	324
2.3.1.	Повреда права на партиципацију.....	324
2.3.1.1.	Опструкција именовања представника запослених.....	325
2.3.1.2.	Повреда права на информисање.....	326
2.3.1.3.	Повреда права на консултовање.....	326
2.3.1.4.	Повреда права на саодлучивање.....	327
2.3.2.	Повреда права на синдикално организовање.....	328
2.3.3.	Повреда права на колективно преговарање.....	329
2.3.4.	Повреда права на индустријску акцију.....	329

Део трећи

ПРЕВЕНЦИЈА РАДНИХ СПОРОВА У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ

ОТПУШТАЊЕМ ЗАПОСЛЕНИХ

1. Улога колективних радних права у превенцији радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених.....	330
1.1. Уводна разматрања.....	330
1.2. Право на синдикално организовање.....	331
1.3. Право на колективно преговарање.....	333
1.3.1. Општа разматрања.....	333
1.3.2. Колективно преговарање на нивоу послодавца.....	334
1.3.3. Колективно преговарање на вишим нивоима.....	335
1.3.4. Улога права на колективно преговарање у превенцији радних спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву.....	337
1.4. Право на партиципацију.....	340
1.4.1. Општа разматрања.....	340
1.4.2. Право на информисање и консултовање.....	342
1.4.3. Право на саодлучивање.....	345
1.4.4. Значај партиципације запослених за превенцију спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву.....	347
2. Поступак колективног отпуштања.....	349
2.1. Приговор на листе запослених обухваћених колективним отпуштањем.....	349
2.2. Поступак „индивидуалних“ отказа у поступцима колективног отпуштања.....	350
3. Могућност поравнања пре покрегања судског поступка.....	354

Део четврти

МИРНО РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

1. Појам мирног решавања радних спорова.....	356
2. Правни режим мирног решавања радних спорова.....	358
2.1. Универзални радни стандарди.....	358
2.1.1. Стандарди МОР о колективном преговарању - Конвенција бр. 154 и Препорука бр. 163.....	358
2.1.2. Стандарди МОР о добровољном мирењу и арбитражи - Препорука бр. 92.....	359
2.2. Европски радни стандарди.....	360
2.3. Право Републике Србије.....	360
2.3.1. Закон о мирном решавању радних спорова.....	360
2.3.2. Закон о раду.....	362
2.3.3. Закон о посредовању у решавању спорова.....	363
3. Методи мирног решавања радних спорова.....	364
3.1. Класификација метода мирног решавања радних спорова.....	364
3.2. Проблем одабира најподеснијег метода и проблем конвергенције метода мирног решавања радног спора.....	366
3.3. Предности метода мирног решавања радних спорова.....	367
3.4. Ограничења и ризици метода мирног решавања радних спорова.....	368
3.5. Заступљеност коришћења мирних метода решавања радних спорова.....	370
4. Медијација (посредовање и мирење).....	372
4.1. Појам медијације и однос посредовања и мирења.....	372
4.2. Обавезна медијација као изузетак од начела добровољности АDR метода.....	375
4.2.1. Обавезна медијација као услов за подношење тужбе у радном спору.....	376
4.2.2. Обавезна медијација као услов за ступање у штрајк.....	377

4.3.	<i>Медијатори</i>	379
4.4.	<i>Поступак посредовања</i>	380
4.5.	<i>Поступак мирења</i>	381
4.6.	<i>Услови успешности медијације</i>	383
5.	Арбитража	384
5.1.	<i>Појам арбитраже</i>	384
5.2.	<i>Арбитрабилност радних спорова</i>	385
5.3.	<i>Обавезна арбитража као изузетак од начела добровољности ADR метода</i>	388
5.3.1.	<i>Обавезна арбитража у индивидуалним радним споровима</i>	389
5.3.2.	<i>Обавезна арбитража у колективним радним споровима</i>	391
5.4.	<i>Арбитри</i>	393
5.5.	<i>Поступак арбитраже и правно дејство арбитражне одлуке</i>	395
6.	Методи за мирно решавање радних спорова у домаћем праву	396
6.1.	<i>Посредовање</i>	396
6.1.1.	<i>Поступак и могући исходи посредовања</i>	396
6.1.2.	<i>Правно дејство споразума закљученог у поступку посредовања</i>	398
6.1.3.	<i>Посредници</i>	398
6.1.4.	<i>Заступљеност посредовања као метода решавања радних спорова</i>	398
6.2.	<i>Мирење пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова</i>	399
6.2.1.	<i>Поступак и могући исходи мирења</i>	399
6.2.2.	<i>Правно дејство препоруке и споразума закљученог у поступку мирења</i>	401
6.2.3.	<i>Миритељи</i>	402
6.2.4.	<i>Обавезно мирење</i>	402
6.3.	<i>Арбитража пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова</i>	403
6.3.1.	<i>Поступак и могући исходи арбитраже</i>	403
6.3.2.	<i>Правно дејство арбитражне одлуке</i>	404
6.3.3.	<i>Арбитри</i>	406
6.4.	<i>Заступљеност мирења и арбитраже пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова</i>	406
6.4.1.	<i>Јавно доступни подаци</i>	406
6.4.2.	<i>Разлози незаступљености метода мирног решавања радних спорова у домаћем праву</i>	407
6.5.	<i>Приватна арбитража</i>	409
6.5.1.	<i>Поступак и могући исходи</i>	409
7.	Јавне институције за мирно решавање радних спорова	411
7.1.	<i>Општа разматрања</i>	411
7.2.	<i>Служба за саветовање, мирење и арбитражу (Велика Британија)</i>	412
7.3.	<i>Централни Арбитражни Комитет (Велика Британија)</i>	415
7.4.	<i>Федерална служба за мирење и посредовање (САД)</i>	416
7.5.	<i>Арбитражни савет (Камбоџа)</i>	418
7.6.	<i>Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (Република Србија)</i>	419
8.	Мирно решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањем	422
8.1.	<i>Обавезна медијација у поступку консултација о колективном отпуштању (Италија)</i>	422
8.2.	<i>Обавезна медијација као услов за отказ из економског разлога (Италија)</i>	423
8.3.	<i>Обавезна арбитража приликом одређивања начина примене критеријума за селекцију вишка запослених (Немачка)</i>	423
8.4.	<i>Обавезна арбитража приликом одређивања плана обуке вишка запослених</i>	

(Немачка).....	424
8.5. Добровољна медијација и (не)добровољна арбитража у случају увођења тзв. суштинских промена у погону (Немачка).....	425
8.6. Обавезна арбитража у случају спора о социјалном плату.....	426
9. Подесност и делотворност мирних метода за решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	427
9.1. Подесност медијације (посредовања и мирења) у индивидуалним радним споровима.....	427
9.2. Подесност медијације у интересним колективним радним споровима.....	429
9.3. Подесност медијације у правним колективним радним споровима.....	429
9.4. Подесност арбитраже у индивидуалним радним споровима.....	430
9.5. Подесност арбитраже у интересним колективним радним споровима.....	430
9.6. Подесност арбитраже у правним колективним радним споровима.....	431
9.7. Делотворност ADR метода у споровима у вези колективних отпуштања.....	431

Део пети

СУДСКО РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

1. Право на судску заштиту у радним споровима.....	435
1.1. Право на судску заштиту од незаконитих аката као елемент права на рад.....	435
1.2. Гаранција права на приступ суду.....	436
1.3. Правно дејство одрицања од судске заштите.....	436
2. Организација и надлежност судова за решавање радних спорова.....	438
2.1. Уводна разматрања.....	438
2.2. Специјализовано судство.....	439
2.2.1. Непрофесионални радни трибунали (Француска).....	440
2.2.2. Професионални радни судови (Немачка).....	443
2.3. Судови опште надлежности.....	445
2.3.1. Модел редовних судова са специјализованим већима (Италија).....	445
2.3.2. Модел редовних судова без специјализованих већа (Хрватска).....	447
2.4. Улога Европског суда правде у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	448
2.5. Улога Европског суда за људска права у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	450
2.5.1. Уводне напомене.....	450
2.5.2. Право на правично суђење и делотворан правни лек – суђење у разумном року.....	452
2.5.3. Незаконит отказ као повреда конвенцијских права и слобода.....	456
2.6. Организација и надлежност судова за решавање радних спорова у домаћем праву.....	457
2.6.1. Традиција специјализованог радног судства у домаћем праву.....	460
2.7. Улога Уставног суда Србије.....	461
2.7.1. Општа разматрања.....	461
2.7.2. Поступак оцене уставности и законитости општих аката послодавца.....	462
2.7.3. Уставна жалба.....	464
3. Поступак решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	468
3.1. Општа разматрања.....	468
3.2. Рок за подношење тужбе.....	468
3.3. Трошкови радног спора.....	470
3.3.1. Трошкови радног спора у француском праву.....	470
3.3.2. Трошкови радног спора у немачком праву.....	471

3.3.3.	Трошкови радног спора у италијанском праву.....	472
3.3.4.	Трошкови радног спора у хрватском праву.....	473
3.4.	<i>Терет доказивања у радном спору поводом колективног отпуштања.....</i>	474
3.4.1.	Правила о терету доказивања у француском праву.....	474
3.4.2.	Правила о терету доказивања у немачком праву.....	475
3.4.3.	Правила о терету доказивања у италијанском праву.....	476
3.4.4.	Правила о терету доказивања у хрватском праву.....	478
3.5.	<i>Мирно решавање радног спора у оквиру поступка пред судом.....</i>	478
3.5.1.	Уводне напомене.....	478
3.5.2.	Медијација у току радног спора у француском праву.....	479
3.5.3.	Медијација у току радног спора у немачком праву.....	480
3.5.4.	Медијација у току радног спора у италијанском праву.....	481
3.6.	<i>Одређивање привремених мера у радном спору.....</i>	482
3.6.1.	Привремене мере у француском праву.....	482
3.6.2.	Привремене мере у немачком праву.....	482
3.6.3.	Привремене мере у хрватском праву.....	485
3.7.	<i>Хитност решавања радних спорова.....</i>	486
3.7.1.	Правила о хитном решавању радних спорова у француском праву.....	486
3.7.2.	Правила о хитном решавању радних спорова у немачком праву.....	486
3.7.3.	Правила о хитном решавању радних спорова у италијанском праву.....	488
3.7.4.	Правила о хитном решавању радних спорова у хрватском праву.....	490
3.8.	<i>Границе судске контроле у споровима поводом колективног отпуштања.....</i>	490
3.8.1.	Уводна разматрања.....	490
3.8.2.	Овлашћења француских судова да испитују пословне одлуке послодавца.....	491
3.8.3.	Овлашћења немачких судова да испитују пословне одлуке послодавца.....	494
3.8.4.	Овлашћења италијанских судова да испитују пословне одлуке послодавца.....	496
3.8.5.	Овлашћења хрватских судова да испитују пословне одлуке послодавца.....	498
3.9.	<i>Правне последице одлуке суда о незаконитости отказа.....</i>	499
3.9.1.	Враћање на рад или накнада штете као алтернатива враћању на рад.....	499
3.9.1.1.	Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у француском праву.....	499
3.9.1.2.	Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у немачком праву.....	500
3.9.1.3.	Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у италијанском праву.....	503
3.9.1.3.1.	Права запослених који су радни однос засновали до 7. марта 2015. године.....	504
3.9.1.3.2.	Права запослених који су радни однос засновали после 7. марта 2015. године.....	505
3.9.1.4.	Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у хрватском праву.....	506
3.9.2.	Накнада изгубљених зарада у периоду незапослености.....	509

3.9.2.1. Накнада изгубљених зарада у француском праву.....	509
3.9.2.2. Накнада изгубљених зарада у немачком праву.....	510
3.9.2.3. Накнада изгубљених зарада у италијанском праву.....	511
3.9.2.4. Накнада изгубљених зарада у хрватском праву.....	512
3.9.3. Правне последице повреде отказног поступка у случају када постоји ваљан разлог отказа	513
3.9.3.1. Последице процесних недостатака у француском праву.....	513
3.9.3.2. Последице процесних недостатака у италијанском праву.....	514
4. Поступак решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву.....	516
4.1. <i>Уводне напомене.....</i>	516
4.2. <i>Индивидуални радни спорови поводом колективног отпуштања.....</i>	516
4.2.1. Рок за подношење тужбе и садржина тужбеног захтева.....	516
4.2.2. Трошкови судског решавања радних спорова.....	518
4.2.2.1. Обавеза плаћања и висина судских такси у радном спору.....	519
4.2.2.2. Трошкови заступања у радном спору од стране адвоката.....	521
4.2.2.3. Могућност ослобођења запосленог од плаћања трошкова судског поступка.....	521
4.2.2.4. Приступачност судске заштите са аспекта трошкова радног спора.....	522
4.2.3. Ток судског поступка.....	524
4.2.3.1. Терет доказивања.....	524
4.2.3.2. Привремене мере које се могу одредити у току радног спора.....	527
4.2.3.3. Правила о хитном решавању радних спорова.....	530
4.2.4. Границе судске контроле у споровима поводом колективног отпуштања.....	533
4.2.5. Правне последице одлуке суда о незаконитости отказа.....	536
4.2.5.1. Враћање на рад на исте или одговарајуће послове.....	536
4.2.5.2. Накнада штете као алтернатива враћању на рад.....	542
4.2.5.3. Накнада изгубљених зарада у периоду незапослености.....	545
4.2.5.4. Правне последице повреде отказног поступка у случају када постоји ваљан отказни разлог.....	546
4.2.6. Правне последице одлуке суда о незаконитости измена уговорених услова рада	548
4.3. <i>Колективни радни спорови поводом колективног отпуштања.....</i>	550
4.3.1. Проблем нејасног законског уређења поступка решавања колективних радних спорова.....	550
4.3.2. Поступак решавања и правно дејство судске одлуке у правном колективном радном спору.....	552
4.3.3. Поступак решавања и правно дејство судске одлуке у интересном колективном радном спору.....	554
5. Подесност и делотворност судског решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	555
5.1. <i>Индивидуални радни спорови.....</i>	555
5.1.1. Подесност судског решавања индивидуалних радних спорова у вези са колективним отпуштањима.....	555

5.1.2.	Делотворност судског решавања индивидуалних радних спорова у вези са колективним отпуштањима.....	556
5.2.	<i>Колективни радни спорови.....</i>	559
5.2.1.	Подесност судског решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањима.....	559
5.2.2.	Делотворност судског решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањима.....	561

Део шести

ИНСПЕКЦИЈСКИ НАДЗОР У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊИМА

1.	Појам инспекцијског надзора.....	563
2.	Универзални међународни радни стандарди од значаја за инспекцијски надзор.....	563
2.1.	<i>Опита разматрања.....</i>	563
2.2.	<i>Организација инспекције рада.....</i>	564
2.3.	<i>Надлежности инспекције рада.....</i>	565
2.4.	<i>Мере из надлежности инспекције рада.....</i>	566
3.	Надлежности инспекције рада у страним правима.....	567
3.1.	<i>Надлежност инспекције рада у поступцима колективног отпуштања.....</i>	567
3.2.	<i>Надлежност инспекције рада у области колективног преговарања.....</i>	569
3.3.	<i>Улога инспектора рада у мирном решавању радних спорова.....</i>	569
3.4.	<i>Надлежност у поступку доношења општих аката послодавца.....</i>	571
3.5.	<i>Надлежност за давање претходне сагласности на акте о престанку радног односа.....</i>	572
3.5.1.	Сагласност на отказ уговора о раду заштићеном представнику запослених.....	572
3.5.2.	Сагласност на споразуме о престанку радног односа.....	574
3.5.3.	Сагласност на отказ запосленима са заштићеним родитељским статусом.....	574
4.	Инспекцијски надзор у праву Републике Србије.....	575
4.1.	<i>Уводна разматрања.....</i>	575
4.2.	<i>Организација инспекције рада.....</i>	575
4.3.	<i>Надлежности инспекције рада.....</i>	577
4.4.	<i>Поступак инспекцијског надзора.....</i>	578
4.5.	<i>Мере из надлежности инспекције рада.....</i>	579
4.5.1.	Превентивне мере.....	581
4.5.2.	Мере за отклањање незаконитости/корективне мере.....	582
4.5.3.	Мере за санкционисање незаконитости/репресивне мере.....	584
4.6.	<i>Одлагање извршења решења о отказу до окончања радног спора.....</i>	586
4.6.1.	Правно дејство.....	586
4.6.2.	Однос према привременој мери из судске надлежности.....	590
5.	Подесност и делотворност мера из надлежности инспекције рада у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....	591
5.1.	<i>Потенцијали инспекцијског надзора у превенцији и решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем.....</i>	591
5.2.	<i>Подесност и делотворност општих мера из надлежности инспекције рада у домаћем праву.....</i>	592
5.3.	<i>Подесност и делотворност привремене мере враћања на рад до окончања радног спора у домаћем праву.....</i>	595

Део седми

**РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА ПУТЕМ
ИНДУСТРИЈСКЕ АКЦИЈЕ**

1. Право на индустријску акцију.....	600
1.1. Појам и врсте индустријске акције.....	600
1.2. Субјекти права на индустријску акцију.....	601
2. Штрајк.....	601
2.1. Појам штрајка.....	601
2.2. Правни режим штрајка у међународном и страним правима.....	602
2.3. Субјекти права на штрајк/сукоб концепција.....	605
2.4. Остваривање права на штрајк.....	607
2.4.1. Гласање о штрајку.....	608
2.4.2. Најава штрајка.....	609
2.5. Забрана и ограничавање права на штрајк.....	610
2.5.1. Ограничавање права на штрајк у виталним делатностима.....	613
2.5.1.1. Одређивање појма виталних делатности.....	613
2.5.1.2. Минимум процеса рада током штрајка.....	614
2.5.2. Обавеза мирног решавања спора.....	615
2.5.3. Привремена забрана штрајка.....	616
2.5.4. Забрана штрајка у ванредним околностима.....	617
2.5.5. Клаузуле очувања радног мира.....	618
2.6. Врсте штрајка.....	620
2.7. Престанак штрајка.....	623
2.8. Правне последице штрајка.....	623
2.8.1. Општа разматрања.....	623
2.8.2. Радноправне последице штрајка.....	624
2.8.2.1. Импликације на континуитет радног односа штрајкача.....	624
2.8.2.2. Питање ангажовања радника који би радили уместо штрајкача.....	625
2.8.2.3. Радноправни статус нештрајкача.....	625
2.8.2.4. Зараде и друга примања у штрајку.....	626
2.8.3. Грађанскоправне последице штрајка.....	626
2.8.4. Казненоправне последице штрајка.....	628
3. Штрајк у домаћем праву.....	628
3.1. Појам и субјекти штрајка.....	628
3.2. Врсте штрајка.....	632
3.3. Правни режим штрајка.....	633
3.3.1. Општи режим штрајка.....	633
3.3.1.1. Уводне напомене.....	633
3.3.1.2. Услови за ступање у штрајк.....	634
3.3.1.2.1. Доношење одлуке о ступању у штрајк.....	634
3.3.1.2.2. Обавеза најаве штрајка.....	635
3.3.1.3. Обавеза покушаја мирног решења радног спора током штрајка.....	636
3.3.1.4. Права и обавезе учесника колективног радног спора током штрајка.....	636
3.3.1.5. Права и обавезе представника јавне власти током штрајка.....	637
3.3.2. Посебан режим штрајка.....	637
3.3.2.1. Одређивање виталних делатности у домаћем праву.....	637
3.3.2.2. Услови за ступање у штрајк.....	639

3.3.2.2.1.	Посебна правила о најави штрајка.....	639
3.3.2.2.2.	Одређивање минимума процеса рада.....	640
3.3.2.3.	Обавеза покушаја мирног решавања спора.....	642
3.4.	<i>Престанак штрајка</i>	643
3.5.	<i>Правне последице учешћа у штрајку</i>	644
3.5.1.	Учешће у законитом штрајку.....	644
3.5.2.	Учешће у незаконитом штрајку.....	646
3.5.2.1.	Радноправне последице.....	646
3.5.2.2.	Грађанскоправне последице.....	647
3.5.2.3.	Казненоправне последице.....	647
4.	Друге врсте индустријске акције запослених	648
4.1.	<i>Бојкот</i>	648
4.1.1.	Појам бојкота.....	648
4.1.2.	Врсте бојкота.....	649
4.2.	<i>Пикетинг</i>	649
4.2.1.	Појам пикетинга.....	649
4.2.2.	Врсте пикетинга.....	650
4.3.	<i>Питање допуштености бојкота и пикетинга у домаћем праву</i>	650
5.	Локаут	652
5.1.	Појам локаута.....	652
5.2.	Правни режим локаута.....	652
5.3.	Врсте локаута.....	656
5.4.	Правне последице локаута.....	657
5.5.	Питање дозвољености локаута у домаћем праву.....	657
6.	Подесност и делотворност индустријске акције у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањима	658
6.1.	<i>Уводне напомене</i>	658
6.2.	<i>Подесност индустријске акције за спречавање колективних отпуштања као последица економских одлука власника капитала/управе предузећа</i>	659
6.3.	<i>Подесност индустријске акције за решавање индивидуалних радних спорова у поступцима колективних отпуштања</i>	664
6.4.	<i>Подесност индустријске акције за решавање колективних радних спорова у поступцима колективних отпуштања</i>	666
6.5.	<i>Делотворност индустријске акције у споровима везаним за колективна отпуштања</i>	667
Део осми		
ЗАКЉУЧАК		
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....		
СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА.....		
ДРУГИ ДОКУМЕНТИ.....		

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Колективна отпуштања представљају једно од маркантнијих обележја и неку врсту "хроничне болести" савременог друштва. Глобализација економије, праћена мобилношћу рада и капитала и јаком међудржавном и међукомпанијском конкуренцијом, резултира честим економским кризама у којима се компаније суочавају са знатним тешкоћама у пословању, а често и престанком активности у целини или делимично. Ови проблеми, праћени непрекидним револуционарним технолошким развојем почев од последњих деценија двадесетог века, резултирали су драматичним падом броја расположивих послова, док је, са друге стране, глобални развој образовних система довео до стварања знатног броја квалификованих и специјализованих кадрова у свим научним и стручним областима. Присутна неравнотежа понуде расположивих послова и понуде кадрова нужно је довео до тога да су колективна отпуштања, по правилу, постала прва у низу мера које су послодавци склони да предузму ради решавања проблема у пословању, очувања конкурентности и подизања нивоа профитабилности, јер је створено уверење да су запослени најлакше замењива ставка у пословању, те да колективно отпуштање запослених представља најмање ризичну меру за унапређење пословних резултата. Фреквенција колективних отпуштања остварује свој максимум у транзиционим системима посткомунистичких европских држава које су, вођене буџетским дефицитима и потребом за повећањем конкурентности методом социјалног дампинга, радноправне прописе ставиле у функцију капитала и задовољења других интереса инвеститора, а да истовремено нису успеле да обезбеде ни довољан број расположивих послова, нити иоле пристојан ниво социјалне сигурности и Република Србија у овоме, нажалост, није изузетак.

Феномен колективних отпуштања, са свим својим друштвено-економским, етичким и политичким конотацијама, поставља пред правну науку низ комплексних питања и задатака, који захтевају од теорије радног права целовиту анализу правног положаја запослених у случају колективног отпуштања, утврђивање карактеристичних радних спорова који у овим поступцима могу настати услед повреде индивидуалних и колективних права запослених, као и анализу најделотворнијих метода превенције и решавања ових спорова. Изучавање

наведених питања има не само теоријски, већ и посебан практични значај у Републици Србији, с обзиром на учесталост колективних отпуштања, велику неизвесност у погледу новог запошљавања вишкова запослених, као и изузетно низак ниво накнада за случај незапослености, што носи ризик друштвене маргинализације и сиромаштва великог броја бивших запослених који тржиште рада није у стању да апсорбује. С друге стране, како прописи, тако и уобичајена пракса, предоминантно су усмерени ка судској заштити у решавању спорова, што долази прекасно, када је запослени већ добио отказ или, у страху од губитка посла, прихватио неодговарајуће и често понижавајуће услове рада. Положај запослених додатно отежава чињеница да су судови недовољно ефикасни, да поступци трају предуго, као и да не постоји јединствена судска пракса која би исход спорова учинила извеснијим и тиме редуковала њихов број и дужину. Стиче се утисак да су алтернативне могућности решавања, али и превенције спорова, недовољно искоришћене, а да би њиховом употребом могао бити унапређен ниво заштите индивидуалних и колективних радних права.

Својеврстан изазов који представља оваква врста истраживања нас је и навео да управо ову проблематику одаберемо за *предмет* истраживања, који је условио и *циљ* рада, а то је да се укаже на комплексност правног положаја запослених у случају одлуке послодавца о колективном отпуштању и могуће повреде права до којих може доћи у вези са овим поступцима, да се утврде врсте и предмет радних спорова до којих може доћи у вези са колективним отпуштањем, да се испитају најподеснији и најделотворнији правни и институционални механизми решавања радних спорова проистеклих из поступака колективног отпуштања, да се утврди неопходан ниво гаранција материјалних права запослених у случају колективног отпуштања који је услов ефикасности судске заштите и других метода решавања радних спорова, да се испита ниво гаранција права запослених за случај колективног отпуштања, који је обезбеђен у домаћем праву, да се утврди да ли у Републици Србији постоје адекватни правни и институционални механизми решавања радних спорова проистеклих из поступка колективног отпуштања, да се утврди да ли у оквиру постојећег правног режима колективног отпуштања и нивоа гаранција права успостављених позитивним прописима, постојећи механизми решавања радних спорова уопште могу обезбедити ефикасно решавање радних спорова и адекватну заштиту права запослених, да се утврди који методи решавања радних спорова, односно њихове комбинације, *de lege lata* резултирају најефикаснијом заштитом права запослених, као

и да се сагледају могућности унапређења заштите и предложи одређена *de lege ferenda* решења, имајући у виду међународне правне изворе, упоредноправна решења и законодавство и праксу у Републици Србији.

Стога је истраживачки рад било неопходно започети одређивањем појма колективног отпуштања, анализом разлога који доводе до колективног отпуштања, као и испитивањем природе права и граница власти послодавца да доноси одлуке о колективном отпуштању, полазећи од универзалних и европских радних стандарда. Како овој врсти овлашћења послодавца мора да кореспондира одређени ниво гаранција процесних и материјалних права запослених, истраживање је даље усмерено на утврђивање минималног нивоа права који је радно законодавство дужно да обезбеди, што је подразумевало одабир одговарајућих упоредноправних система, који ће служити као релевантан истраживачки узорак, будући да међународни радни стандарди постављају превасходно процесне оквире колективним отпуштањима, али не и гаранције материјалних права запослених. Као основни упоредни примери посматрани су француско, немачко, италијанско и хрватско право, будући да нас је прелиминарна анализа навела на закључак да проучавање ових правних система може донети најкорисније поуке за развој домаћег права. Наиме, француско и немачко право имају високо развијене правне и институционалне механизме заштитног радног законодавства, који су послужили као узор и инспирација у стварању међународних радних стандарда, што их чини непроцењиво значајним за анализу. С друге стране, италијанско право, некада чувено по ригидном радном законодавству и милитантним синдикатима, није одолело изазовима економске кризе, тако да је у последњој деценији еволуирало у правцу значајног депласирања нивоа заштите права запослених, што чини изазовним проучити на који начин се то одразило на радни и социјални статус запослених у поступцима колективних отпуштања. Коначно, хрватско право је од посебног значаја за компаративну анализу с обзиром на заједничку правну традицију, слично привредно окружење, те чињеницу да је ова држава отишла за корак даље у хармонизацији свог законодавства са комунитарним радним стандардима у односу на домаће право. У оквиру ове анализе, која је предмет *првог дела* дисертације, детаљно је анализиран правни режим колективног отпуштања у домаћем праву, како би се у контексту међународних и националних радних стандарда утврдио ниво процесних и материјалних права гарантованих запосленима у Републици Србији.

Истраживање је настављено испитивањем типичних радних спорова у вези са колективним отпуштањима, који су детерминисани садржином индивидуалних и колективних права која могу бити повређена у поступку колективног отпуштања, што је предмет *другог дела* дисертације. Анализа радних спорова има двосмерну вредност: прво, омогућава испитивање најподеснијих и најделотворнијих метода њиховог решавања и, друго, омогућава преиспитивање постојећих законских решења, будући да радни спорови представљају "лакмус" који индикује како правне празнине и недостатке прописа, тако и ниво гаранција права, јер је услов настанка (правног) спора - да право уопште постоји, како би могло бити повређено.

Полазећи од премисе да је најуспешније решен спор онај до кога није дошло, односно чија је могућност унапред препозната и превенирана, пре отпуштања у анализу различитих метода решавања радних спорова, у оквиру *трећег дела* дисертације приступљено је анализи могућности њиховог спречавања путем механизма колективног преговарања и партиципације запослених пре и током поступка колективног отпуштања, "надовезивања индивидуалног" отказног поступка након окончања "колективне процедуре", те коначно, могућности приговора и поравнања у интерном поступку код послодавца у циљу превенције судског епилога.

Логичан и методолошки оправдан наставак наведеног истраживања у *четвртом делу рада* је представљало приступање анализи потенцијала мирних (алтернативних) метода решавања радних спорова, с обзиром на њихову прожетост принципа хитности и економичности, промовисаним универзалним радним стандардима. Проучавање ових метода је представљало посебан изазов, с обзиром да статистички подаци показују све већу учесталост коришћења ових метода, посебно у *common law* системима, док се у домаћем праву ретко и нерадо користе, иако правни и институционални механизми постоје, па је било интересантно докучити разлоге. Поред тога, изучавању ових метода приступили смо са одређеном дозом скепсе, с обзиром да добровољност, као есенцијални принцип ових метода, условљава њихову делотворност постојањем заједничког интереса за компромисним решавањем спора. Чини се да тај битан фактор изостаје на страни послодавца који спроводи колективно отпуштање, с обзиром да, по природи ствари, не може запосленима да обезбеди постојећи посао и услове рада, а није ни у каквом у неспоразуму и личном сукобу са запосленим или представницима запослених (осим у случају злоупотреба права) који би мирним требало решавати.

Након испитивања алтернативних метода, истраживање је у *петом делу* рада усмерено у правцу традиционалног решавања радних спорова пред судом. Судска заштита је уткана у само право на рад и начело сигурности запослења и са аспекта заштите радних права, превасходно индивидуалних, њене вредности представљају неку врсту аксиома. Међутим, недостатак судске заштите је што долази прекасно, када је повреда права већ наступила, а са њом и неповољне радне и социјално-економске импликације отказа или наметања неповољних услова рада. Поврх тога, решавање радних спорова пред домаћим судовима траје годинама и, по уверењу запослених, скопчано је са непримереним финансијским оптерећењима. С обзиром да судски поступак није предмет међународних стандарда, истраживање је усмерено на дубинску анализу судских поступака у правним системима који су иницијално одабрани као истраживачки узорак, између осталог и због тога што су у њима заступљени сви познати модалитети институционалних механизма за решавање радних спорова: радни трибунали, професионални судови и судови опште надлежности са или без специјализованих већа за радне спорове, како би се на основу позитивних и негативних искустава посматраних решења извеле поуке у правцу неопходног унапређења домаћег позитивноправног уређења.

Потреба за ефикасном заштитом права запослених у поступцима колективног отпуштања усмерила је истраживање у оквиру *шестог дела* дисертације на потенцијале инспекције рада у поступцима колективних отпуштања, с обзиром да инспекција, чини се, сублимира у својим надлежностима и карактеру поступка знатан број предности мирних и судских метода решавања радних спорова. Наиме, инспекцијски поступак је прожет начелима хитности и бесплатности за странке, те капацитетом да се благовременим отклањањем незаконитости избегну судски спорови, што превасходно афирмише алтернативне методе решавања радних спорова. С друге стране, инспекција рада, као и суд, располаже прерогативима државног империјума, те може и репресивно да интервенише у кратким роковима. Одређена решења присутна у страним правима демонстрирају да инспекција рада може имати већу улогу и значај управо у поступцима колективних отпуштања, што представља разлог више да се детаљније проуче потенцијали овог важног органа јавне власти у повећању нивоа заштите запослених у домаћем праву.

Седми део дисертације посвећен је испитивању потенцијала, али и легитимитета индустријске акције у вези са поступцима колективних отпуштања. Снажан притисак који се штрајком ствара на послодавца може деловати као једина

могућност решавања спора у ситуацији када спровођење одлука послодаваца о колективним отпуштањима није могуће другачије спречити, посебно у ситуацијама када не постоји довољан ниво гаранција права запослених, што историјски и јесте довело до настанка штрајка, као средства борбе против обесправљености. С друге стране, специфичности поступка колективног отпуштања, где се праву на штрајк, као међународно признатом фундаменталном социјалном праву, супротставља универзално гарантована слобода предузетништва, усмерила је истраживање на легитимитет штрајка у вези са колективним отпуштањима, као претходног питања за даљу анализу. Поред тога, статистички подаци који јасно говоре о глобалној деценији заступљености штрајкова у савременом друштву чинили су неопходним да се ближе испитају разлози ових тенденција, па тиме и употребљивост овог средства радне борбе, посебно у контексту ограничавања права на штрајк, које је присутно како на међународном плану, тако и у домаћем правном систему.

Анализе спроведене у оквиру наведених делова рада имале су за непосредан задатак провере постављених хипотеза, односно одговора превасходно на следећа питања: (1) да ли је у савременом правном и социјално-економском окружењу могуће у одређеној мери и случајевима ограничити послодавца у доношењу пословних одлука које за последицу имају колективно отпуштање запослених, (2) шта чини минимум гаранција индивидуалних и колективних, материјалних и процесних права запослених у случају колективних отпуштања, који омогућава право на ефикасну заштиту од незаконитог отказа и решавање потенцијалних спорова и да ли је запосленима у Републици Србији обезбеђен потребан ниво права, (3) која је улога колективних радних права у превенцији радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених, као и до које мере и на који начин је могуће путем социјалног дијалога и комплекснијег поступка отказа код послодавца смањити могућност незаконитих аката послодаваца и превенирати настанак спорова у вези са колективним отпуштањима, (4) у којој су мери методи мирног решавања радних спорова подесни за решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених и чиме је условљена њихова делотворност, те да ли би успостављање обавезности мирења и посредовања представљало услов њихове делотворности, (5) да ли је делотворност судског поступка могуће обезбедити кроз ниске трошкове спора, обавезно мирење уз активну улогу судије на самом почетку поступка, кратко трајање поступка уз концентрацију доказа, овлашћење суда да наложи реинтеграцију

запосленог у радни однос до правноснажног окончања судског поступка или да наложи послодавцу исплату месечних накнада у том периоду и подељени терет доказивања уз примену истражног начела у поступку, (6) да ли су надлежности инспекције рада у превенцији и решавању радних спорова у вези са поступцима решавања вишка запослених у довољној мери искоришћене у домаћем праву, те (7) да ли штрајк представља легалан и легитиман метод решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањем, његов посебан значај када нису обезбеђене довољне процесне и материјалне гаранције права које би обезбедиле

Одговори на постављена питања имају значај за правну теорију, јер необезбеђивање ефикасне заштите права у радном спору депласира не само уставне гаранције права на правну заштиту од незаконитог отказа у домаћем праву, већ и само суштаствено право на рад, које је у домаћем праву подигнуто на пиједестал уставне категорије. Поред тога, изучавање ових тема има и значајан практични аспект, јер без свеобухватне анализе стања и узрока проблема није могуће систематски и сврсисходно променити недостатке у постојећем правном и институционалном оквиру.

Предмет и циљ истраживања условили су и методе коришћене у раду, тако да су примарно коришћени *догматски и упоредни метод*, како би се испитао правни режим колективног отпуштања, као и правни и институционални оквири механизма превенције и решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем и извршила компаративна анализа домаћег права са страним, европским и универзалним радним стандардима. Након утврђивања садржине постојеће регулативе примењен је и *аксиолошки метод* како би утврдило у којој мери постојећи правни и институционални оквири могу остварити потребне циљеве. Комплексност предмета овог истраживања захтевала је коришћење *аналитичких и синтетичких метода* у раду, с обзиром да је било неопходно испитати све појединачне елементе феномена и правног режима колективног отпуштања, карактеристичне радне спорове, правне и институционалне механизме њиховог решавања, те међусобни функционални однос, како би се утврдила њихова појединачна подесност и делотворност и међусобне корелације, које омогућавају постизање најефикасније заштите права из радног односа у задатом правном оквиру. Када је то било функционално целисходно, коришћени су и *социолошки, историјски метод и статистички метод*, у мери у којој су статистички подаци надлежних институција доступни и корисни за потребе истраживања.

Применом наведених метода потврђене су постављене хипотезе и изведени су закључци о постојећем стању, сагледавању могућих унапређења и *de lege ferenda* интервенција у циљу успостављања неопходног правног оквира, који су сублимирани у *осмом* и последњем *делу дисертације*.

Део први
КОЛЕКТИВНО ОТПУШТАЊЕ ЗАПОСЛЕНИХ

1. Појам колективног отпуштања запослених

1.1. Општа разматрања

Колективно отпуштање представља комплексан феномен савременог доба, који садржи сложене правне, етичке, социолошке, економске, па и политичке аспекте који, стога, чине његово прецизно и свеобухватно одређивање веома захтевним задатком, чак и када се покушава одредити искључиво његова правна садржина. То резултира веома различитим поимањем колективног отпуштања у правној доктрини, националним правним системима и јуриспруденцији међународних и националних судова.

Једна од могућих дефиниција која произилази из универзалних и европских радних стандарда је да колективно отпуштање представља стање потребе у које послодавац долази под утицајем различитих околности спољашње или унутрашње природе, на које је принуђен да одговори реорганизацијом процеса рада која подразумева престанак или смањење потребе за обављањем одређених послова или измену структуре послова и претходно уговорених услова рада и тиме, непосредно или посредно, резултира смањивањем броја запослених.

Универзални радни стандарди не садрже посебну дефиницију колективних отпуштања, већ се задржавају на опредељивању могућих разлога који могу бити економске, технолошке, структуралне или сличне природе и начелним правилима поступања послодавца који из тих разлога намеравају да прекину радни однос са радницима¹. С друге стране, европски радни стандарди садржани у Директиви Савета 98/58/ЕЗ о хармонизацији закона држава чланица у материји колективних отпуштања, одређују колективна отпуштања као престанке радног односа на иницијативу послодавца из једног или више разлога неvezаних за личност

¹ Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца ("Службени лист СФРЈ - Међународни уговори", број 4/84) - у даљем тексту: Конвенција бр. 158, чл. 13 и 14.

запосленог². Полазећи од могуће ширине разлога који условљавају колективна отпуштања, Европски суд правде је у својој јуриспруденцији иста дефинисао као "сваки престанак уговора о раду који радник који радник није желео и до кога је стога дошло без његове сагласности, при чему није неопходно да ти разлози изражавају вољу послодавца."³

Суштину колективних отпуштања представља, дакле, околност да раднику престаје радни однос без икаквог његовог личног доприноса настанку те ситуације, било у виду одсуства његових капацитета за рад (психофизичких и професионалних) или у виду његовог скривљеног понашања. Стога *acquis communautaire* и прибегавају наведеним негативним (резидуалним) дефиницијама колективних отпуштања, како би под окриље заштите коју пружају посебна правила о колективним отпуштањима ставила што већи број радника којима нескривљено престаје радни однос из било којих разлога због којих послодавац сматра њихово даље запошљавање неодрживим. Посебан акценат на овај битан елемент колективних отпуштања ставља француски легислатор, дефинишући као колективно отпуштање сваки отказ из економских разлога који се односи на више од једног запосленог, "који послодавац предузима због једног или више разлога који нису инхерентни личности запосленог, већ су резултат престанка потребе за обављањем одређених послова, или трансформације послова, или одбијања запосленог да прихвати измене битних елемената о раду, при чему су ове промене узроковане превасходно западањем послодавца у економске тешкоће, увођењем технолошких промена, реорганизацијом компаније у циљу очувања конкурентности, или престанком активности компаније"⁴. Треба приметити да је француско право притом једно од ретких које дефинише овај појам, те да се обично у законским текстовима у страним правима не даје појам колективног отпуштања јер, како истиче проф. Лубарда, "дефиниције не даје законодавац већ наука", док се законским текстовима предвиђају услови под којима послодавац може дати отказ раднику, односно радницима због одређених потреба на страни предузећа⁵.

Насупрот интересима радника који нескривљено остају без посла стоје интереси послодавца, чије *prima facie* неисправно поступање, које се састоји у прекиду

² Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, у даљем тексту: Директива 98/59/ЕЗ, чл. 1, ст. 1, т. (а).

³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-55/02 (*Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*) од 12.10.2004. године, ECLI:EU:C:2004:139, т. 50.

⁴ *Code du travail*, L. 1233-3.

⁵ Бранко Лубарда, "Отказ послодавца раднику из економских разлога - Вишак радника и сигурност запошљавања у опоредном праву", *Право и привреда* бр. 3-6/93, стр. 305.

запослења раднику који ништа није скривио, има свој легитимитет у тржишним приликама које условљавају послодавчево поступање⁶, с обзиром да тржишни принципи рада и пословања условљавају организацију рада и комбинације фактора производње и имају за природну последицу настанак вишкова запослених и колективних отпуштања, као услова за очување конкурентности и одржавање солвентности предузећа⁷, као и очување запослености радника које послодавац задржава на раду⁸. Наведене закономерности које су економске природе и прожете етичком и социјалном димензијом, свој правни израз добијају путем правила о колективним отпуштањима због потреба предузећа, којима ове врсте отпуштања стичу атрибут ваљаног отказног разлога и тиме под одређеним условима екскулпирају послодавца од одговорности за отказ из разлога који нису на страни радника.

Оправданост послодавчевог поступања је ипак ограниченог карактера, јер остаје чињеница да радници нескривљено остају без посла, чиме се стварају социјални трошкови који на одређени начин треба да буду дистрибуирани између послодавца, државе и запослених који остају без посла. Интереси дистрибутивне и комутативне правде налажу да највећи терет понесе послодавац из више разлога. Најпре, трошкови колективних отпуштања могу имати одвраћајуће дејство за послодавце који ће, суочени са истим, бити спремнији да разматрају алтернативна решења за очување тржишне позиције у односу на отпуштање радника, чиме се доприноси очувању стопе запослености и стабилности запослења (дистрибутивна правда). Потом, запослени кроз године рада код послодавца стиче, фигуративно речено, одређену врсту "власништва" над својим послом, чије одузимање треба да прати одређена компензација (комутативна правда). Коначно, послодавац има могућности да одређене активности које ће радницима обезбедити запошљивост спроведе уз мање трошкове него што би то могла држава, као на пример, одређене обуке који ће запосленима омогућити наставак запослења (дистрибутивна правда).⁹

Стога се, упркос чињеници да се код колективних отпуштања не поставља питање кривице за престанак радног односа и следствене легитимности поступања послодавца, у међународном радном праву и националним правима успостављају

⁶ Hugh Collins, *Justice in Dismissal: The Law of Termination of Employment*, Oxford University Press, New York, 1992, стр. 55.

⁷ Предраг Јовановић, "Питање вишка запослених у међународном и нашем праву", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2009, стр. 48.

⁸ Бранко Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр. 556.

⁹ H. Collins, *Justice in Dismissal*, *op.cit.*, стр. 55-56.

одговарајући стандарди који треба да допринесу заштити запослења оних радника чији је радни однос угрожен наступајућим променама, као и спречавању незапослености на макроекономском плану. У циљу заштите запослења на микроекономском плану успостављају се правила о неопходности постојања стварног и озбиљног разлога за исказивање вишкова, као и предузимања мера усмерених на спречавање или смањивање обима колективних отпуштања, путем премештаја на друге послове, преквалификације или доквалификације, премештаја у друго место рада, промене режима радног времена или других услова рада, као и мера за ублажавање негативних последица колективних отпуштања, кроз мере обуке о трошку послодавца или државе, рад код другог послодавца или, као *ultima ratio*, исплату отпремнине¹⁰. Са истим циљем се успостављају и правила о партиципацији представника запослених у овим поступцима, чији обим и квалитет учешћа зависи од питања која се разматрају, тако да се по питању разлога за отпуштање по правилу признају само право на информисање и евентуално консултовање, док по питањима мерила селекције запослених и компензирајућих права за случај отпуштања може бити признато и право на саодлучивање¹¹. Макроекономски циљеви, спречавање незапослености и обезбеђивање доброг функционисања тржишта рада¹² условљавају обавезу обавештавања надлежног органа или тела, чија се улога превасходно састоји у предлагању мера за спречавање или смањење обима отказа, односно ублажавању негативних последица колективна отпуштања, с тим што иста у одређеним правним системима и под одређеним условима могу и да одложе (на пример, у немачком¹³ и хрватском¹⁴ праву), па чак и забране колективна отпуштања (на пример, у француском¹⁵ и грчком¹⁶, а до 2012. године и шпанском¹⁷ праву).

¹⁰ Б. Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, оп. cit., стр. 556.

¹¹ *Ibid.*

¹² Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 414

¹³ Закон о заштити од отказа (*Kündigungsschutzgesetz*) - у даљем тексту: *KSchG* или *Закон о заштити од отказа*, §20.

¹⁴ *Zakon o radu Republike Hrvatske* - у даљем тексту: *ZRHHR*, чл. 128, ст. 2.

¹⁵ *Code du travail*, L. 1233-57-1.

¹⁶ Andriani Papadopoulou, "Collective Dismissals in Greece", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammona (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 210, 212. Грчки послодавци имају обавезу да пре доношења одлуке о колективном отпуштању, доставе копије свих релевантних докумената на сагласност инспекцији рада и префектури, а ако предузеће има огранке у више регија, министарству рада и инспекцији рада надлежној према месту где ће доћи до највећег броја отпуштања.

¹⁷ Antonio Martin Valverde, "Collective Dismissals in Spain", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammona (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 438. До законских измена извршених Законом 3/2012 од 6. јула те године, нормативни модел колективног отпуштања би се више могао назвати "предлогом отпуштања", с обзиром да је реализација колективног отпуштања била условљена сагласношћу надлежног органа.

Коначно, оно што разликује колективна отпуштања од индивидуалних отпуштања због потреба предузећа или, како се то често каже, из економских разлога, јесу квантитативна и темпорална димензија¹⁸, што значи да колективно отпуштање постоји само онда када у одређеном временском периоду (по комунитарним правилима 30 или 90 дана¹⁹), престаје радни однос одређеном броју запослених или одређеном проценту у односу на укупан број запослених код послодавца, који је преко прописаног минималног прага. Прописивање ове демаркационе линије између индивидуалних и колективних отпуштања предвиђено је са циљем да се послодавци не оптерећују захтевним поступцима код отпуштања чија магнитуда не угрожава јавни интерес. То нипошто не значи да националним законодавствима није могуће предвидети обавезну примену правила колективног отпуштања и код мањег броја отказа (као што је то случај у француском праву) или проширити круг отказних разлога и ван разлога везаних за потребе предузећа (као што је то случај у немачком праву).

Дакле, *битне елементе* појма колективног отпуштања чине: (1) одређени *број запослених* коме може престати радни однос у одређеном периоду, (2) отказни разлог *није везан за личност запосленог*, већ за наступање одређених околности у сфери или ван воље послодавца због којих послодавац доноси одлуку о престанку потребе за радом запослених, (3) *потребе предузећа*, као стваран и озбиљан разлог неодрживости запослења, (4) *предузимање мера за спречавање* или смањивање обима отпуштања или ублажавање негативних последица отпуштања, (5) *партиципација* представника запослених и (6) *учешће надлежне јавне власти*.

1.2. Узроци колективног отпуштања

Узроке колективних отпуштања могуће је пронаћи у различитим унутрашњим или спољашњим факторима који код послодавца детерминишу доношење одлуке о спровођењу одређених економских, техничких, технолошких, организационих, производних или других сличних промена у предузећу²⁰, које ће довести до престанка или смањења потребе за обављањем одређених послова или промене структуре или других услова рада на одређеним пословима и, у својој крајњој итерацији резултирати престанком потребе за радом запослених.

¹⁸ Catherine Barnard, *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 631.

¹⁹ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 1, ст. 1, т. (а).

²⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 402.

Фактори унутрашње природе обухватају све пословне мере техничке, организационе или економске природе, које се односе на рационализацију пословања, промену радних или производних поступака, гашење или смањивање компаније, уступање радника, промену хијерархије унутар компаније и слично, којима послодавац, узимајући у обзир тржиште или организацију компаније, остварује своју одлуку о пословној политици која је темељ управљања компанијом²¹. Спољашњи разлози, са друге стране, обухватају околности које не зависе од организације и управљања компанијом, али јесу у одређеној вези са компанијом, као што су пад наруџбина и пад промета, укидање субвенција, недостатак сировина или енергије и друго.²²

Без обзира на то којим факторима су индуковане, промене које за последицу могу имати губитак запослења се по својој природи и изразу разликују и њихову класификацију није једноставно сачинити. Ипак, полазећи од њихове структуре у универзалним радним стандардима, страним правима и домаћем праву, чини се оправданим разврстати их у следеће категорије: економске, технолошке, организационе (структурне) и производне промене.

1.2.1. Економске промене

Економске промене подразумевају одлуку послодавца о смањивању трошкова радне снаге, одражавају се на буџет зарада и последично могу довести до отпуштања, како би се укупан број запослених довео у сразмеру са планираним трошковима за ову намену.

Вишак запослених превасходно узрокују негативни пословни резултати предузећа, односно негативна економска ситуација, која се испољава у постојећим или антиципираним губицима, односно у дуготрајном смањењу редовних прихода или продаје²³. Економске промене могу наступити и као последица одлуке послодавца о престанку са радом због нерентабилности пословања предузећа у целини или његовог дела²⁴, што је француски законодавац и експлицитно прописао²⁵. Ова врста економских промена може представљати стваран и озбиљан узрок престанка потребе за обављањем одређених послова и тзв. дефанзивног

²¹ Sandra Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet, Zagreb, 2011, стр. 202.

²² *Ibid.*, стр. 203.

²³ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 402-403.

²⁴ Б. Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 561.

²⁵ *Code du travail*, L. 1233-3.

отказа²⁶ под условом да нису по свом обиму незнатне²⁷, већ да су такве да угрожавају солвентност предузећа и у крајњој линији његов опстанак. Такав став изражен је, примера ради, у одлуци Врховног суда Шпаније која се тичала колективног отпуштања у регионалној телевизијској компанији *TeleMadrid*, где је суд заузео став да није свака негативна економска ситуација довољна да оправда отказ, те је мерилом пропорционалности, рационалности и адекватности оценио неоправданим спроведено колективно отпуштање у оквиру кога је, позивајући се на економске тешкоће, компанија покушала да отпусти 925 од укупно 1161 запослених, због опадања комерцијалних прихода и прихода из средстава јавног финансирања услед кога је буџет смањен за између 5% и 10%, оценивши да отпуштање већине запослених не представља убедљив, рационалан и пропорционалан одговор послодавца на новонасталу економску ситуацију.²⁸ Додатно, у јуриспруденцији Врховног суда Шпаније изражава се став да економске тешкоће морају захватити компанију у целини, а не само делове компаније, тако да се парцијални проблеми неће сматрати легитимним разлогом колективног отпуштања²⁹.

И док су *економске тешкоће* које резултирају колективним отпуштањима ради очувања солвентности предузећа, универзално прихваћене као легитимни разлози колективних отпуштања, то не важи за економске промене усмерене на *очување конкурентности* на основу антиципиране кризе у пословању, или на *повећање профитабилности* пословања, које су предмет жучних расправа у правној теорији и јуриспруденцији судова, те различитих решења у страним правима.

Тако, питање оправданости економских отпуштања у циљу заштите угрожене конкурентности у ситуацији када се предузеће не налази у економским тешкоћама, тзв. превентивни откази³⁰, представља једно од најспорнијих питања у јуриспруденцији француских судова. Према преовлађујућој судској пракси, критеријум очувања конкурентности не може представљати универзално оправдање за економска отпуштања, уз ризик да се просперитетна предузећа доведу до пропаста само да би се смањили трошкови пословања.³¹ Стога се, према становишту Касационог суда, неће сматрати неопходном реорганизацијом ради

²⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 406.

²⁷ Б. Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 561.

²⁸ Пресуда Врховног суда Шпаније у предмету 158/2013 од 26. марта 2014. године. Нав. према: Ana de la Puebla Pinilla, "Cause" in collective dismissals", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 4, бр. 1-2/2015, стр. 31.

²⁹ Пресуда Врховног суда Шпаније у предмету 1436/2001 од 13. фебруара 2002. године. Нав. према: A. de la Puebla Pinilla, *оп. cit.*, стр. 30.

³⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 406.

³¹ Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: les relation individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011, стр. 259.

заштите компетитивности, промена радног времена запослених уведена да би се удовољило захтевима клијената³², као ни реорганизација диктирана бригом да се смањи продајна маржа³³ или жељом за повећањем профита³⁴. Полазећи од становишта да отпуштање запослених треба да буде последња мера у случају економских тешкоћа, технолошких промена и реорганизације³⁵, Уставни савет је такође оценио да послодавац не може прибегавати колективним отпуштањима да би унапредио конкурентност предузећа, већ само да би је одржао, нити може да на штету отпушта запослене да би увећавао профит.³⁶

Насупрот претходно израженим ригиднијим схватањима, у познатој пресуди *Pages Jaumes* ("Жуте стране"), Касациони суд је изразио став да послодавац има право да превенира надолазеће економске тешкоће тако што ће, на пример, одређеном броју запослених понудити измену уговора о раду како би их пребацио на интернетске активности³⁷, с тим што је дужан да докаже претњу компетитивности предузећа.³⁸ Сличан, донекле либералан став, Касациони суд је изразио и у пресуди *SAT*, која се тицала предузећа које се приликом избора три могуће врсте реорганизације, одлучило за најнеповољнију у погледу очувања запослења, оценивши да послодавац има право одлучивања у погледу начина реорганизације ради очувања конкурентности и стога, између више опција реорганизације које воде том циљу, има право избора.³⁹

Иновативна и често непредвидива тумачења Касационог суда, традиционално рестриктивног према отпуштањима из економских разлога,

³² Soc. 2. oct. 1997, *JSL*, 1997, n. 1-2, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

³³ Soc. 9. dec. 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 210, note Ph. Waquet, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

³⁴ Soc. 30. sept. 1997, *Bull. civ. V*, n. 177, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

³⁵ Alain Cœuret, Bernard Gauriau, Miné Michel, *Droit du travail*, Sirey, 2006, стр. 352.

³⁶ V. *Conseil constitutionnel, décision du 12 janvier 2002*, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*

³⁷ Soc. 11. janv. 2006, n. 04-46201 et 05-40977, *Bull. civ. V*, n. 10, *Dr. soc.* 2006, p. 138, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*

³⁸ Soc. 21. fevr. 2007, n. 04-48795; Soc. 31 mai 2006, n. 04-47376, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.* Касациони суд је оценио да се не може замерити послодавцу то што је, предвидевши економске тешкоће, искористио здраву финансијску ситуацију за прилагођавање своје структуре развоју тржишта у најбољим условима. Ово тим пре што предложене измене уговорâ нису подразумевале снижавање зарада отпуштених радника, док је укидање послова било компензовано стварањем нових послова. Стога је извршена реформа, заправо, значила прилагођавање уговорâ о раду пословима који ће бити створени у оквиру сектора који је морао да се реформише да би могао да пркоси конкуренцији. Иако је такав потез, коначно, и резултирао отказима, не сме се губити из вида то да предузеће није настојало да повећа рентабилност своје активности преношењем дела терета на запослене, већ је желело да одржи профит на истом нивоу или да га повећа задржавањем својих запослених у радном односу. То је и разлог што су били отпуштени само запослени који су "одбили да прихвате развој сектора у којем је интервенција била неопходна". Касациони суд је, у том смислу, закључио да се економски разлог за отказ може тицати реорганизације предузећа која није повезана са економским тешкоћама или технолошким променама, под условом да је она неопходна за очување конкурентности предузећа или сектора групе предузећа којој одређено предузеће припада". Нав. према: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 406-407.

³⁹ Soc. 8 juill. 2009, *Bull. civ. V*, n. 173., *Ass. plen.*, 8 dec. 2000, *Bull. civ. AP n. 11, affaire SAT*, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*, стр. 259-260.

послодавце су доводила у веома комплексан и неизвештан положај у случају потребе да редукијом радне снаге одговоре на нарастајуће економске проблеме, због чега су последње законске реформе у Француској ишле у правцу што прецизнијег законског регулисања појма економских тешкоћа које представљају легитиман разлог отказа, а важећом законском дефиницијом обухваћени су и дефанзивни (ради очувања солвентности) и превентивни откази (ради очувања конкурентности)⁴⁰. Из истих разлога су законодавном реформом шпанског права из 2012. године дефинисани економски разлози колективних отпуштања, а важећом законском дефиницијом такође обухваћени и дефанзивни и превентивни откази, што је потврђено и потоњом јуриспруденцијом шпанских судова.⁴¹

С друге стране, ни у француском нити у шпанском праву нису прихваћене као легитимне економске промене које су последица одлуке послодавца о повећању профитабилности предузећа на штету сигурности запослења, које француска теорија сматра шпекулантским отказима⁴². У немачком праву, међутим, одлука послодавца којом се смањује трошак радне снаге ради повећања профита предузећа сматра се еманацијом слободе предузетништва и сасвим легитимним разлогом отпуштања запослених⁴³.

Не упуштајући се на овом месту у правне и етичке аспекте антагонизованих приступа француског и немачког права, чини се да закономерности модерне економије, обележене порастом конкуренције коју је донела глобализација, демантују француске правнике, јер чине борбу за повећањем профитабилности

⁴⁰ Michel Blatman, "Collective Dismissal in France", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammona (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 133. Прецизирање појма "економских тешкоћа" извршено је законодавном реформом из 2016. године, доношењем тзв. Ел Комри закона број 2016-1088 од 8. августа 2016. године, а према важећој законској дефиницији економске тешкоће подразумевају "промену бар једног економског индикатора, као што је смањивање броја поруџбина или промета, оперативни губици, опадање ликвидности или бруто оперативног профита, као и поремећај било ког другог елемента који је по својој природи такав да узрокује ову врсту тешкоћа". Додатно, сматраће се да постоји значајно опадање поруџбина или промета у односу на претходну годину, када исто траје три месеца у компанијама са најмање 11 запослених, два узастопна квартала у компанијама са најмање 11 и мање од 50 запослених, три узастопна квартала у компанијама са најмање 50 и мање од 300 запослених и четири узастопна квартала са компанијама од 300 и више запослених.

⁴¹ A. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 28-29. Економским разлозима отпуштања сматраће се "негативни економски резултати компаније, који се састоје у постојећим или предвидливим губицима или континуираном смањењу редовног нивоа прихода или продаје. У сваком случају, сматраће се да је опадање континуирано уколико је у три узастопна квартала ниво редовних прихода у сваком кварталу нижи у односу на исти квартал претходне године". Тако, у шпанској судској пракси је оцењено да пад прихода од 18.90% у три узастопна квартала у односу на исти период претходне године, без обзира на укупно позитивно пословање предузећа, представља оправдани разлог за колективно отпуштање, с обзиром да такав пад прихода може неповратно угрозити даље пословање предузећа уколико се не предузму одређене мере. Оправдани економски разлози постоје и у ситуацији када предузећу прети знатно смањење продаје и обима посла, када су исказани негативни оперативни резултати или када је предузеће у ситуацији да даје финансијску подршку другим инсолвентним предузећима у оквиру групе.

⁴² Љ. Ковачевић, *Валвани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 406.

⁴³ Raffaello Santagata, "La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*, INT-96/2012, 2012, стр. 16; S. Laleta, *op. cit.*, стр. 199.

легитимним средством одрживог развоја и стварања резерви за превазилажење кризних периода, чиме се обезбеђује дугорочни опстанак на турбулентном глобалном тржишту. Уосталом, управо на примерима Француске се показало да је немогуће спречити послодавца, који је одлучио да трошкове радне снаге умањи пресељењем на дестинације са нижим трошковима зарада и флексибилнијим облицима рада, да престане са обављањем делатности и прибегне колективном отпуштању радника. Анегдоталан је случај компаније Хувер (*Hoover*) која је 1996. године донела одлуку о затварању фабрике близу Дижона (*Dijon*) у Француској, што је резултирало отпуштањем 600 запослених и трансфером активности у Камбусланг (*Cambuslang*) поред Гласгова (*Glasgow*) у Шкотској, где је отворено 400 нових радних места на одређено време. Ово је резултирало закључењем колективног уговора између менаџмента и британских синдиката, којим је стипулисано флексибилно ангажовање радника, нови обрасци рада, обавеза социјалног мира (*no-strike clause*) и замрзавање зарада. Мартин Обри (*Martine Aubry*) тадашњи француски министар рада и премијер Француске, осудио је наведену релокацију као "социјални дампинг", на шта му је британски премијер Џон Мејџор (*John Major*) одговорио вештом игром речи: "Уколико инвеститори и бизнис бирају да дођу у Британију радије него да плате трошкове социјализма у Француској, нека се то слободно назове "*social dumping*" (социјално опадање/напуштање). Ја бих то пре назвао "*dumping socialism*" (опадање/напуштање социјализма)". Француска држава је остала немоћна пред овог релокацијом. Недуго затим, француска компанија Рено (*Renault*) је најавила затварање фабрике у месту Вилворд (*Vilvoorde*) у Белгији као део глобалног плана реструктурирања и премештање производње у Шпанију, због нижих трошкова. Иако су на захтев савета запослених и синдиката судови у Белгији и Француској оценили поступање Реноа незаконитим због кршења обавеза консултација са представницима запослених, а суд у Француској чак утврдио Реноову одлуку ништавом, Рено је на крају ипак спровео своју одлуку и затворио фабрику, а радници су морали да се задовоље социјалним планом сачињеним ради ублажавања последица колективног отпуштања.⁴⁴

⁴⁴ Bob Hepple, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, Portland, 2005, стр. 8-9.

1.2.2. Технолошке промене

Технолошке промене се везују за увођење нових технологија, што има за последицу смањену потребу за бројем извршилаца на истом радном месту или укидање радних места⁴⁵. Технолошке промене подразумевају промене производних метода, а манифестују се променама у производним средствима или опреми, кроз увођење нових, технички напреднијих машина или система, компјутеризацију или аутоматизацију одређених производних активности или модернизацију технолошких или аутоматизованих система⁴⁶.

Посебно интересантна последица увођења технолошких промена, које су директна последица глобализације и неслаушеног развоја интернет технологија, одражава се у томе да традиционално схваћено место вршења одређеног рада све више губи на значају, с обзиром да наведене технологије омогућавају продају робе и пружање различитих врста услуга са било ког пункта у свету. Тако, на пример, више никога не изненађује када резервацију авио карата изврши преко тзв. позивног центра (*call centre*), који се налази у Индији⁴⁷ или Републици Србији, где ова врста центара поприма карактер све значајнијих послодаваца са великим бројем запослених. Успостављање могућности ове врсте рада, коришћењем виртуелних платформи, може се рефлектовати на доношење две врсте пословних одлука које резултирају колективним отпуштањима. Прва врста одлука се односи на затварање предузећа и пресељење пословних операција у другу државу са нижим трошковима радне снаге, чиме сви запослени код послодавца који престаје да ради постају вишак, што је свакодневица модерног друштва и глобалне економије и о чему је било речи у делу о економским узроцима отказа. Друга врста одлука нема за последицу затварање предузећа, већ промену карактера рада и структуре послова, будући да послодавац има могућност да уштеди на трошковима пословног простора упућивањем запослених да раде "од куће" или "на даљину" (тзв. *telework*), што подразумева значајну измену правног режима радног односа и уговорених услова рада запослених, који су засновали радни однос на неодређено време за обављање послова у пословним просторијама послодавца и може стога резултирати

⁴⁵ Б. Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 560-561. Проф. Лубарда истиче: "Технолошки разлози - нове технологије означавају се као својеврсне 'убице радних места', мада су нове технологије довеле до 'рађања' нових радних места и занимања".

⁴⁶ А. de la Puebla Pinilla, *оп. cit.*, стр. 28.

⁴⁷ В. Herple, *Labour laws and global trade*, *оп. cit.*, стр. 6.

колективним отпуштањима. Све већу важност ових облика и неопходност заштите радника који раде у овом режиму препознали су европски социјални партнери још почетком овог века, тако да је још 2002. године закључен Европски оквирни колективни уговор о раду на даљину, први европски колективни уговор који је имплементиран у унутрашња права скоро свих чланица Европске уније путем колективних уговора на националном и гранском нивоу, кодекса понашања и националних законодавстава⁴⁸.

1.2.3. Организационе (структурне) промене

Организационе промене обухватају промене у радним процесима запослених, односно у промени начина организације рада и по правилу подразумевају прераспоређивање запослених и измене радних задатака који чине структуру послова у циљу оптимизације радних процеса и смањења трошкова, што обухвата и укидање одређених послова (*rightsizing*) или смањење броја извршилаца на одређеним пословима (*downsizing*) и може водити настанку вишка запослених. Ове промене могу представљати одговор на техничко-технолошке, производне, економске или друге факторе, на пример трансфер или спајање предузећа, али могу бити и искључиво последица одлуке менаџмента о ефикаснијем коришћењу људских ресурса и средстава рада⁴⁹. Наиме, како истиче проф. Јовановић, продуктивност, коју послодавац има право да очекује, зависи од техничко-технолошких, организационих и производних потенцијала који стоје у комплементарном односу и садејству, те стога, "када изостане очекивана продуктивност, послодавац има легитимно право да мења однос и комбинацију наведених фактора"⁵⁰. С обзиром да техничко-технолошки и економски елементи (интереси капитала) имају предност у обликовању и организацији рада над људским потенцијалом (интереси запослених), поремећаји наведених фактора нужно се одражавају на промене у организацији рада и могу резултирати настанком вишка запослених, јер радна снаге представља јефтинији и прилагодљивији елемент производног процеса од техничко-технолошких и економских елемената⁵¹. С друге

⁴⁸ Brian Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 547.

⁴⁹ A. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 28-29. У шпанској јуриспруденцији је легитимном организационом променом отпуштање запослених због спајања два ентитета, које је резултирало дуплирањем послова и неопходношћу успостављања једне централне службе ради ефикасног обављања послова.

⁵⁰ П. Јовановић, "Питање вишка запослених у међународном и нашем праву", *op. cit.*, стр. 48.

⁵¹ *Ibid.*

стране, постоје ситуације када вишак радне снаге не настаје због промене неког од наведених фактора, већ због неадекватне организације рада, чија промена онда постаје нужна у циљу спречавања инсолвентности послодавца или повећања његове конкурентске способности⁵².

1.2.4. Производне промене

Производне промене као узрок колективних отпуштања односе се на промене у потражњи за робом или услугама које предузеће производи и пружа у оквиру своје делатности и редовно пласира на тржишту, што обухвата и губитак или смањење броја уговора или поруџбина, као и губитак клијената⁵³. Ови разлози су веома блиски економским разлозима, будући да наведене промене резултирају опадањем нивоа економске активности послодавца и могу условити престанак потребе за радом због смањења способности послодавца да исплаћује зараде или због престанка потребе за одређеним радним местом на коме се производила роба која се више не производи, односно пружале услуге које се више не пружају⁵⁴.

1.3. Непосредни разлози колективног отпуштања

1.3.1. Уводна разматрања

Наступање неких од претходно наведених околности не доводи по аутоматизму до престанка или смањења потребе за обављањем одређених послова, односно изменама уговорених услова рада, које могу резултирати губитком запослења, већ под утицајем таквих околности послодавац доноси одређену пословну одлуку, која постаје претпоставка сваког отказа због потреба предузећа⁵⁵. У немачкој доктрини и јуриспруденцији се изражавају ставови да таква одлука не мора бити изричито изјављена, већ да може бити прећутна или "скривена", када се о њој може закључивати из отказних разлога који су у њој наведени⁵⁶.

У доктрини, јуриспруденцији и законодавствима се класификују три групе разлога који непосредно воде отпуштањима.

⁵² *Ibid.*

⁵³ А. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 29.

⁵⁴ Б. Лубарда, *Радно право, op. cit.*, стр. 561.

⁵⁵ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 402.

⁵⁶ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 199.

1.3.2. Престанак потребе за радом запослених

Престанак потребе за радом запослених подразумева превасходно укидање одређених послова због оцене послодавца да радне операције које чине структуру тих послова више немају корисну улогу у процесу рада, због чега код послодавца престаје потреба за обављањем тих послова, а тиме и потреба за радом запослених који су их обављали.

По правилу, престанак потребе за радом запослених треба да буде трајног карактера, мада се изузетно могу сматрати оправданим и отпуштања у ситуацији када је донета одлука да део предузећа привремено престане са радом, под условом да планирани престанак рада траје одређено дужи време⁵⁷. На исправност овог закључивања указују и универзални радни стандарди, који сугеришу омогућавање првенства у запошљавању запослених којима је радни однос престао у оквиру колективних отпуштања, уколико се у одређеном периоду након отказа код послодавца поново укаже потреба за запошљавањем⁵⁸.

Истовремено, до престанка потребе за одређеним пословима, па самим тим ни за радом запослених, неће доћи уколико су исти због одлуке послодавца о затварању организационог дела и реорганизацији пословања само "транслаторно" пренети у други део исте компаније, без њихове супстанцијалне измене.⁵⁹

С друге стране, престанак потребе за радом запосленог не мора да значи да у потпуности престају да се обављају сви радни задаци који су чинили опис послова које је обављао и који се формално укидају. Наиме, до престанка потребе за радом запосленог може доћи у ситуацији када послодавац оцени да послове које је тај запослени обављао треба "дезинтегрисати" и радне задатке који чине њихов опис расподелити на друге постојеће извршиоце, будући да не постоји организационо и економско оправдање да за обављање тих послова постоји посебан извршилац⁶⁰. До ове ситуације може доћи уколико се део радних задатака из описа тих послова не обавља, тако да не постоји довољна искоришћеност радног времена и капацитета

⁵⁷ Примера ради, немачки Савезни радни суд сматра релевантним раздобље од 3/4 године. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 202.

⁵⁸ Препорука Међународне организације рада бр. 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, т. 16.

⁵⁹ Овакав став је заузет у јуриспруденцији Савезног радног суда, са аргументацијом да потреба за радом запосленог престаје само онда када више не постоји никаква могућност даљег рада запосленог у складу са уговором о раду (*vertragsgemäßer Weiterbeschäftigung*).

⁶⁰ Став Врховног касационог суда изражен у пресуди Рев2 104/2016 од 06.04.2017. године.

извршиоца на том радном месту, што имплицира и неоправданост постојања таквог радног места, као посебно систематизованог. Такође, ово се може догодити и уколико су радни задаци који чине структуру тих послова сродни пословима других извршилаца, чије радно време и капацитети нису у потпуности искоришћени, тако да им се без поремећаја радног процеса могу придодати радни задаци из структуре укинутих послова. Услов ове редистрибуције радних задатака је да се иста може извршити без наметања додатних терета другим извршиоцима и без увођења прековременог рада.

Међутим, неће доћи до престанка потребе за радом запосленог уколико су његови послови само формално укинати, тако да је структура тог посла остала неизмењена, али га обављају други запослени, било да је на те послове интерно распоредио постојеће запослене, било да је екстерно запослио нове запослене⁶¹. Такво поступање сматра се злоупотребом института вишка запослених у циљу вршења персоналних кадровских промена, којима овај институт не служи. Иако, међутим, претходно закључивање делује као једино исправно, у правној доктрини се истиче да ствари нису увек "црно-беле" и наводи пример из британске судске праксе у спору *Vaux and Associated Breweries v. Ward*. У овом случају послодавац је отпустио средовечну шанкерку, која је седамнаест година обављала те послове у једном хотелу, да би на њеном радном месту запослио младу и атрактивну шанкерку, са циљем привлачења што већег броја нових гостију у недавно реновираном бару. С обзиром да је овим извршена чиста кадровска промена, будући да није дошло ни до какве промене структуре послова, нити услова рада, британски судови су дошли до закључка да у овом случају није реч о институту вишка запослених. Проф. *Collins*, апстрахујући испољен сексистички став послодавца, сматра да овде ипак може бити речи о легитимном настанку вишка запослених, јер извршена кадровска промена није диктирана било каквим личним пропустима запосленог или анимозитетом послодавца, већ захтевима тржишта и потребом предузећа да на исте адекватно одговори у циљу увећања промета, што су околности потпуно неvezане од личности запосленог, због чега отказ у овом случају треба третирати као отказ из економских разлога.⁶² Претходно разматрање јасно показује сву комплексност питања престанка

⁶¹ Став Врховног касационог суда изражен у пресуди Рев2 2518/2015 од 19.05.2016. године, којом је суд оценио да није дошло до престанка потребе за радом благајника у филијали банке, уколико су након формалног укидања тих послова и престанка радног односа запосленог, на те послове интерно премештени други запослени. Исти став суд је заузео и у пресудама Рев2 2211/2016 од 29.11.2016. године и Рев2 1410/2014 од 02.12.2015. године, утврдивши да није било престанка потребе за радом запосленог уколико је на његовим пословима послодавац вршио екстерна сукцесивна запошљавања нових извршилаца уговорима закљученим на одређено време.

⁶² Н. Collins, *Justice in Dismissal*, *op. cit.*, стр. 55-56.

потребе за радом запосленог, чак и када је исти наизглед очигледан.

До престанка потребе за радом запослених може доћи и уколико је послодавац укинуо одређене послове и њихове извршиоце прогласио вишком, како би обављање те врсте активности поверио за то специјализованим предузећима или предузетницима. Ове врсте колективних отпуштања типичне су за послове који нису интегрални део основне делатности послодавца, као што су послови одржавања хигијене објеката, физичко-техничког обезбеђења, транспорта и складиштења, архиве, али често и за послове од којих зависи законитост рада послодавца, као што су правни послови, или послове од којих зависи пословни резултат послодавца, као што су то послови маркетинга и продаје⁶³. С друге стране, треба имати у виду да је веома танка линија између правила о колективним отпуштањима запослених због поверавања њихових послова специјализованим друштвима, тзв. *outsourcing-a* и правила о очувању права запослених у случају преноса предузећа, пословних активности или њихових делова, која строго забрањују да сам пренос пословних активности послужи као основ за отпуштање запослених, иако дозвољавају колективна отпуштања због економских, техничких и организационих промена која прате промене у структури радне снаге⁶⁴. Нејасна демаркациона линија између наведених института предмет је великог броја спорова решаваних пред Европским судом правде и националним судовима⁶⁵.

Треба имати у виду да запосленом чији су послови укинута, без обзира на разлог њиховог укидања, не може бити отказан уговор о раду уколико послодавац има упражњене одговарајуће послове на које би могао да га преместити и тиме обезбедити континуитет запослења, које има предност у односу на отпуштање⁶⁶. У том контексту, уколико је послодавац у периоду који непосредно претходи отказу вршио нова запошљавања на пословима на које је запослени могао бити распоређен, сматраће се да потреба за радом запосленог није престала и да је отказ незаконит. Стога је Врховни касациони суд поништио решење о отказу, дато

⁶³ Домаћа судска пракса једногласно стоји на становишту да поверавање дела активности послодавца другом правном лицу представља легитиман разлог настанка вишка запослених, јер послодавац има аутономно право да уређује организацију рада. У том смислу пресуде Врховног касационог суда: Рев2 91/2015 од 08.07.2015. године, Рев2 2192/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2194/2015 од 11.05.2016. године, Рев2 2204/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2031/2015 од 13.04.2016. године и Рев2 1584/2015 од 15.01.2016. године.

⁶⁴ 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 - у даљем тексту: Директива 2001/23/EЗ, чл. 4.

⁶⁵ Видети у: John McMullen, "Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 23/3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, стр. 342-345.

⁶⁶ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 469/2017 од 30.03.2017. године.

запосленој која је по занимању дипломирани правник са положеним правосудним испитом, које је послодавац образложио тиме да се послови заступања, које је запослена између осталог обављала, поверавају адвокатским канцеларијама, будући да је послодавац истовремено, односно свега шест дана пре отказа запосленој, закључио уговоре о раду са седам дипломираних правника⁶⁷.

С обзиром на све већу заступљеност прекарних облика радног ангажовања, које прети да постане стандард модерне економије, поставља се питање може ли доћи до престанка потребе за радом запосленог у радном односу на неодређено време у ситуацији када послодавац истовремено континуирано ангажује већи број агенцијских радника (тзв. *staff leasing*) или ангажује лица по основу уговора о повременим и привременим пословима или коришћењем других флексибилних форми запошљавања. Стиче се утисак да домаћа судска јуриспруденција не сматра ове врсте запошљавања као било какву врсту сметњи за утврђивање престанка потребе за радом запослених, под условом да ти извршиоци не раде на пословима на којима се запослени утврђују вишком. Наиме, Врховни касациони суд је, закључивши да чињеница да је послодавац у време колективног отпуштања ангажовао 220 лица преко уговора о привременим и повременим пословима, не представља сметњу за утврђивање вишка запослених, без обзира на чињеницу да су та лица радила и на систематизованим пословима који нису понуђени запосленима који су вишак, истакао да организација рада и пословања спада у аутономну и самосталну област деловања послодавца, због чега суд не може да оцењује оправданост или целисходност закључивања наведених врста уговора у смислу наведене законске одредбе⁶⁸. Слично је суд резонувао и у спору у коме је послодавац након отпуштања запослених ангажовао раднике преко *staff leasing* агенције⁶⁹.

Коначно, чак и уколико су заиста укинута послови које је запослени обављао и уколико послодавац нема никакве могућности да му обезбеди обављање других послова, могуће је да запосленом ипак не буде отказан уговор о раду због престанка потребе за његовим радом. То ће бити случај уколико је хетерономним или аутономним изворима права на националном нивоу предвиђено да ће се селекција запослених којима ће бити отказан уговор о раду обављати применом критеријума

⁶⁷ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1863/2016 од 16.03.2017. године.

⁶⁸ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Рев2 662/2016 од 29.03.2017. године и Рев2 1005/2016 од 29.03.2017. године.

⁶⁹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 2338/2015 од 29.06.2016. године.

који ће обухватити не само запослене који раде на укинутим пословима, већ и све друге запослене у предузећу или конкретном организационом делу који су међусобно упоредиви са аспекта квалификација и врсте послова које обављају, тако да могу бити заменити једни друге, што је случај у француском, немачком и италијанском праву. У том случају, уколико применом утврђених критеријума запослени чији је посао укинут, добије предност за останак на раду, може се догодити да запослени чије радно место није укинуто постане вишак коме се отказује уговор на раду због престанка потребе за његовим радом, што са одређеног аспекта можда представља и својеврстан парадокс.

1.3.3. Смањење потребе за радом запослених

Смањење потребе за радом запослених подразумева ситуацију у којој потреба за обављањем одређених послова не престаје у целости, дакле не долази до укидања или трансформације послова, већ је само неопходно смањити број извршилаца који обављају те послове, с обзиром да је исти по оцени послодавца предимензиониран и не кореспондира потребама процеса рада. Ради избегавања арбитрерности, запослени за чијим радом престаје потреба и којима се отказује уговор о раду утврђују се применом одређених критеријума селекције. У страним правима не постоје униформни критеријуми селекције, већ се јављају три основна концепта: (1) концепт који као приоритетан критеријум утврђује резултате рада, (2) концепт који комбинује резултате рада и сениорат и (3) концепт који посебан значај даје социјално-економском положају запосленог, уз извесне корективе критеријумима резултата рада и сениората.⁷⁰ Хетерономним и аутономним изворима права на националном нивоу се уређује подручје примене критеријума, тако да се њихова примена може ограничити само на запослене који раде на пословима на којима се због смањеног обима посла смањује број извршилаца, али је могуће предвидети и да се у обухват критеријума узму сви запослени који су међусобно упоредиви са аспекта квалификација и врсте послова које обављају, и то на нивоу организационог дела захваћеног одређеним променама (што је случај у немачком праву) или на нивоу послодавца као целине (што је случај у француском и италијанском праву), што може у својој крајњој итерацији, као што је већ било речи, резултирати тиме да без посла остану запослени чији послови уопште нису захваћени променама које доводе

⁷⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 565.

до покретања поступка колективног отпуштања.

1.3.4. Неопходност измене уговорених услова рада

Неопходност измене уговорених услова рада представља широко прихваћен разлог колективног отпуштања и у доктрини и у јуриспруденцији, али често законским текстовима није експлицитно уврштен у круг наведених разлога. Оно што овај разлог раздваја од других могућих разлога за измену уговорених услова рада и приближава колективним отпуштањима је истоветност узрока - исте промене економске, техничко-технолошке, организационе, производне или друге сличне природе, детерминишу престанак или смањење потребе за радом запослених и потребу за изменама уговорених услова рада. Наиме, управо због наступања тих промена, послодавацу постојећи уговор о раду постаје неиздржив терет, због чега је принуђен да захтева његову измену. Запослени има право да ту измену не прихвати, али у том случају послодавац има право да га утврди вишком запослених и по том основу му откаже уговор о раду.

Одбијање запосленог да прихвати измене битних елемената уговора о раду представља у француском праву, које овај разлог сврстава у колективна отпуштања, оправдани разлог отпуштања из економских разлога само ако је реч о елементима који су подложни изменама искључиво уз сагласност запосленог, дакле оних које послодавац не може једнострано мењати у оквиру прерогатива своје управљачке власти и под претњом отказа запосленом из персоналних разлога. У том случају послодавац је дужан да запосленом упути понуду за измену уговора о раду⁷¹ и може отказати уговор о раду тек ако запослени исту одбије, а послодавацу је *status quo* неприхватљив. Ти елементи су, према становишту Касационог суда: утврђивање и структура зараде и других примања, промена места рада ван географског подручја у коме је исто уговорено, као и промена трајања радног времена (не и промена распореда радног времена), с тим што послодавац и запослени могу уговорити и друге елементе које сматрају битним и који не могу бити накнадно измењени без сагласности запосленог.⁷² С друге стране, одбијање запосленог да прихвати измену

⁷¹ Послодавац је дужан да запосленом упути писану понуду препорученом поштом са повратницом. Уколико запослени не одговори у року од месец дана од дана пријема, сматраће се да је понуду прихватио. (*Code du travail*, L. 1222-6).

⁷² Jean-Pierre Laborde, Jacques Rojot, *Labour law and industrial relations in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 157. Поред наведеног, у одређеним случајевима ће се легитимним основом за отказ из економских разлога сматрати и одбијање запосленог да прихвати измене битних елемената уговора о раду које се нуде из разлога који, *stricto sensu*, не представљају разлоге економског отказа, примера ради, уколико запослени

неког од битних елемената уговора о раду, коју послодавац понуди као дисциплинску санкцију, неће се сматрати разлогом за отказ из економских разлога, већ може евентуално представљати разлог за дисциплински отказ⁷³.

Отказ због потребе за изменом уговора о раду која је запосленом неприхватљива представља и по ставу немачке јуриспруденције разлог за настанак вишка запослених. До потребе за изменом уговора о раду доћи ће уколико одређене околности изискују престанак истоветности и континуитета радног места запосленог⁷⁴, што подразумева промену описа послова, квалификационих услова за њихово обављање, или промену зараде.⁷⁵ Запослени који одбије тзв. отказ са изменом уговора о раду биће обухваћен колективним отпуштањем и остварити права која припадају вишку запослених.

С друге стране, у неким правним системима, као на пример британском и домаћем праву, потреба за изменама уговора о раду и њено евентуално одбијање не улази на наведени начин у круг разлога за исказивање вишка запослених. У британској јуриспруденцији, одбијање запослених да прихвате крупне измене услова запослења у циљу унапређења ефикасности пословања, не резултира настанком вишка запослених, већ представља разлог за тзв. изнуђени отказ (*constructive dismissal*), односно отказ који запослени даје кривицом послодавца, док колективним отпуштањем могу бити обухваћене само оне ситуације у којима запослени одбије измене које су узроковане падом профитабилности или потребом за отпуштањем ради смањења трошкова радне снаге⁷⁶, што практично значи да су из колективних отпуштања изузете измене услова рада које су резултат организационих

одбије да прихвати непосредну примену колективног уговора (*un accord de performance collective*) из члана L. 2254-2 Законика о раду, који се закључује ради задовољавања развојних потреба компаније или очувања и развоја запослења и може предвидети (1) промену трајања и организације радног времена, (2) промену износа примања запосленог, или (3) клаузулу професионалне или географске мобилности запослених, при чему је свака од наведених промена подложна одређеним законским ограничењима. M. Blatman, *op. cit.*, стр. 135.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 205-206. Ауторка указује на пресуду Савезног радног суда у предмету BAG 12.4.2002, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117, којом је изражен став да чињеница да је радник (молер) обављао у истој компанији и друге послове, није ни прећутно утицала на промену садржаја уговора о раду, те стога не утиче на оцену о престанку потребе за његовим радом у ситуацији када је послодавац донео одлуку да послове молераја више не обавља интерно, већ да исте повери специјализованој компанији.

⁷⁵ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 206. Савезни радни суд је у одлукама BAG 10.11.1995, AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 18.10. 2000, AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969, посматрао истоветност и континуитет послова кроз истоветност подручја рада (*Identität des Arbeitsbereichs*), а као критеријуме оцене узео опис радног места и његов распоред у групама послова у колективним уговорима.

⁷⁶ H. Collins, *Justice in Dismissal, op. cit.*, стр. 60-65. Наиме, у британском праву до настанка вишка запослених може доћи само уколико: (1) послодавац престаје са активностима или затвара фабрику, (2) мења технолошке или производне процесе на начин који води томе да вештине и радни задаци обављани од стране запослених више нису потребни или (3) пресељава производњу на нову локацију. Услед овакве законске концепције искључују се из вишка запослених следеће ситуације: (4) смањење броја запослених због затварања фабрике индуковане смањењем обима производње и (5) реорганизација усмерена на смањење трошкова радне снаге кроз повећање флексибилности радних процеса и следствено смањење броја запослених.

промена код послодавца. Изузимање измена уговорених услова рада у случају организационих промена трпи критике у британској доктрини, са аргументацијом да не постоји оправдани разлог изузимања наведених случајева, јер уважавајући право послодавца да по сопственом нахођењу унапређују ефикасност пословања изменама услова рада запослених, откази који су последица одбијања запослених да прихвате такве измене немају везе са личношћу запосленог, односно његовим способностима или понашањем и треба стога да буду уврштени у категорију економских отказа и колективна отпуштања⁷⁷.

Домаће право је радикалније у заштити послодавца чак и од неолибералног британског права, будући да одбијање запосленог да прихвати понуђене измене уговора о раду, без обзира на то што могу бити узроковане апсолутно истим технолошким, економским или организационим променама које доводе до престанка или смањења потребе за обављањем одређених послова, представља разлог за отказ који даје послодавац због одбијања понуђених измена услова рада, а не престанка потребе за радом запосленог, у ком случају запослени не остварује право на отпремнину, нити друге заштитне мере које се везују за вишак запослених, као што су право на партипацију представника запослених, обавештавање јавне власти о отпуштању, право на мере за запошљавање и друга права⁷⁸, чиме се овај отказ по својим последицама приближава изнуђеном отказу из британског права.

1.4. Право послодавца да одлучује о колективном отпуштању и његове границе

Из претходних излагања произилази да је праву послодавца да на одређене спољне или унутрашње факторе пословања одговара колективним отпуштањем радника дат легитимитет на универзалном плану, те да су у циљу успостављања баланса између легитимних потреба послодавца за редукцијом радне снаге и проблема који за раднике и државу настају масовним отпуштањима створени одређени механизми који се односе на партипацију радничких представника и органа државе у поступцима колективног отпуштања, као и на посебне обавезе послодавца у погледу правичне селекције запослених и испитивања свих могућности да се отпуштања спрече или барем смање на одређену меру или, ако ни то није могуће, бившим радницима обезбеди неки ниво примања у периоду

⁷⁷ *Ibid.*, стр. 65.

⁷⁸ Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење) - у даљем тексту: ЗР, чл. 153 и чл. 179 ст. 5, у вези чл. 171.

незапослености, као и стварање професионалних услова за проналажење новог запослења.

Нужно је, стога, поставити следећа питања: У којој је мери послодавац слободан да доноси одлуке о колективним отпуштањима? Конкретно, да ли послодавац има право да буде "лош домаћин" и да доноси погрешне и неразумне пословне одлуке које раднике лишавају основних средстава за живот, а немају капацитет да реше стварне проблеме у пословању или се право послодавца ипак може (и мора) ограничити? И, коначно, да ли је уопште могуће и у којој мери преиспитивати одлуке пословне одлуке послодавца и ко би за то био меродаван?

По овим питањима не постоји јединствен став ни у правној теорији нити у страним правима, јер комплексност њихових правних, етичких, естетичких, економских, социјалних и политичких аспеката омогућава мноштво филигранских анализа и различитих одговора.

Слобода предузетништва послодавца, која проистиче из његовог права својине на средствима за рад и која представља предмет уставних гаранција у многим државама (на пример, Немачка, Италија), могла би, следствено класичној теорији послодавчеве власти⁷⁹, водити закључку о сувереном и аутономном послодавцу да одлучује о отпуштањима запослених, на исти начин као што му даје право и слободу да их по свом избору запошљава. Есенцијални циљ слободе предузетништва је постизање продуктивности и умножавање капитала, што представља, како каже проф. Јовановић, "јак лични интерес послодавца и његов основни мотив заснивања радног односа са запосленима"⁸⁰, због чега "када изостане очекивана продуктивност, послодавац има легитимно право да мења однос и комбинацију ... фактора производње", у ком смислу су вишкови запослених "природна последица организације рада и комбинације фактора производње, сагласно тржишним принципима рада и пословања"⁸¹. Ценећи овакав положај послодавца, француска јуриспруденција, која представља колевку правила о неоправданом (абузивном) отказу, деценијама је стајала на чврстом становишту да је "директор предузећа, као одговоран за његово пословање, једини судија околности које га могу угрозити". Отуд се сматрало да послодавац има право да у "интересу предузећа" слободно

⁷⁹Више о овом појму у: Лубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 32.

⁸⁰ П. Јовановић, "Питање вишка запослених у међународном и нашем праву", *оф. сит.*, стр. 47.

⁸¹ *Ibid.*, чл. 47-48.

одлучује о мерама реструктурирања предузећа, укључујући ту и одлуке о отказу вишковима запослених⁸².

Овакав став је и даље заступљен у италијанском праву, које дозвољава послодавцу да донесе потпуно погрешну, економски неодрживу, потпуно неоправдану, чак и неразумну, "сулуду" одлуку, све док је иста резултирала објективним променама у организацији рада и престанком или смањењем потребе за обављањем одређених послова. Стога запослени не може оспоравати отказ довођењем у питање оправданости пословне одлуке послодавца⁸³.

Ово становиште ипак није универзално прихваћено, тако да се и у правној теорији и страним правима изражавају и схватања да пословне одлуке послодавца, уважавајући слободу предузетништва и менаџерске прерогативе, могу бити преиспитиване са аспекта нужности отказа ради остваривања пословног циља који послодавац има у виду.

У правној теорији се износи мишљење да се оправдање постављању граница вољи послодавца може наћи у два важна сегмента радног односа: (1) обавези поштовања економске субординације запосленог и (2) обавези поштовања достојанства запосленог⁸⁴.

Први аспект почива на моралном начелу "*nécessité oblige*", које садржи обавезу особе од које је друга особа зависна да води рачуна о осетљивости и рањивости те особе, а парадигму тог начела представља однос родитеља и детета. Пренето на терен радног права, оно подразумева обавезу послодавца да има у виду да приходи, социјални статус и професионално остварење запосленог зависе од послодавца и да, стога, брине да запослени не остане без посла уколико за тако нечим збиља не постоји потреба.⁸⁵

Други извор ограничења послодавца може се наћи у обавези послодавца да поштује достојанство запослених доношењем рационалних пословних одлука. Наиме, уколико послодавчева одлука о отпуштањима није заснована на стварним и суштинским разлозима, тада се однос послодавца према запосленима своди на ниво односа према стварима, односно било којој другој потрошној роби у

⁸² J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 155.

⁸³ Filippo Curcuruto, "Collective Dismissal in Italy", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammona (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 252.

⁸⁴ H. Collins, *Justice in Dismissal*, *op. cit.*, стр. 150-154.

⁸⁵ *Ibid.*, стр. 150.

производном циклусу, која се може набавити по одређеној цени и количини, без узимања у обзир људских потреба и тежњи запослених⁸⁶.

Наведеним разлозима треба додати и трећи, који је садржан у општим принципима забране злоупотребе права, према којима послодавац нема право да доноси одлуке о колективним отпуштањима које немају за циљ прилагођавање кадровске структуре пословним потребама, већ ускраћивање запосленима остваривање одређених права из радног односа, или прикривање персоналних разлога отказа, који могу бити сасвим различите природе и састојати се, примера ради, у потреби послодавца да постојећу кадровску структуру замени млађом и јефтинијом радном снагом или личној нетрпељивости.

Оваква схватања чине суштину концепције *стварног и озбиљног отказног разлога* у француском праву и концепције *социјално оправданог отказа* у немачком праву.

Концепција стварног и озбиљног разлога (*réel et sérieux des motifs*)⁸⁷ даје могућност преиспитивања пословне одлуке послодавца кроз призму оправданости индивидуалних отказа. Наиме, да би отказ био оправдан, неопходно је да исти почива на стварном и озбиљном разлогу. Разлог отказа је стваран ако (1) заиста постоје околности на које се послодавац позвао као разлог отказа, (2) наведене околности представљају стварне, а не фиктивне разлоге отказа и ако је (3) разлог отказа објективног карактера, доказив проверивим чињеницама независним од субјективне воље и арбитрерне процене послодавца. Поред тога што отказ мора бити заснован на стварним разлозима, ови разлози истовремено морају бити и довољно озбиљни да оправдају отпуштање, што значи да отказ мора бити неопходан ради спречавања настанка штете за компанију.⁸⁸ Дакле, чак и у ситуацији када су наступиле технолошке, економске или друге промене које условљавају престанак или смањење потребног броја запослених или, пак, измене уговорених услова рада, послодавац неће моћи да запосленом откаже уговор о раду уколико за то не постоје *стварни и озбиљни разлози*, а пропуштање навођења разлога отказа или навођење неистинитих разлога аутоматски резултира његовом незаконитошћу⁸⁹.

⁸⁶ *Ibid.*, стр. 154.

⁸⁷ Ова концепција имплементирана је доношењем Закона од 13. јула 1973. године, као последица захтева синдиката и протеста из маја 1968. године, чиме су значајно унапређена права запослених, који су до тада могли да оспоравају отказ само уколико докажу да је послодавац злоупотребио право на отказ, које се сматрало неограниченим. Увођењем концепције стварног и озбиљног разлога питање оправданости отказа се од питања да ли је послодавац злоупотребио право на отказ померају на терен питања да ли је послодавац уопште имао право на отказ, односно то право од безусловног постаје условљено. Нав. према: J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 154-155.

⁸⁸ *Ibid.*, *op. cit.*, стр. 160-161.

⁸⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, стр. 155. Тако је, примера ради, Касациони суд оценио да није законит отказ заснован на пукој констатацији да је запослени одбио захтев послодавца да буде премештен у друго место рада, јер како је

Појам социјално оправданог отказа немачког права⁹⁰ садржи у себи четири основна начела: (1) начело неприхватљивости (немогућности) наставка радног односа, (2) начело одмеравања користи и интереса, (3) начело *ultima ratio* (начело сразмерности) и (4) начело прогнозе⁹¹.

Начело неприхватљивости (немогућности) наставка радног односа подразумева да оперативне потребе предузећа могу бити разлог социјално оправданог отказа искључиво уколико су разлози који их чине такве природе и димензија да му даљи опстанак запосленог у радном односу постаје сасвим неприхватљив⁹².

Начело одмеравања користи и интереса подразумева успостављање баланса између интереса послодавца да одбрани угрожене пословне интересе предузећа и запосленог који се конфронтира са социјалним последицама отказа⁹³. Примена овог начела се показује посебно деликатном код отказа због хитних оперативних потреба предузећа, будући да би утврђивање да ли су одређене организационе мере послодавца у разумном односу са недостацима које оне имају за радника, практично значило контролу целисходности пословних одлука предузећа, што према становишту немачког Савезног радног суда није прихватљиво⁹⁴, тако да у јуриспруденцији тог суда нема пресуда којима се пословно условљени отказ поништава због неприхватљивих социјалних последица за запослене или због интереса заштите запослених.⁹⁵

Начело сразмерности полази од чињенице да радни однос за запосленог представља темељ егзистенције, због чега послодавац мора приликом отказа имати у виду последице, односно тешко нарушавање организације живота запосленог који остаје без посла и стога обезбедити да отказ буде "последње могуће средство" (*äußerstes Mittel*), које долази у обзир када је прикладно и потребно (*geignet und erforderlich*) да се отклоне штете за пословање послодавца, те ако се чини примереним (*angemessen*) у односу на постављени циљ⁹⁶, водећи рачуна да се притом не наруше права трећих

послодавац пропустио да образложи економске разлоге који су индуковали такав захтев послодавца, није могуће утврдити мотив којим се послодавац руководи, због чега тај суд оцењује да за отказ није постојао стваран и озбиљан разлог (Soc. 12. Mai 1998, број 96-16406, bull. civ. 1998, V, no. 243), нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 133.

⁹⁰ Концепција социјално оправданог отказа у немачко право је имплементирана Законом о заштити од отказа из 1951. године и представљала инспирацију концепције ваљаних отказних разлога која је садржана у касније донетим универзалним радним стандардима. Нав. према: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 201-202.

⁹¹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 142.

⁹² *Ibid.*, стр. 142-143.

⁹³ *Ibid.*, стр. 148-149.

⁹⁴ BAG 30.4.1987, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 42 = NZA 1987, str. 776. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁹⁵ *Ibid.*, стр. 147.

⁹⁶ BAG 30.5.1978 AP BGB § 626 Nr. 70. *Ibid.*, стр. 150.

лица⁹⁷.

Начело прогнозе има свој темељ у дугорочности радног односа, која детерминисхе обавезу послодавца да се, приликом процене да ли одређене околности, које су се стекле у претходном периоду, представљају ваљане отказне разлоге, фокусира на њихове последице у будућности, те да процени да ли су исте такве магнитуде и значаја да чине наставак радног односа немогућим *pro futuro*⁹⁸.

Схватања која иду за тим да воља послодавца да приступи колективним отпуштањима не може бити апсолутна и ултимативна, већ да подлеже одређеним ограничењима, нису непознате ни у другим правима, на пример, британском, које познаје тест разумности ("*reasonableness*"), који подразумева проверу да ли је послодавац пословну одлуку донео на бази разумно прибављених разумних информација, не улазећи у суштину и целисходност те одлуке⁹⁹.

Остављајући, за моменат, по страни дилеме око оправданости ограничавања власти послодавца у доношењу економских одлука са радноправним последицама, у правној теорији се са правом поставља питање да ли је могуће развити правне механизме који би омогућили независној трећој страни као што је судска или управна власт да евалуирају ваљаност/исправност/целисходност тих одлука. Поред знатних трошкова таквих поступака, проф. *Collins* доводи у сумњу компетентност било ког суда или органа управе да преиспитује пословне одлуке који се тичу производње или тржишта капитала и оцењује да ли је било могуће донети "бољу" одлуку, са аргументацијом да француска и холандска искуства на том плану не дају пуно охрабрења, будући да су показала да су одлуке послодавца са успехом оспорене од стране суда у незнатном броју случајева¹⁰⁰. Не упуштајући се у овој фази у оцену овог закључка, будући да истраживање овлашћења и ефеката надлежности судске и управне власти у споровима о колективним отпуштањима тек предстоји, не може се прескочити констатација да овај став има своју потврду у јуриспруденцији немачког Савезног суда, који из домена испитивања социјалне оправданости отказа у целости изузима могућност евалуације пословних одлука надлежних органа предузећа које за последицу имају колективна отпуштања, као и у последњим законским реформама француског и шпанског права, које су ишле у правцу прецизирања могућих разлога колективних отпуштања са нескривеном интенцијом

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Ibid.*, стр. 154-156.

⁹⁹ H. Collins, *Justice in Dismissal*, *op. cit.*, стр. 154-155.

¹⁰⁰ *Ibid.*, стр. 155-156.

да смање могућност упуштања судија у оцене пословних одлука предузећа о потреби за смањењем броја запослених.

Истовремено, нема сумње да неспорна надлежност судова да у радним споровима испитују могуће злоупотребе права на колективна отпуштања ствара одређени простор да се кроз ту призму врши и оцена пословних одлука послодаваца, што показује да јасну границу није могуће повући.

2. Настанак и развој посебних правила о колективном отпуштању запослених

2.1. Историјски развој уређивања колективног отпуштања

Настанак и развој посебних правила о колективним отпуштањима непосредно је детерминисан специфичностима овог института, односно његовим карактеристичним узроцима и последицама и као такав представља израз компромиса и успостављања одређеног баланса између три супротстављена интереса: (1) интереса послодаваца да суверено доносе пословне одлуке којима се прилагођавају кризним ситуацијама, (2) интереса запослених да имају стабилно запослење, које им омогућава сигуран извор прихода и каријерни развој и (3) интереса државе да контролише ниво социјалних трошкова и привредног раста кроз одржавање одређеног нивоа запослености и стабилности тржишта рада. С обзиром на комплексност питања која треба да обухвате и мноштво супротстављених интереса, јасно је да је развој правила о колективним отпуштањима донекле "каскао" за развојем општих правила о заштити запослених од отказа уговора о раду, те да има своје специфичности у односу на општа правила.

Наиме, прва државна интервенција на пољу заштите од отказа учињена је у XIX веку, и то не од стране законодавне, већ судске власти у Француској, поставком теорије злоупотребе права са циљем обезбеђивања већег степена заштите од тзв. *абузивног отказа*¹⁰¹. Према овој теорији, која је била плод јуриспруденције нижих судова, отказивање уговора о раду злоупотребом права представља незаконито поступање послодавца, које деривира право на накнаду штете (плод законодавне интервенције из 1890. године), чиме је створена активна легитимација за запослене да пред судом потраже право на заштиту од злонамерног отказа. *Заштита од абузивног*

¹⁰¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*, стр. 199.

отказа није се, међутим, односила на отказе из економских разлога, за које је постојала презумпција оправданости, заснована на судијском уверењу да је послодавац једини меродаван да доноси одлуке о пословању и реструктурирању предузећа и отуда суверен у доношењу одлука у "интересу предузећа", укључујући и одлуке о отказима. Запослени који је хтео да оспори одлуку послодавца о отказу имао је двоструки терет доказивања, јер је морао да докаже не само неистинитост разлога којима је послодавац образложио отказ, већ и да докаже злонамерну природу стварног отказног разлога. Притом, није постојала никаква могућност да суд преиспитује пословну одлуку менаџмента послодавца, већ искључиво поступак отказивања, чак и ако је отказ био последица погрешне пословне процене.¹⁰²

Дакле, послодавац који као разлог отказа из економских разлога наведе потребу за реорганизацијом компаније, није био ни у каквој обавези да даље образлаже конкретне разлоге отказа у односу на индивидуалне запослене, нити је био изложен ризику утврђивања незаконитости отказа, будући да је заштита "интереса предузећа" представљала *per se* оправдани разлог економских отказа.

На питање колективних отпуштања је двадесетих година прошлог века ригидније гледао немачки законодавац, који је, потакнут стањем акутне економске кризе, на врло рестриктиван начин уредио питање колективних отпуштања, прописујући да се истима може законито прибећи тек уколико послодавац ни скраћивањем радног времена, највише до 24 сата недељно, и пропорционалним смањењем зараде, није могао да спречи настанак потребе за колективним отпуштањем, уз право надлежне јавне власти да забрани колективна отпуштања послодавцима који нису испунили наведене услове. Међутим, ови прописи су убрзо напуштени, јер се уведена забрана показала неодрживом и убрзо резултирала потпуним контраефектом: уместо да се број колективних отпуштања смањило, он се мултиплицирао и убрзао колапс компанија, које нису могле да се боре са тржишним изазовима без могућности редукације радне снаге.¹⁰³

Први међународни стандарди који за свој предмет имају колективна отпуштања установљени су под окриљем Међународне организације рада (МОР), у оквиру међународних инструмената о заштити радника од незаконитог и неоправданог (абузивног) отказа, усвојених у складу са њеним програмским

¹⁰² J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 154-155.

¹⁰³ Manfred Weiss, Marlene Schmidt, *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, стр. 139.

циљевима стварања услова за достизање социјалне правде¹⁰⁴. Универзални радни стандарди о заштити од отказа, усвојени у оквиру МОР почивају на свести о томе да индивидуални, групни и друштвени интереси захтевају да се радник као слабија страна у радном односу правно заштити, односно да му се правно гарантује заштита његових радних и социјалних права. Та заштита не значи, међутим, одузимање права послодавцу да раднику откаже уговор о раду, нити гарантује раднику право на сталност запослења, односно право на радно место¹⁰⁵. Смисао правне заштите од отказа се стога састоји у прописивању процедуре отказа којом се искључује дискреционо право послодавца да отказује уговоре о раду без икакве контроле и ограничења и у одређеним случајевима забрањује или ограничава могућност давања отказа, при чему се узима у обзир потреба за помирењем интереса радника за очувањем запослења са потребама послодавца¹⁰⁶. Другим речима, универзални радни стандарди имају за циљ успостављање одређеног нивоа заштите запослених од неоправданог отпуштања, уз истовремено омогућавање послодавцу да прекине радни однос када за то постоји ваљан разлог¹⁰⁷.

Први међународни стандард МОР који је на интегралан начин уредио питање престанка радног односа и посебно регулисао правила поступања у случају потребе за редукијом за радне снаге, као и потребу посебне заштите радника од штетних последица губитка запослења из ових разлога, представља Препорука МОР бр. 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, усвојена 1963. године. Прописујући посебна правила поступка у ситуацији када послодавац прибегава отпуштањима због операционалних потреба послодавца, посебно када иста попримају магнитуду колективних отпуштања, Препорука ни на који начин није покушала да ограничи или услови право послодавца да отпушта запослене, већ напротив, третира операционалне потребе предузећа као *a priori* ваљан отказни разлог и изричито прописује да ниједно тело неће бити надлежно да оцењује или на било који начин интервенише у одлуке послодавца о обиму радне снаге у предузећу, установи или служби¹⁰⁸.

Наредни документ који је питање колективних отпуштања уредио на

¹⁰⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 203.

¹⁰⁵ Боривоје Шундерић, *Право међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2001, стр. 488.

¹⁰⁶ Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права*, "Савремена администрација", Београд, 1967, стр. 319.

¹⁰⁷ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 372.

¹⁰⁸ Препорука Међународне организације рада број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (*Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*, 1963) - у даљем тексту: Препорука бр. 119, чл. 5, ст. 2.

међународном плану и истовремено једини међународни инструмент који за свој специфични предмет има колективна отпуштања, усвојен је на комунитарном нивоу у виду Директиве 75/129/ЕЕЗ о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања. Материја колективних отпуштања представља истовремено и прву област радних односа која је уређена на комунитарном нивоу. Ова Директива је донета као одговор на глобалну економску кризу која је отпочела средином седамдесетих година прошлог века, као и пораст тржишне конкуренције, али и проширење Европске економске заједнице, будући да је, уз уважавање потребе корпорација да се кроз различите облике реструктурирања адаптирају новим условима пословања, закључено да запослени не треба да плаћају цену установљавања заједничког, већег тржишта, те да је неопходно да се заштите од социјалних последица реструктурирања¹⁰⁹. Ипак, *ratio* доношења Директиве је само делимично била заштита социјалних права, док је паралелно са тим егзистирала и потреба да се подстакне слободно кретање рада и успостави одређени ниво тржишне утакмице или, како је то наведено у Експланаторном меморандуму сачињеном уз изворни текст Директиве "...економске промене, укључујући и затварање неких компанија су, ипак, интегрални део еволуције у правцу перспективнијих активности, које стога не би требало да буду подложне рестрикцијама, већ би мобилност запослења требало компензовати одређеним гаранцијама"¹¹⁰. Сходно томе, основни циљеви Директиве били су (1) *уједначење заштите запослених у случају колективних отпуштања* у смислу отклањања или ублажавања социјалних последица отказа и (2) *уједначавање трошкова колективних отпуштања* који су за послодавце понекад били врло значајни¹¹¹, а не успостављање

¹⁰⁹ Roger Blanpain, *European labour law*, Fourteenth and revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2013, стр. 827. Повод доношења Директиве бр. 75/129 од 17. фебруара 1975. године о хармонизацији права држава чланица у материји колективног отпуштања био је чувени случај холандско-немачке мултинационалне компаније *AKZO*, која је у оквиру планираних процеса реструктурирања намеравала да као вишакпусти 5.000 запослених. Како је *AKZO* имао своје гранке у више држава чланица ЕЕЗ, могао је у извесној мери да упореди трошкове отпуштања и спроведе отпуштања у држави са најнижим трошковима. Излазак те стратегије на видело резултирао је захтевима за усвајање јединствене европске регулативе којом би се овакво поступање у будућности онемогућило и успоставио европски минимум стандарда за заштиту запослених у случају колективних отпуштања. Ово је резултирало усвајањем Резолуције Савета Министара од 21. јануара 1974. године о социјалном акционом програму и следствено усвајању посебне директиве о колективним отпуштањима.

¹¹⁰ Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, стр. 28-29.

¹¹¹ Željko Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", у: Darko Milković, Daria Kešić (ур.), *Godišnjak 31. savjetovanja "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse"*, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu i Organizator d.o.o., Zagreb, 23-2016, стр. 234; видети у: Пресуда Европског суда правде у предмету C-55/02 (*Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*) од 12.10.2004. године, ст. 48, изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015, ECLI:EU:C:2015:455, ст. 32; Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994, ECLI:EU:C:1994:234, ст. 16.

јединственог правног режима колективних отпуштања на комунитарном нивоу, нити спречавање колективних отпуштања и реструктурирања пословања компанија у којима се јавља вишак запослених¹¹². Штавише, *успостављање јединственог правног режима на комунитарном нивоу није оцењено ни могућим ни корисним*, нити од стране политичких актера, нити у правној теорији. Наиме, како аргументује проф. *Bercusson*, почетна црта политике хармонизације је идентификација проблема који су заједнички различитим европским државама, што није једноставан задатак, јер идентификација заједничких проблема у различитим националним системима не резултира хармонизованим погледом на законодавство и праксу¹¹³. Проф. *Kenner* томе додаје закључак да разлике у системима индустријских односа и кореспондентне разлике у материјалним и процесним нормама радног права представљају непремостиве препреке пуној хармонизацији. Истовремено, та хармонизација није ни политички нити социјално пожељна јер "различитост изграђена на заједничким стандардима" помаже развоју здраве конкуренције, тако да хармонизација националних прописа заправо има ограничени циљ - да спречи нелојалну конкуренцију¹¹⁴.

Такође, сходно стратешкој улози Директиве, ни њена изворна верзија, нити њене измене извршене у наредним деценијама (Директива 92/56/ЕЕЗ и сада важећа Директива 98/59/ЕЗ), нису имале за циљ било какво ограничавање послодаваца у доношењу економских одлука која за последицу имају колективна отпуштања¹¹⁵, нити пружање индивидуалне заштите запосленима од отказа уговора о раду¹¹⁶. Стога се у литератури с правом истиче да Директива представља више сет правила процесног карактера о поступку колективног отпуштања, него акт који би конституисао одређена индивидуална материјална права запослених на заштиту од отказа¹¹⁷. Сходно томе је и Европски суд правде у својој јуриспруденцији био несклон да задире у менаџерске прерогативе послодаваца и њихово економско овлашћење да одлучују о томе како ће и када планирати колективна отпуштања, што

¹¹² Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 234; видети у: Пресуда Европског суда правде у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 07.12.1995, ст. 21, 29 и изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Dansk Metalarbejderforbund/Nielsen&Son*) од 12.02.1985, ECLI:EU:C:1985:61, ст. 10.

¹¹³ Brian Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 110.

¹¹⁴ J. Kenner, *op. cit.*, стр. 31.

¹¹⁵ Colin Bourn, "Amending the Collective Dismissal Directive: A Case of Re-arranging the Deckchairs?" *9 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, No. 227 (1993), стр. 237; Maximilian Fuchs, "The bottom line of the European labour law (Part II)", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2004, стр. 438.

¹¹⁶ M. Fuchs, *op. cit.*, стр. 436.

¹¹⁷ Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Pearson Education Limited, Harlow, Essex, 2000, стр. 112.

се показало, примера ради, у одлуци донетој у спору *Nielsen*, у којој је суд истакао да се процесна правила Директиве примењују тек у ситуацији када је послодавац разматрао колективна отпуштања или израдио њихов план, дакле примени Директиве претходи одлука послодавца на коју се иста не примењује¹¹⁸. Стога се чини и оправданом констатација да су комунитарна правила о престанку радног односа усмерена превасходно на економске циљеве и почивају на идеју да отпуштање запослених треба разумети пре као чинилац функционисања тржишта, него као последицу коју би требало избећи¹¹⁹.

Директива 75/129/ЕЕЗ је директно утицала на даљи развој универзалних међународних радних стандарда, с обзиром да су њена суштинска решења имплементирана у Конвенцију бр. 158 о престанку запослења на иницијативу послодавца, коју је МОП усвојила 1982. године¹²⁰. Поред тога, на стварање атмосфере за усвајање ове Конвенције, као и истоимене пратеће Препоруке бр. 166 из 1982. године, пресудно је деловао позитиван утицај Препоруке бр. 119 на развој националних законодавстава и праксе по питању заштите запослених од арбитрерног и неоправданог отказа на иницијативу послодавца, као и нарастајући проблеми у тој области који су били последица економских тешкоћа и технолошких промена до којих је дошло крајем седамдесетих и почетком осамдесетих година прошлог века¹²¹. Конвенција бр. 158, по угледу на претходно наведене универзалне и европске радне стандарде, садржи посебне одредбе о колективним отпуштањима које су процесног карактера, али је, имајући у виду узоре социјално оправданог отказа из немачког права и стварног и озбиљног разлога за отказ у француском праву, додатно начинила храбар искорак: оставила је могућност државама чланицама да националним прописима предвиде обим овлашћења судова у погледу испитивања "довољности" одлука послодавца да оправдају ове отказе.

¹¹⁸J. Kenner, *op. cit.*, стр. 29. Коментар се односи на Пресуду Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Dansk Metalarbejderforbund/Nielsen & Son*) од 12.02.1985., ECLI:EU:C:1985:61.

¹¹⁹ Frank Hendricks, "Flexicurity and the EU approach to the law on dismissal", *Tilburg Law Review*, vol. 14, 2007–2008, стр. 92, нав. према: Љ. Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду, *op. cit.*, стр. 228.

¹²⁰ Arturo Bronstein, *International and comparative labour law: current challenges*, Palgrave Macmillan – International labour office, Geneva, 2009, стр. 3.

¹²¹ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 4.

2.2. Садржина начела сигурности запослења

Из претходног елабората несумњиво произилази да развој правила о колективним отпуштањима није ишао у правцу њихове забране или условљавања, већ су, напротив, та правила прешла дуготрајан пут од апсолутне дискреционе власти послодаваца да отпуштају запослене у случају потребе за редукцијом радне снаге, преко "стидљивог" прописивања правила поступка који је послодавац, суверен у одлучивању о отпуштањима запослених из оперативних разлога, дужан спровести у том случају, па до предвиђања могућности да се националним законодавствима ипак предвиди одређени степен судске оцене одлука менаџмента о колективним отпуштањима, што је прихваћено у релативно малом броју националних законодавстава.

Стога се логично намеће питање, у каквом односу стоје правила о колективним отпуштањима према начелу сигурности запослења? Одговор на то питање захтева, најпре, испитивање његове садржине.

Сигурност запослења нема јединствено прихваћену садржину, али у већини европских држава обухвата три елемента: (1) право запосленог да му уговор о раду не буде отказан без *оправданог разлога*, (2) право запосленог на одређену *финансијску накнаду* због губитка посла и (3) право запосленог на *правну заштиту* од незаконитог отказа, кроз процесне гаранције на приступ независном органу и право на реинтеграцију и/или накнаду у случају утврђене незаконитости отказа¹²².

Према томе, у свом најшире прихваћеном значењу, сигурност запослења представља скуп права на заштиту од неоправданог отказа и на заштиту примања запосленог у случају отказа. Отуда, иста не представља идеолошку платформу, већ скуп права која су прокламована и гарантована универзалним и европским радним стандардима и повељама о социјалним правима, почев од Препоруке бр. 119, Конвенције бр. 158 и Препоруке бр. 166, преко Директиве 75/129/ЕЕЗ, до Ревидиране европске социјалне повеље и комуитарне Повеље о фундаменталним правима. Чињеница да ова права имају за циљ да обезбеде да престанак радног односа буде последње средство (*ultima ratio*), тек након што су безуспешно исцрпљене све друге мере, као што су премештај запосленог на други посао или

¹²² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 30.

друго место рада, тако да правила о отказу постају истовремено и методи за његовог спречавања, издиге сигурност запослења на ниво једног од начела радног права¹²³.

Сигурност запослења, дакле, не подразумева право на радно место нити право на запослење код одређеног послодавца. У доктрини се указује да би таква евентуална права могла постојати само када би запосленима било признато право својине у односу на одређени посао или на одређеног послодавца, што би било концептуално неодрживо са аспекта општег благостања, као друштвеног интереса који подразумева богатство, срећу, задовољство и могућности просперитета за све чланове друштва. Претпоставка постојања таквог друштва је постојање слободе послодаваца да лење и некомпетентне раднике замене обученим и посвећеним радницима, што омогућава максималну продуктивност уз исте трошкове радне снаге и тиме дугорочни опстанак и тржишну конкурентност, која резултира порастом запослености и зарада запослених. Када то не би било могуће због гарантованог запослења или конкретног посла запосленом, штетне последице би наступиле не само по продуктивност тог послодавца, већ и на макроекономском плану, будући да послодавци не би могли да отпуштањима прилагоде број и структуру послова и запослених потребама процеса рада и захтевима тржишта, нити би запослени могли да траже нове послове, што би у крајњој итерацији довело до инфлације и пораста стопе незапослености.¹²⁴

У теорији се истиче да је сигурност запослења, схваћена као право на заштиту од неоправданог отказа и право на заштиту примања, чинила значајна обележја традиционалног модела организације рада и представљала неспорно начело радног права¹²⁵ у периоду тзв. златног доба капитализма, који је у западноевропским земљама трајао од 1945. до 1975. године. Реч је о три деценије непрекидног економског раста и процвата радног права у западној Европи, чији су разлози били у следећем: (1) послератној реконструкцији, (2) установљењу Заједничког тржишта на основу Римског уговора из 1957. године, (3) нео-Кејнзијанској (*neo-Keynesianism*) економској и социјалној идеологији, која је подразумевала јачање државе благостања и подстицање пуне запослености, (4) дефициту радне снаге, који је надомешћиван ангажовањем радника-миграната и жена, (5) Фордистичкој индустријској парадигми, која је подразумевала постојање великих компанија које су запошљавале по неколико

¹²³ *Ibid.*, стр. 28.

¹²⁴ Н. Collins, *Justice in Dismissal*, стр. 11.

¹²⁵ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*, стр. 31.

хиљада запослених под управом истог менаџмента, (5) јаком синдикалном покрету створеног у предузећима Фордистичког модела, (6) непресушним изворима јефтених енергената све до 1973. године и рата на Блиском истоку, (7) непостојању међународне конкуренције захваљујући царинским баријерама, (8) подели производње између развијених земаља и земаља у развоју, тако да трошкови радне снаге нису имали утицаја на међународну тржишну утакмицу, те коначно, (9) присуству комунистичких партија, посебно јаким у Француској и Италији, које су активно учествовале у политичком животу, често задушно подржаване од стране синдикалних конфедерација, што је наметнуло западноевропским државама изазов доказивања да тржишне економије могу бити економски ефикасне и социјално оријентисане и довело до настанка модела социјалне тржишне економије, који је подразумевао својеврсну трговину између капитала и рада у форми социјално усмерених политика у замену за подршку политичкој демократији и моделу слободног тржишта, а та је трговина несумњиво била мотиватор многих реформи у корист запослених спроведених у том периоду.¹²⁶

Наведени послератни контекст представљао је више него плодно тло за настанак радног односа у његовом традиционалном значењу, чија основна обележја представљају рад са пуним радним временом и закључен уговор о раду са неодређеним трајањем. Настао је стереотип запослења, који је подразумевао рад на тачно одређеним пословима у великим производним јединицама у односу субординације према послодавцу, у замену за коју је радник очекивао да проведе цео или барем део радног века у истом предузећу, па чак и на истом послу, обављајући исте радне задатке, уз константно повећање зараде. Запослени су били синдикално организовали и уживали заштиту од отказа. Друге форме радног ангажовања су постојале, али су их закони игнорисали или ограничавали могућност њиховог коришћења¹²⁷.

Социјална и политичка афирмација овог модела била је толико јака да на конференцији МОП одржаној 1982. године није представљало скоро никакав проблем да се двотрећинском већином усвоји *Конвенција бр. 158*, која је управо *промовисала традиционални концепт сигурности запослења*, кроз концепцију ваљаних отказних разлога, право запослених на отпремнину, отказни рок и друге врсте заштите код престанка радног односа, као и право на правну заштиту, која

¹²⁶ А. Bronstein, *op. cit.*, стр. 8-9.

¹²⁷ *Ibid.*, стр. 10.

подразумева право на правно средство надлежном телу и право на реинтеграцију и/или накнаду у случају незаконитог престанка радног односа¹²⁸.

2.3. Настанак, развој и садржина концепта флексибилности

Начело сигурности запослења изложено је последњих деценија преиспитивању његове садржине и домаћаја¹²⁹, а у теорији се износе оцене да је његова ерозија отпочела половином седамдесетих година прошлог века, те се као аргумент наводи скроман број ратификација Конвенције бр. 158 из 1982. године¹³⁰.

До оспоравања начела сигурности запослења дошло је са променом друштвено-политичког и економског контекста у западноевропским државама и постепеним нестајањем периода благостања, коме су посебно допринеле следеће околности: (1) престанак доступности јефтених енергената након 1974. године, (2) нарастање међународне конкуренције, превасходно са азијског континента, којој је допринело скидање царинских баријера и стварање Светске трговинске организације (WTO) у јануару 1995. године, (3) дигитална револуција, узрокована наглим развојем информационих и комуникационих технологија, које су дубински измениле суштину и организацију рада, (4) пад комунистичких режима и крај хладног рада и (5) процес глобализације¹³¹, који је створио међудржавну (фискалну) конкуренцију и међукомпанијску (ценовну) конкуренцију, створивши тиме притисак да се у циљу постизања веће државне и компанијске конкурентности снижавају трошкови рада, као и трошкови заштите од социјалних ризика¹³².

Традиционалном концепту сигурности запослења почињу да се стављају следеће замерке: (1) да правила о заштити о отказа спречавају предузећа да број запослених прилагоде тржишним флукуацијама и технолошким променама, ограничавајући тиме њихову продуктивност и конкурентност, (2) да правила о радном времену спречавају предузећа да организују рад у складу са потребама производње и захтевима непредвидивог тржишта, (3) да правила о систематизацији послова не омогућавају премештај запослених на друге послове када и где је то потребно, као и (4) да правила о минималној заради повећавају трошкове пословања

¹²⁸ *Ibid.*, стр. 10.

¹²⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 32-33.

¹³⁰ А. Bronstein, *оп. cit.*, стр. 8-9.

¹³¹ А. Bronstein, *оп. cit.*, стр. 11, 17-22. В. Herple дефинише економску глобализацију као интеграцију економских активности на јединственом светском тржишту, која подразумева слободно кретање добара, услуга, капитала и радника. Нав. према: В. Herple, *Labour Laws and Global Trade*, *оп. cit.*, стр. 5.

¹³² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 236.

не водећи рачуна о кретању продуктивности, чиме се утрожава конкурентност¹³³. Додатно охрабрење овим неолибералним ставовима стигло је из међународних финансијских институција, посебно Међународног монетарног фонда (ММФ) и Светске банке, које су давање зајмова почеле да условљавају стањем радног законодавства у националним системима. Штавише, Светска банка је у својој бази података за инвеститоре под називом *Doing Business*, која има сврху да потенцијалним инвеститорима обезбеди параметре на основу којих могу извршити селекцију и избор дестинације на којој ће инвестирати, као један од битних индикатора назначила: проблематичност ангажовања нових радника, ограничења радног времена, захтевност отпуштања вишка запослених, као и трошкове отказа.¹³⁴ Коментаришући то стање, нобеловац Joseph Stiglitz, бивши главни економиста Светске банке, констатовао је да, онолико колико су се радници борили за "достојанствен рад", исто толико се ММФ борио за оно што би се еуфемистично могло назвати "флексибилност тржишта рада", што представља шифровани назив за мање зараде и слабију заштиту запослења¹³⁵.

У наведеним околностима створена је нека врста парадигме да је радно право нужно зло, које стога треба свести на сет основних правила, јер све преко тога спречава тржишни раст и стварање послова и богатства који би, саморегулацијом, временом били правично расподељивани. У том контексту чак је и терминологија радног права тенденциозно стављена у тржишни контекст и дата јој је негативна конотација. Тако, радно право почиње да се назива "регулатива тржишта рада", уместо израза радник или запослени користе се термини "радна снага" или "људски ресурси", радни прописи се називају "ограничења", а радна права "трошкови рада".¹³⁶

Као круна развоја неокласичних и неолибералних идеологија, на нивоу Европске уније је у првој декади овог века формиран и лансиран тзв. концепт флексиурности ("*flexicurity*"), као негација начелу сигурности запослења у његовом традиционалном значењу. У теорији радног права се истиче да не треба да чуди да је овај концепт настао баш у Европској унији, с обзиром да је она настала у функцији

¹³³ A. Bronstein, *op. cit.*, стр. 13-14, 69.

¹³⁴ *Ibid.*, стр. 26.

¹³⁵ Joseph Stiglitz, *Globalization and its Discontents*, London, Penguin Books, 2002, стр. 84, нав. према: В. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, *op. cit.*, стр. 11.

¹³⁶ A. Bronstein, стр. 26.

формирања заједничког тржишта и да је један од главних промотера економске глобализације¹³⁷.

Концепт флексиурности је формално декларисан као "успостављање баланса између флексибилних радних аранжмана и сигурне транзиције између два запослења, како би се могло креирати што више квалитетнијих послова. Флексибилност подразумева развијање флексибилне организације рада у оквиру које људи могу уклапати своје радне и приватне обавезе, одржавати и унапређивати своја знања и вештине и евентуално имати флексибилно радно време. Она се односи и на стварање флексибилног простора за промену послова како за послодавце, тако и за запослене. Сигурност подразумева сигурност запослења, која има за циљ да обезбеди људима перманентне обуке у циљу стицања актуелних знања и вештина и развоја талената, као и обезбеђивање одговарајућих накнада за време привремене незапослености."¹³⁸

Овај концепт везује се за тзв. Зелену књигу о модернизацији радног права у сусрет изазовима XXI века ("*Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*") донету крајем 2006. године од стране Комисије европских заједница, којом је, као идеја за реформу радног права у циљу оснаживања Лисабонске стратегије постизања одрживог економског раста уз што више бољих радних места¹³⁹, представљена потреба за "флексибилним и инклузивним тржиштем рада", као кључним изазовом, уз истовремено заговарање концепта "флексиурности"¹⁴⁰. Овом документу уследило је објављивање Саопштења Европске комисије о заједничким принципима флексиурности: Више и бољих послова кроз флексибилност и сигурност ("*Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*"), што представља формално признање концепта "флексиурности" на нивоу Савета, као алтернативе традиционалном европском социјалном моделу¹⁴¹. Овим документом не само да је наведени концепт добио политичку подршку, већ је њима утврђен општи концептуални оквир и смернице за утврђивање и развој циљева флексиурности на нивоу држава чланица.¹⁴²

¹³⁷ Marc De Vos, "European flexicurity and globalization: a critical perspective", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009, стр. 219.

¹³⁸ European Commission, *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, стр. 38.

¹³⁹ Бранко Лубарда, "Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", у: Стеван Анлић (ур.), *Правни капацитет Србије за европске интеграције, књ. II*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 79.

¹⁴⁰ M. De Vos, *op. cit.*, стр. 215.

¹⁴¹ Б. Лубарда, "Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", *op. cit.*, стр. 78.

¹⁴² M. De Vos, *op. cit.*

Према томе, концепт флексиурности има бивалентну садржину, која истовремено обухвата (1) постизање веће флексибилности на тржишту рада, која се постиже (а) измењеном организацијом рада и (б) променом правног режима радних односа и (2) сигурност запослења, која не подразумева "доживотно задржавање одређеног посла"¹⁴³, већ обезбеђивање запошљивости, односно обезбеђивање услова за проналажење одговарајућег запослења током целог радног века, што се постиже (в) константним унапређењем професионалних знања и вештина кроз концепт доживотног учења, (г) мерама активне политике запошљавања које повећавају изгледе за запошљавање, посебно када су у питању вулнерабилне категорије и (д) социјалним престаџама које треба да запосленима обезбеде пристојан живот у периодима незапослености.

Сходно наведеном, политика флексиурности почива на четири стуба: (1) флексибилни и поуздани уговорни аранжмани, (2) стратегија доживотног учења, (3) активне мере политике запошљавања и (4) модернизовање система социјалне сигурности¹⁴⁴.

Флексибилни уговорни аранжмани имају за циљ ублажавање и постепено напуштање традиционалног концепта заштите од отказа у случају економских отпуштања, са аргументацијом да комплексна процедура и трошкови отпуштања смањују мобилност на тржишту, одвраћајући послодавце од нових запошљавања, посебно када су у питању вулнерабилне категорије (на пример, дуже незапослени, старија лица, припадници етничких скупина, особе за инвалидитетом, жене)¹⁴⁵.

Стратегија доживотног учења представља, како констатује проф. Лубарда, начин "да се остане професионално интегрисан у условима сталних економских промена изазваних глобализацијом"¹⁴⁶. Њено спровођење представља обавезу послодавца који, обезбеђивањем обука којима се унапређују професионална знања и вештине запослених, обезбеђује сопствену конкурентску предност и конкурентност запослених на тржишту рада, у случају да за њиховим радом код послодавца престане потреба¹⁴⁷.

Ефективне мере политике запошљавања треба да омогуће брзо прилагођавање променама, превенцију негативних последица незапослености и брз

¹⁴³ Љ. Ковачевић, *Валјани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 231.

¹⁴⁴ European Commission, *Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, стр. 38.

¹⁴⁵ Б. Лубарда, "Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", *оп. cit.*, стр. 83.

¹⁴⁶ *Ibid.*, стр. 84.

¹⁴⁷ *Ibid.*

прелазак на нове послове¹⁴⁸. Оне представљају обавезу јавне власти и подразумевају организовање и финансирање преквалификације и доквалификације запослених, јавних радова, запошљавања приправника, самозапошљавања, сајмова запошљавања и других активности усмерених на инклузију тражилаца запослења у свет рада¹⁴⁹.

Модернизовање система социјалне сигурности треба да обезбеди исплату адекватних накнада, подстакне запошљавање и обезбеди мобилност на тржишту рада, што подразумева висок степен социјалне заштите кроз исплату накнада за време незапослености, као и пензионо и здравствено осигурање, како би се створили услови за усклађивање професионалних и приватних обавеза¹⁵⁰. Принадлежности треба да буду одређене у износима који омогућавају да, како то садржајно формулише проф. Лубарда, "уколико се у одређеној мери напусти традиција стриктног радног законодавства у погледу отпуштања из економских разлога, запослени који буде отпуштен не (...) стрепи за своју социјалну сигурност - висина новчане накнаде и период коришћења треба да пруже осећај сигурности који ће у пуној мери компензовати либерализацију, односно ублажавање стриктности традиционалног радног законодавства у погледу (колективног) отпуштања"¹⁵¹.

Из свега претходно реченог се даје јасно закључити да појам "сигурност" у концепту "флексиурности" има битно другачије значење од онога које има у класичном радном законодавству, у коме подразумева право на правну заштиту од неоправданог отказа и право на заштиту примања за случај отказа, која права чине садржину начела сигурности запослења. Ова врста "динамичке" сигурности пребацује традиционалну сигурност запослења (*job security*) на терен "запошљивости" (*employment security*), покушавајући да створи илузију да је могуће помирити сигурност запослења са флексибилношћу тржишта рада, а заправо препушта запослене неолибералној *laissez-faire* концепцији природних економских и тржишних закона, чиме се заправо цео концепт своди на олакшавање запошљавања и отпуштања¹⁵².

Отуда, како запажа проф. Лубарда, концепт флексиурности представља обичан еуфемизам, који "води разградњи Европског социјалног модела, пошто релативизује традиционални заштитни карактер радног законодавства, односно разлоге, поступке и трошкове/накнаде за отпуштање/отказивања уговора о раду из

¹⁴⁸ M. De Vos, *op. cit.*, стр. 221.

¹⁴⁹ Б. Лубарда, "Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", *op. cit.*, стр. 85.

¹⁵⁰ M. De Vos, *op. cit.*

¹⁵¹ Б. Лубарда, "Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", *op. cit.*, стр. 85.

¹⁵² M. De Vos, *op. cit.*, стр. 217.

економских разлога, чиме се Европски социјални модел приближава америчком либералном моделу"¹⁵³. Филозофијом "флексиурности" није, међутим, угрожен само Европски социјални модел, већ и више од тога - дезавуисано је само право на рад - које је прокламовано и гарантовано универзалним и европским радним стандардима и повељама о социјалним и људским правима као фундаментално социјално право, чији суштински и неодвојиви део чине гаранције права на заштиту од неоправданог отказа, а чијим се одузимањем право на рад уназађује, односно враћа на ниво програмског начела¹⁵⁴.

Поред теоријских критика које концепт "флексиурности" оправдано трпи, забринутост се изражава и са практичног аспекта, с обзиром на његову имплементацију и ефекте у пракси. Наиме, истраживања ОЕБС из 2004. године указују да не постоје поуздане индиције за закључак да флексибилност запошљавања и отпуштања води креирању нових запослења, изузев евентуално у односу на омладину и жене, што поставља питање његове оправданости. Додатно се указује на проблеме у имплементацији: наиме, према извештајима Савета Европске уније за 2007/2008 годину, спровођење истог у државама чланицама није на задовољавајућем нивоу, док је Европски парламент изразио озбиљну забринутост у погледу планирања имплементације овог концепта, подвлачећи да иницијативи за његову ширу афирмацију није претходила никаква детаљна анализа трошкова и ефеката.¹⁵⁵

2.4. Утицај концепта флексиурности на правни режим колективног отпуштања

Претходно излагање је показало да поступци колективних отпуштања представљају једну од главних "мета" напада промотера концепта "флексиурности", који потребу за успостављањем флексибилних уговорних аранжмана образлажу страхом послодаваца од комплексности и трошкова колективних отпуштања који, стога, представљају препреку за нова запошљавања и препреку расту привредних активности и свеопштег благостања.

Упркос томе што су дебате о флексиурности више идеолошког карактера него што су засноване на статистичким подацима која би показала директну везу између дерегулације радних односа и привредног раста, чињеница је да је

¹⁵³ Б. Лубарда, "*Flexicurity* – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији", *op. cit.*, стр. 87.

¹⁵⁴ *Ibid.*, стр. 86-88.

¹⁵⁵ А. Bronstein, *op. cit.*, стр. 70-72.

континуирани раст незапослености, који је обележио последње деценије, створио терен за реформе националних радних законодавстава које су ишле у правцу флексибилизације правног режима радних односа и редукције заштитних одредби.

Законске измене ишле су у неколико праваца: (1) "*контрактуализације*" радног права и одступања од начела *in favor laborum* (2) измене каталога ваљаних отказних разлога, (3) скраћивања отказног рока, (4) дерегулације отказног поступка, (5) редукције правних последица незаконитости отказа¹⁵⁶ и (6) увођења/подизања квалификационог прага за примену правила о заштити од неоправданог отказа¹⁵⁷.

Измене каталога ваљаних отказних разлога ишле су у правцу редефинисања критеријума за квалификацију економских отказних разлога, како би се послодавцима омогућило лакше прилагођавање променама на тржишту (Велика Британија, Португал, Словачка, Чешка, Шпанија, Румунија, Грчка, Мађарска, Француска).¹⁵⁸

До скраћивања отказног рока дошло је у Бутарској, Грчкој, Естонији, Литванији, Португалији, Словачкој, Словенији и Шпанији¹⁵⁹.

До значајне дерегулације поступка колективних отпуштања дошло је у односу на послодавчеве обавезе информисања и консултовања представника запослених о отказу (Грчка, Мађарска, Шпанија), укидање услова који се тичу одобрења надлежног органа за отпуштање (Француска¹⁶⁰, Летонија), ограничавање могућности за вођење радних спорова због незаконитог отказа (Велика Британија)¹⁶¹, смањења обима обавеза у погледу примена мера за запошљавање (Хрватска¹⁶², Француска¹⁶³), те смањења обавеза образлагања отказних разлога (Француска¹⁶⁴).

Редукција правних последица отказа састоји се у сужавању круга разлога који омогућавају реинтеграцију, прописивања максималног износа накнаде за

¹⁵⁶ Љубинка Ковачевић, "Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о отказу уговора о раду – могуће поуке за српско радно право", *Право и привреда*, бр. 7-9/2014.

¹⁵⁷ A. Bronstein, *op. cit.*, стр. 15-16.

¹⁵⁸ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 243.

¹⁵⁹ *Ibid.*, стр. 247.

¹⁶⁰ H. Collins, *Justice in dismissal*, *op. cit.*, стр. 156.

¹⁶¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 247-248.

¹⁶² Željko Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", рукопис (необјављен) за друго издање зборника *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, прво издање: Ivica Crnić i dr. (eds.): *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Organizator i Pravni fakultet, 2007, стр. 15-16.

¹⁶³ Roselyn S. Sands, "What's new in French termination-of-employment law? A lot!", *Practicing Law Institute (PLI) Cross-Border Employment Law 2018*, стр. 8-10.

¹⁶⁴ *Ibid.*, стр. 5.

неоправдани отказ, као и посебног прописивања нижих износа накнаде код формалне незаконитости отказа (Италија¹⁶⁵, Мађарска¹⁶⁶, Француска¹⁶⁷).

Увођење/подизање квалификационог прага за примену правила о заштити од неоправданог отказа ишло је у два правца: (а) изузимања послодавца са мањим бројем запослених од примене тих правила (на пример, у немачком праву су изузети послодавци са мање од 10 запослених) и (б) увођења минималног периода који запослени мора провести у радном односу код послодавца да би стекао право на тужбу за поништај отказа (на пример, у британском праву тај период је најпре износио две године, да би потом био скраћен на годину дана)¹⁶⁸.

Додатно, на правни режим колективних отпуштања у битној мери утиче промовисање нових облика организације рада и флексибилних форми ангажовања радника.

Наиме, развој информационих и комуникационих технологија омогућио је децентрализацију производних процеса и њихову делокализацију, што води томе да предузећа постају више стратешки концепт и менаџмент компаније које управљају тржиштима, развојем и иновацијама, него физичке целине. Више нису незамислива предузећа без производње и без запослених, која поседују искључиво одређену препознатљиву робну марку (*trade mark, brand*) и суштински представљају посреднике између произвођача и купаца те робе, односно конзумента услуга. Ове тенденције су омогућиле измештање већине радних процеса који се не сматрају основном делатношћу и њихово поверавање другим предузећима, најчешће путем тзв. "*outsourcing*" аранжмана, што наравно, може представљати легитиман узрок престанка потребе за радом запослених. Међутим, ове врсте аранжмана се могу двоструко одразити на правни режим колективних отпуштања, не само кроз узрок отпуштања, већ и кроз специфичне мере за запошљавање у виду тзв. "*insourcing*"-а, односно поновног ангажовања запосленог, али овај пут као запосленог у "*outsourcing*" компанији или предузетника са којим бивши послодавац закључује уговор у привреди, тако да се правни однос између послодавца и запосленог суштински мења, иако фактички однос остаје непромењен, јер запослени и даље ради за свог бившег послодавца, често чак и у истим пословним просторијама¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Tiziano Treu, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016, стр. 127-133.

¹⁶⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 247-251.

¹⁶⁷ R. Sands, *оп. cit.*, стр. 4-5.

¹⁶⁸ A. Bronstein, *оп. cit.*, стр. 75-76.

¹⁶⁹ *Ibid.*, стр. 24, 61-64.

Друга врста флексибилне организације рада је ангажовање радника преко агенција за запошљавање, рада на одређено време, рада са непуним радним временом, рада на даљину, рада од куће и других сличних форми организације рада и радног времена (тзв. "атипични рад" или "прекарни рад"), што су форме које су и раније биле познате, али је такав вид ангажовања био подложен рестрикцијама¹⁷⁰. Суштина концепта флексибилности је управо у томе да запослени у радном односу на неодређено време пређу на неки од флексибилнијих режима. То међутим не подразумева право послодавца да запослене у радном односу на неодређено време отпусте да би на њиховим радним местима запослили друге раднике на одређено време. Такво поступање се у већини правних система сматра незаконитим¹⁷¹.

3. Међународни стандарди од значаја за колективна отпуштања

3.1. Универзални међународни радни стандарди

3.1.1. Препорука број 119

Препорука МОП бр. 119 донета је као резултат бројних студија и истраживања на тему престанка радног односа на иницијативу послодавца и садржала је задивљујуће разрађена заштитна правила за случај потребе послодавца за редукцијом радне снаге¹⁷², од којих касније усвајаним универзалним и регионалним међународним радним стандардима није суштински одступано.

Од општег историјског значаја су одредбе Препоруке којима је *усвојена концепција ваљаних отказних разлога*, као услова законитости и оправданости отказа, *прокламовано право на правну заштиту од незаконитог отказа* и *прокламовано право запосленог на материјалну подршку за случај отказа*. Наиме, Препорука (1) предвиђа да запосленом неће престати радни однос без разлога који се односе на способност запосленог, његово понашање и операционалне потребе послодавца¹⁷³ и (2) дефинише круг

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, стр. 62-63.

¹⁷² У извештају Међународне организације рада са 82. заседања одржаног 1995. године наводи се да је Препорука бр. 119 апострофирала две идеје препознате на интернационалном нивоу: (1) да запосленима треба обезбедити заштиту од арбитрерног и неоправданог отказа, као и да (2) запосленима треба пружити заштиту од негативних економских и социјалних последица губитка запослења. ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 3.

¹⁷³ Препорука бр. 119, члан 2. Општа конференција рада није одредила каталог ваљаних отказних разлога, већ се задржала на уопштеном одређивању три могуће категорије отказних разлога и дефинисању круга незаконитих отказних разлога, препуштајући даљу разраду ових питања државама чланицама, у складу са њиховим националним приликама. Нав. према: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 205.

незаконитих отказних разлога¹⁷⁴. Право на правну заштиту од незаконитог отказа реализује се кроз (3) право запосленог који сматра да му је уговор о раду незаконито отказан на жалбу непристрасним телима¹⁷⁵ и (4) право запосленог који је незаконито отпуштен на реинтеграцију или компензацију исте, уз право на исплату изгубљених зарада за време незаконитог отказа¹⁷⁶. Право на материјалну подршку за случај отказа остварује се кроз (5) право запосленог на отказни рок у разумном трајању, током кога запосленом треба обезбедити плаћено одсуство ради тражења новог запослења¹⁷⁷ и (6) обезбеђивање одређеног нивоа прихода за запослене којима се отказује уговор о раду, кроз осигурање за случај незапослености, отпремнину и друге финансијске погодности¹⁷⁸.

Поред наведених одредби општег карактера, од епохалног значаја за материју колективних отпуштања је посебно поглавље Препоруке којима је *детално уређена заштита запослених за случај потребе послодавца за редукацијом радне снаге*¹⁷⁹.

У складу са карактером индустријских односа епохе у којој је донета, *Препорука није имала за циљ било какво спречавање послодавца да организују своје функционисање према потребама пословања и одржавања конкурентности на тржишту, већ је њена интенција била стварање свести о потреби да се ти процеси планирају на начин којим се радноправни статус и социјално-економски положај запослених не нарушавају у већој мери него што је то неопходно. У том смислу Препорука императивно предвиђа да ниједно тело које у складу са националним прописима одлучује о законитости отказа, неће бити надлежно да оцењује или на било који начин интервенише у одлуке послодавца о обиму радне снаге у предузећу, установи или служби*¹⁸⁰.

С друге стране, не дезавуишући право послодавца да суверено одлучује о обиму и структури радне снаге коју ангажује, Препорука успоставља корекционе механизме који имају за циљ успостављање баланса између потребе запослених да кадровску политику прилагођава потребама пословања и неопходности заштите запослених од губитка посла из разлога које нису скривили.

У том контексту Препорука МОР бр. 119, пре свега, промовише идеју да је неопходно мобилисати све заинтересоване стране на предузимање позитивних мера, којима се омогућава да се избегне или на најмању могућу меру сведе редукација

¹⁷⁴ *Ibid*, чл. 3.

¹⁷⁵ *Ibid*, чл. 4.

¹⁷⁶ *Ibid*, чл. 6.

¹⁷⁷ *Ibid*, чл. 8.

¹⁷⁸ *Ibid*, чл. 9.

¹⁷⁹ *Ibid*, поглавље треће, чланови 12-17.

¹⁸⁰ *Ibid*, чл. 5, ст. 2.

броја запослених, на начин који не угрожава ефикасност функционисања предузећа, установе или службе¹⁸¹.

У том циљу се вршење права послодавца ограничава обавезом послодавца који разматра смањење радне снаге да *што пре отпочне консултације са представницима запослених* по свим релевантним питањима, како би се постигла следећа три циља: (1) *да се преиспитају све могућности избегавања редукције радне снаге*, тако да отказ представља *ultima ratio*, (2) *да се избегне арбитрерност отпуштања* и, коначно, (3) да се предузму све расположиве мере ради *умањивања негативних последица за запослене којима су отказани уговори о раду*¹⁸².

Остварење првог циља, који се састоји у избегавању отказа који нису неопходни у контексту реструктурирања предузећа, подразумева разматрање мера *реорганизације уз максимално очување радних места* као што су (а) рестрикција прековременог рада, (б) доквалификације и преквалификације, (в) интерни премештаји запослених, (г) одлагање отказа за одређени период¹⁸³.

Остварење другог циља, избегавања арбитрерних отказа, подразумева успостављање јасних и транспарентних *критеријума* једнаких за све, који би истовремено узели у обзир како интересе послодавца, тако и интересе запослених, као што су (а) потреба за ефикасним функционисањем предузећа, установе или службе, (б) индивидуалне способности, искуство, вештине и професионалне квалификације запослених, (в) број година у радном односу код послодавца, (г) године живота запосленог или (д) породична ситуација запосленог.¹⁸⁴

Остварење трећег циља, ублажавање негативних последица неизбежних отказа, треба остварити како кроз опште механизме (а) остављања *отказног рока* у разумном трајању, током кога запосленом треба обезбедити плаћено одсуство ради тражења новог запослења¹⁸⁵ и (б) обезбеђивање одређеног нивоа *прихода* за запослене којима се отказује уговор о раду, путем осигурања за случај незапослености, исплате отпремнине и обезбеђивањем других финансијских погодности¹⁸⁶, тако и кроз (в) успостављање могућности да се вишку запослених у одређеном периоду након отказа и у мери у којој је то могуће, да *приоритет у запошљавању код ранијег послодавца*, уколико исти искаже потребу за новим запошљавањем, применом истих

¹⁸¹ *Ibid*, члан 12.

¹⁸² *Ibid*, чл. 13, ст. 1-2.

¹⁸³ *Ibid*.

¹⁸⁴ *Ibid*, члан 15.

¹⁸⁵ *Ibid*, чл. 8.

¹⁸⁶ *Ibid*, чл. 9.

критеријума који су утврђени за селекцију запослених којима су отказани уговори о раду¹⁸⁷.

Посебно су интересантне и иновативне одредбе Препоруке, којима је препозната *важност учешћа јавне власти у овим поступцима*, како би запосленима који због потребе послодавца за редукацијом радне снаге остану без посла у што краћем року добили ново запослење, у ком циљу се пледира не само за (1) *обавештавање надлежне јавне власти* о колективном отпуштању чија магнитуда може значајно утицати на тржиште радне снаге у одређеном подручју или грани економије, већ и (2) *асистенцију јавне службе у току консултација* између послодавца и радничких представника¹⁸⁸.

Сагледавањем свих иновација садржаних у овом међународном инструменту, чини се оправданим назвати га револуционарним и одати признање МОП за историјски успех начињен његовим усвајањем, имајући у виду широке разлике у нивоу радноправне заштите у националним законодавствима држава чланица, као и до тада суверено право послодавца да у случају потребе за смањењем обима радне снаге поступају без ограничења. Упркос својој правно необавезујућој природи, овај међународни инструмент је наишао на плодно тло у значајном броју држава чланица и имао изузетно важну улогу у развоју националних прописа којима је уређена заштита запослених од арбитрерног и неоправданог отказа, те промовисању сигурности запослења као суштинског обележја права на рад¹⁸⁹, чиме је утро пут каснијем усвајању истоимене Конвенције МОП бр. 158 из 1982. године, која такође садржи посебна правила отпуштања запослених у случају операционалних потреба предузећа.

3.1.2. Конвенција број 158 и Препорука број 166

Историјске вредности промовисане Препоруком бр. 119, манифестоване кроз промовисање концепције ваљаног отказног разлога, као услова законитости и оправданости отказа, права запосленог на правну заштиту од незаконитог и неоправданог отказа и права запослених на материјалну подршку за случај отказа су

¹⁸⁷ *Ibid*, чл. 16. У овом случају, државе чланице би требало да предвиде право запосленог на задржавање свих права из радног односа као да до његовог прекида није ни дошло, те да прекид радног односа не буде сам по себи разлог за смањење зараде.

¹⁸⁸ *Ibid*, чл. 13, ст. 3, чл. 14.

¹⁸⁹ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 4. Видети више у: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 206-207.

Конвенцијом МОР бр. 158 добиле своју пуну афирмацију.

Конвенција предвиђа 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*¹⁹⁰. Под престанком радног односа на иницијативу послодавца треба разумети пре свега отказ, али и све друге случајеве у којима је радња послодавца, непосредно или последично, представљала одлучујући чинилац због кога је радни однос престао, тако да би, у њеном одсуству, запослени остао у радном односу¹⁹¹. Као ни Препорука бр. 119, тако ни Конвенција не садржи каталог ваљаних отказних разлога, већ *методом негативне енумерације одређује само круг разлога који се не могу сматрати ваљаним разлозима* за престанак радног односа¹⁹².

Право на правну заштиту за случај незаконитог/неоправданог отказа је комплексно по својој садржини. *Први елемент* је право запосленог који сматра да му је радни однос неоправдано престао *на жалбу непристрасном телу*: суду, радничком суду, арбитражном комитету или арбитру, уз право држава чланица да утврде преклузивне рокове за изјављивање жалбе.¹⁹³ *Други елемент*, који није био предвиђен Препоруком бр. 119, су *посебна правила о терету доказивања* којима се олакшава процесни положај запосленог у поступку оспоравања оправданости отказа, тако да се *одступа* од начела *actori incumbit probatio* и, по избору државе чланица, терет доказивања (1) пребације на послодавца или (2) послодавац и запослени имају подељени терет доказивања уз примену истражног начела непристрасног тела¹⁹⁴. *Трећи елемент* састоји се у овлашћењима тела надлежних за одлучивање по жалби запосленог да *са пуном јурисдикцијом* одлуче о томе да ли је престанак био оправдан, те *нареде или предложе реинтеграцију, односно нареде исплату одговарајуће накнаде* или другог одговарајућег давања у случају немогућности или неспроводљивости реинтеграције¹⁹⁵. С друге стране, Конвенција *не садржи одредбе које би индиковале хитност* одлучивања по жалбама запослених. Поред тога, *из Конвенције је изостало утврђивање обавезе послодавца да запосленом изда писани и образложени акт о отказу уговора о раду*, чиме се значајно урушава процесна позиција запосленог, а послодавцу омогућава да накнадно конструише разлоге и фабрикује доказе. Препорука бр. 166 у одређеној мери подиже стандард, сугеришући државама чланицама да пропишу обавезу послодавца да овакав акт изда

¹⁹⁰ Конвенција бр. 158, чл. 4.

¹⁹¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. сит.*, стр. 208.

¹⁹² Конвенција бр. 158, чл. 5-6.

¹⁹³ Конвенција бр. 158, чл. 8.

¹⁹⁴ Конвенција бр. 158, чл. 9, ст. 2.

¹⁹⁵ Конвенција бр. 158, чл. 9, ст. 1 и 3.

на захтев запосленог, изузев код колективних отпуштања који подразумевају партиципацију радничких представника и учешће јавне власти¹⁹⁶.

Право запослених на материјалну подршку за случај отказа садржи два елемента: право запосленог на *отказни рок или накнаду уместо отказног рока*¹⁹⁷ и право запосленог коме се отказује уговор о раду на *отпремнину или другу сличну накнаду на терет послодавца, или на давања из осигурања за случај незапослености* или помоћ незапосленим лицима или друга давања из социјалног осигурања, или на комбинацију тих давања, увек осим у случају теже повреде радне дисциплине¹⁹⁸.

Конвенција бр. 158 је прихватила номотехнику Препоруке бр. 119, тако да, поред наведених општих правила о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *посебно поглавље посвећује правилима престанка радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога*, потенцирајући на тај начин значај овог отказног разлога у савременом свету рада. С друге стране, однос снага у Општој конференцији рада није допустио да Конвенција бр. 158 задржи ниво разрађености поступка и заштите запослених у поступцима колективног отпуштања који су били садржани у Препоруци бр. 119, тако да је значајан део њеног вредног наслеђа, који се односи на мере за спречавање отпуштања, критеријуме селекције и мере за ублажавање штетних последица отпуштања и даље остао на нивоу препоруке и садржан је у Препоруци бр. 166.

Престанак радног односа због економских, технолошких, структуралних или сличних разлога *представља други назив за трећу групу ваљаних отказних разлога - оперативне потребе предузећа, установе или службе*. Конвенција не садржи ближу дефиницију ових разлога, а Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука као могућу дефиницију даје негативно одређење - то су сви престанци радног односа који нису везани за способност или понашање запосленог. Конвенција, такође, не користи термин "колективно отпуштање", али *оставља могућност државама чланицама да од примене посебних правила о партиципацији радничких представника и учешћу јавне власти код овог основа отказа изузму случајеве у којима број радника чији се прекид радног односа разматра не достиже одређени праг*, односно проценат радне снаге, чиме је оставила простор за постављање демаркационе линије између

¹⁹⁶ Препорука бр. 116, т. 13.

¹⁹⁷ Конвенција бр. 158, чл. 11. Право радника на отказни рок је Конвенцијом бр. 158 квалитативно сужено у односу на Препоруку бр. 119, која је сутерисала да се током отказног рока раднику одобри одређени број часова плаћеног одсуства, које би било намењено тражењу новог запослења, али зато такав модалитет садржи Препорука бр. 166.

¹⁹⁸ Конвенција бр. 158, чл. 12.

колективних отпуштања и индивидуалних отпуштања запослених из економских, технолошких, структурних или других разлога.¹⁹⁹

На самом почетку анализе треба рећи да Конвенција бр. 158, као ни раније важећа Препорука бр. 119, није усвојена са циљем спречавања послодаваца у отказивању уговора о раду које сматрају потребним у контексту одређених економских, технолошких, структуралних или сличних потреба, већ само са циљем да се утврде њихове посебне обавезе у овим поступцима и ограниче могућности доношења исхитрених и арбитрерних одлука које могу да резултирају непотребним губицима запослења и тешким последицама по запослене. Међутим, док је Препорука бр. 119 *a priori* и изричито прокламовала да непристрасна тела надлежна да одлучују по жалбама запослених ни у ком случају неће бити надлежна да преиспитују одлуку послодавца о смањењу броја запослених, Конвенција бр. 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*, односно речником Конвенције, "у случајевима престанка радног односа за које је речено да је до њих дошло због оперативних потреба предузећа, установе или службе, (надлежна) тела...су овлашћена да утврде да ли је до престанка радног односа стварно дошло из тих разлога, али у којој ће мери они бити овлашћени и да одлучују да ли су ти разлози довољни да оправдају тај престанак радног односа утврдиће се... (националним прописима)"²⁰⁰.

Конвенција прописује обавезу послодавца да о намераваном прекиду радног односа са радницима из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе *благовремено информисе и што пре консултује заинтересоване радничке представнике* које је, као такве, признало национално законодавство или пракса, у складу са чл. 3 Конвенције МОР бр. 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу, усвојеном 1971. године, који предвиђа да појам "представници радника" означава лица која су националним законима или у пракси призната као таква, без обзира на то да ли су: (а) *синдикални представници*, односно представници које је именовано или изабрао синдикат или чланови тих синдиката, или (б) *изабрани представници*, односно представници које су слободно изабрали радници предузећа у

¹⁹⁹ Конвенција бр. 158, чл. 13, ст. 1 и 2. Конвенција не предвиђа обавезу предузимања претходних мера како би се избегле ситуације у којима се уопште разматра отпуштање радника, већ такво поступање сутерише Препорука бр. 166 (по угледу на Препоруку бр. 119), у тачки 19, којом наглашава значај улагања напора свих заинтересованих страна (а превасходно послодавца) да се спрече или у највећој могућој мери редукују откази из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе на начин који неће угрозити ефикасност пословних операција предузећа, установе или службе.

²⁰⁰ Конвенција бр. 158, чл. 9, ст. 3.

складу с одредбама националних закона или прописа или колективних споразума, чије функције не обухватају активности које су признате као искључиви прерогатив синдиката у одговарајућој земљи²⁰¹. Комитет експерата за примену конвенција и препорука истиче да оваква регулатива има за циљ да се обезбеди учешће оних представника који могу да издејствују стварне, а не само формалне консултације²⁰².

Обавеза информисања радничких представника садржински подразумева њихово благовремено обавештавање о (1) *разлозима отказа*, (2) *броју и категоријама радника* који би били захваћени отказима и (3) *планираном року за отказивање* уговора о раду. Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука *апострофира значај благовремености* достављања релевантних информација, као услова за остваривање ефикасних и суштинских консултација између послодавца и радничких представника, наглашавајући да у противном не може бити остварен циљ консултација: правовремено евалуирање ситуације у моменту када је још увек могуће планирати реструктурирање предузећа на најбезболнији начин по запослене.²⁰³

Обавеза консултовања послодавца и заинтересованих радничких представника садржински подразумева социјални дијалог о (1) *мерама за спречавање или максимално редуковање* намераваних прекида радног односа и (2) *мерама за ублажавање штетних последица* намераваних радног односа, као што је налажење алтернативног запослења запосленима чији се откази нису могли избећи. Циљ консултација је стварање утицаја на одлуку послодавца, путем транспарентног, двосмерног и обострано конструктивног дијалога, који ће омогућити очување запослења у максимално могућој мери и истовремено обезбедити хармоничне радне односе и социјални дијалог, што је од изузетног значаја за наставак послодавчевих активности.²⁰⁴ У том контексту, Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука подвлачи нарочиту важност временског аспекта у односу на почетак консултација, оцењујући да *момент почетка консултација предвиђен Конвенцијом наступа прекасно, када је послодавац већ окончао реформе које потребу за оттуштањима чине неминовним* и када се мало тога може учинити по питању спречавања и редуковања отказа, већ је акценат на тражењу алтернативних запослења запосленима који остају без посла и у том смислу *указује на*

²⁰¹ Конвенција бр. 158, чл. 13, ст. 3.

²⁰² ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 281.

²⁰³ *Ibid.*, параграф 285. Поступак информисања није формализован, тако да се исто може вршити у писаној или усменој форми. Како се наводи у извештају Комитета експерата МОП за примену конвенција и препорука, у току припреме Конвенције бр. 158 је првобитно имплементирана обавеза информисања писаним путем, али је накнадно избрисана, како би се обезбедила флексибилност, будући да је оцењено да приоритет треба дати самом информисању, а не начину на који се оно врши.

²⁰⁴ *Ibid.*, параграф 283-284.

важност померања временске границе унапред, садржано у Препоруци бр. 166, која сугерише да је консултације потребно започети у фази када послодавац тек разматра увођење крупних промена у производњи, организацији, структури или технологији које могу имати за последицу отказе запосленима²⁰⁵, дакле у моменту када је процес још увек реверзибилан, односно када послодавац тек разматра реструктурирање и када се може, конструктивним дијалогом и мерама, обезбедити да се намераване промене модификују и изврше на начин који ће бити најмање болан за запослене²⁰⁶.

Конвенција не садржи каталог мера за спречавање или смањење броја отказа које би биле предмет консултација, што чини Препорука бр. 166, сугеришући као могуће мере²⁰⁷: (1) рестрикцију нових запошљавања, (2) одлагање отпуштања за одређени период, како би се омогућио одлив запослених природним путем²⁰⁸, (3) интерне трансфере, (4) преквалификације и доквалификације, (5) превремено пензионисање на принципу добровољности, (6) рестрикцију прековременог рада и (7) смањење фонда радних сати уз евентуалну накнаду дела изгубљене зараде из фондова предвиђених националним законодавствима²⁰⁹, које је у току консултација неопходно размотрити, тако да откази буду последња мера коју треба предузети када не постоје никакве друге могућности²¹⁰.

Конвенција не садржи обавезу примене критеријума за селекцију запослених којима ће бити отказани уговори о раду, па самим тим не индикује ни могуће критеријуме који би у том циљу могли бити примењени. Критеријумима се, за разлику од раније Препоруке бр. 119, подробно не бави ни Препорука бр. 166, већ се задржава на

²⁰⁵ Препорука бр. 166, т. 20.

²⁰⁶ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 294.

²⁰⁷ Препорука бр. 166, т. 21.

²⁰⁸ Комитет експерата МОР за примену конвенција и препорука посебно наглашава значај ове врсте мера, јер се испита успоставља баланс између кадровских потреба послодавца на начин који најмање угрожава запослене, будући да су засноване на принципу добровољности. Како се, међутим, овим мерама често не може број запослених редуковати до потребне мере, указује се на значај превременог пензионисања на принципу добровољности, које се показује као изузетно ефикасна мера када је праћен вишим износима отпремнина и компензовањем разлике између зараде коју би запослени остваривао код послодавца до стицања права на пуну пензију и примања која остварује по основу превремене пензије и накнаде за време незапослености. Ипак, констатује се да ова мера у периодима дугорочне системске незапослености има својих недостатака, јер води несразмерном оптерећењу јавних финансија и пензионих фондова. *Ibid.*, параграф 323-326.

²⁰⁹ Комитет експерата за примену конвенција и препорука издваја као посебно значајне мере која се састоје у дељењу послова од стране постојећих запослених, а реализују се рестрикцијом прековременог рада и смањивањем редовног фонда радних сати, чиме се, са једне стране, обезбеђује очување запослења запослених, јер остају у радном односу са смањеним фондом радних сати, а са друге стране, обезбеђује одрживо пословање, јер послодавац има уштеде не само на отпремнинама које би био дужан исплатити приликом отказа, већ и на трошковима регрутовања и обуке нових запослених, које би морао накнадно да ангажује. Констатује се да се ове врсте мера све више разматрају у пракси колективног преговарања и посебно указује на интересантан случај споразума закљученог 1993. године у оквиру привредне групације *Volkswagen*, којим се послодавац обавезао да у периоду од две године неће вршити колективна отпуштања, али да ће стога увести скраћење радног времена (кроз четвородневну радну недељу) и смањивање зараде. ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 321-322, 329.

²¹⁰ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 320.

сугестији да критеријуме треба унапред дефинисати када год је то могуће, при чему треба истовремено узети у обзир интересе предузећа, установе или службе, као и интересе запослених²¹¹. *Комитет експерата за примену конвенција и препорука оцењује постојање критеријума посебно важним са аспекта заштите одређених категорија запослених*, као што су то, примера ради, раднички представници, у циљу њихове заштите од арбитрерних отказа под изговором потребе за колективним отпуштањима и у том контексту напомиње да критеријуми не треба да буду утврђени на начин да дерогирају конвенцијску заштиту запослених од отказа уговора о раду²¹².

Коначно, *Конвенција не садржи ни каталог посебних мера за ублажавање штетних последица* намераваних престанака радног односа²¹³, већ то чини *Препорука бр. 166*, сугеришући неколико различитих модалитета. Први модалитет састоји се у *давању приоритета вишку запослених приликом запошљавања код ранијег послодавца*, уколико исти у одређеном периоду након отказа поново искаже потребу за пријемом нових радника, под условом да запослени има потребне квалификације за обављање послова за којима бивши послодавац има потребе²¹⁴. Други модалитет је *предузимање мера којима би се овим запосленима што пре обезбедило одговарајуће алтернативно запослење*, евентуално и кроз преквалификацију и доквалификацију, при чему би спровођење ових мера требало поверити органу јавне власти и запосленима *на терет буџета*. Трећи модалитет је *ангажовање заинтересованих представника запослених и послодавца* на тражењу новог запослења за запослене којима је радни однос престао, при чему послодавац може допринети новом запошљавању и кроз директан контакт са другим послодавцима.²¹⁵ Комитет експерата за примену конвенција и препорука

²¹¹ Препорука бр. 166, т. 23. Изостављање детаљног уређења критеријума из текста Препоруке последица је чињенице да је у време њиховог усвајања значајан број држава чланица већ имао разрађен начин утврђивања критеријума хетерономним и аутономним изворима права, због чега је било императивно оставити флексибилност по том питању. Нав. према: ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 336.

²¹² ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 335. То практично значи да се као критеријуми за селекцију запослених не би могли применити забрањени отказни разлози из чл. 5 и 6 Конвенције, односно: (1) чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван радног времена, или, уз сагласност послодавца, за време радног времена; (2) тражење функције радничког представника, односно садашње или раније иступање у том својству; (3) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наведеног кршења закона или прописа или обраћање надлежним административним органима власти; (4) раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национална припадност или социјално порекло; (5) одсуствовање са посла за време породичног одсуства и (6) привремено одсуство с посла због болести или због повреде.

²¹³ Наравно, запослени остварују (1) *право на разуман отказни рок или компензациону накнаду* и (2) *право на отпремницу или другу сличну накнаду* и/или *давања из осигурања за случај незапослености* или на нека друга давања из социјалног осигурања, прописана општим одредбама Конвенције бр. 158 (чл. 11 и 12).

²¹⁴ Препорука бр. 166, т. 24. За разлику од раније важеће Препоруке бр. 119, ова Препорука не садржи инструкције у правцу критеријума који треба да буду примењени приликом селекције запослених за ново запошљавање, као ни у погледу повезивања стажа, зараде тих запослених и других питања у непосредној вези са новим запошљавањима, већ њихово уређивање препушта националним законодавствима.

²¹⁵ Препорука бр. 166, т. 25-26.

*апострофира важну улогу државе у реализацији ове врсте мера, констатујући да исте могу бити ефикасно осмишљене само уколико су део одлучне политике, чврсто усмерене на остваривање пуне запослености*²¹⁶.

Поред обавезе информисања и консултовања радничких представника, Конвенција бр. 158 прописује обавезу послодавца који предвиђа прекиде радних односа из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе, да *пре престанка радног односа о томе писаним путем обавести надлежну јавну власт*, достављањем исте врсте информација као и радничким представницима. Утврђивање минималног рока који треба да протекне између упућивања обавештења надлежном органу јавне власти и престанака радног односа, као и конкретна улога и обим овлашћења које надлежни орган јавне власти треба да има у поступцима отпуштања, препуштено је националним законодавствима²¹⁷.

Коначно, треба рећи да је Конвенција бр. 158 оставила простор да се националним прописима ограничи подручје њене персоналне примене, тако да из окриља заштитних правила могу бити искључени (1) радници у радном односу на *одређено време*, (2) радници на *пробном раду* или *приправничком стажу*, (3) *привремено и повремено* ангажовани радници, као и (4) друге категорије запослених које по другом основу уживају заштиту на нивоу конвенцијске или је примена конвенцијских правила на њих из неког разлога проблематична²¹⁸.

Упркос томе што одредбе о престанку радног односа због оперативних потреба предузећа садрже, по оцени Комитета експерата МОП за примену конвенција и препорука, пажљиво одмерен баланс између интереса послодаваца и запослених²¹⁹, уз остављање пуне слободе послодавцу да, поштујући одређену процедуру, отпусти запосленог када за то постоји ваљан отказни разлог, те упркос томе што садржи велики број флексибилних норми, које државама чланицама остављају широк простор уређења престанка радног односа на иницијативу послодавца, оцењује се да Конвенција бр. 158 бележи релативно скроман број

²¹⁶ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 347.

²¹⁷ Конвенција бр. 158, чл. 14. У извештају Комитета експерата за примену конвенција и препорука наглашава се да Конвенција не одређује улогу државе у овим поступцима, већ се државама чланицама препушта да самостално одреде сврху обавештавања о предстојећим отпуштањима. ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 290.

²¹⁸ Конвенција број 158, чл. 2, ст. 1, чл. 2, ст. 2, 4-6. Проф. Ковачевић упозорава на висок ниво ризика који носе овако широке могућности искључења више категорија запослених из персоналног домена примене Конвенције, посебно када се има у виду већ присутан број резерви присутан код ратификације овог међународног инструмента. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 212-213.

²¹⁹ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 380.

ратификација²²⁰, што су државе чланице образлагале *превисоким нивоом заштите запослених који не омогућава флексибилност поступања послодаваца, као и немогућношћу имплементације са аспекта националних прописа*²²¹, али је, ипак, присутан ниво ратификација упоредив са ратификацијама других универзалних стандарда²²². Поред тога, извештаји МОР показују да су стандарди Конвенције бр. 158 прихваћени у великом броју држава чија је формална ратификација изостала, а њену афирмацију потврдила је и Општа конференција МОР на заседању 2009. године, на коме је једногласно усвојен Глобални пакт о запошљавању (*A Global Jobs Pact*)²²³, којим је апострофиран значај универзалних радних стандарда о престанку радног односа у кризним временима²²⁴.

3.2. Стандарди Савета Европе

3.2.1. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП), донета 1950. године, не уређује посебно питање заштите запослених од неоправданог отказа и колективних отпуштања, али се значајан број процесних и материјалних права гарантованих том Конвенцијом оцењује изузетно значајним са аспекта заштите права запослених, не толико непосредно колико кроз екстензивну херменеутику Европског суда за људска права (ЕСЉП) у примени Конвенције.

Процесна права садржана у ЕКЉП, којима се гарантује право на правично суђење (чл. 6) су тако, кроз јуриспруденцију ЕСЉП, повезана са концепцијом ваљаних отказних разлога, успостављањем везе између права да се не буде отпуштен без ваљаног разлога и права на жалбу ради заштите тог права. Суд у Стразбуру је у више одлука по представкама везаним за повреду права из чл. 6 Конвенције оцењивао законитост отказног поступка или дужину трајања радног спора са аспекта права на суђење у разумном року као

²²⁰ Конвенција број 158 је до августа 2018. године ратификована од стране свега 35 држава чланица Међународне организације рада, од тога 10 држава чланица ЕУ и 7 европских држава које нису чланице ЕУ. Преостали број ратификација је извршен претежно од стране држава афричког континента (12 ратификација), док су у остатку света ратификације спорадичне. Нав. према подацима доступним на адреси: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312303, 13.09.2018.

²²¹ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 351-360.

²²² Angelika Muller, "Regulation of Collective Redundancies: European Union Countries at the Mirror of Global Standards and Trends" у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 523-524.

²²³ ILO: *Recovering from the crisis: A Global Jobs Pact*, Geneva, 2009.

²²⁴ A. Muller, *op. cit.*, стр. 523.

конститутивног елемента права на правично суђење²²⁵. Од посебног је значаја у том смислу одлука донета у спору К.М.С. против Мађарске, којом је оцењено да се *спор о питањима везаним за отказ сматра одлучивањем о правима и обавезама појединца, на које се односи гаранција права на правично суђење*²²⁶. Полазећи од становишта да постојање права на покретање спора због незаконитог отказа не може *per se* обезбедити делотворно остваривање права на приступ суду, "ако је та могућност лишена сваке суштине и, последично, сваког изгледа за успех"²²⁷, суд је у наведеном спору оценио да *отпуштање запослене без навођења разлога за отказ представља повреду чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, јер је "за подносиоца представке незамисливо да, у недостатку било ког познатог става туженог послодавца, поднесе смислену представку"*²²⁸. Судска правна заштита, истиче суд, не може бити делотворна ако постоје процесне или материјалне препреке које стоје на путу правом судском испитивању захтева странака²²⁹. Иако се ЕКЉП није посебно бавио колективним отпуштањима²³⁰, гаранција права на правично суђење, у контексту наведене одлуке суда у Стразбуру, има посебну важност управо у овим поступцима, с обзиром да откази вишковима запослених, за разлику од отказа заснованих на понашању или способностима запосленог, често нису праћени достављањем писаних аката који садрже подробно навођење разлога због којих је баш конкретан запослени погођен отказом, што је подржано и универзалним радним стандардима израженим Препоруком МОП бр. 166, која експлицитно предвиђа могућност да се код колективних отпуштања која укључују партиципацију радничких представника и учешће јавне власти искључи обавеза послодавца да запосленом достави писани образложени акт о отказу²³¹. Оваква регулатива носи ризик високог нивоа нетранспарентности и могућности манипулације у процесима колективних отпуштања, што примену чл. 6 ЕКЉП чини посебно важном, јер иста представља другу линију одбране запослених у ситуацији када национално законодавство не пружа довољни ниво гаранција права запосленима.

Гарантије материјалних права садржане у ЕКЉП такође имају одређену

²²⁵ Mélanie Schmitt, "The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (ур.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 416-417.

²²⁶ Пресуда у предмету К.М.С. против Мађарске, од 10. јула 2012. године (представка број 19554/11), стр. 31.

²²⁷ *Ibid.*, стр. 33.

²²⁸ *Ibid.*, стр. 34. Видети више у: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 220.

²²⁹ *Ibid.*, стр. 14.

²³⁰ Bruno Veneziani, "The Right to Information and Consultation in Collective Redundancy Procedures", у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (ур.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 490.

²³¹ Препорука бр. 166, т. 13.

вредност за заштиту од неоправданог отказа, и то са два аспекта. *Непосредна вредност и примена Конвенције манифестује се у заштити од отказа заснованих на повреди слобода и права гарантованих ЕКЉП*, као што су повреда права на приватни живот (чл. 8), повреда слободе изражавања верских уверења (чл. 9), повреда слободе изражавања (чл. 10), повреда слободе удруживања (чл. 11) и повреда забране дискриминације (чл. 14). Поред тога, новија стваралачка јуриспруденција ЕСЉП донела је још један интересантан аспект примене Конвенције, који се заснива на *сагледавању незаконитог отказа као повреде права на приватни живот*. Наиме, полазећи од веома екстензивног поимања приватног живота који укључује и професионалну сферу, суд у Стразбуру је у неколико одлука изразио став да *право на заштиту од незаконитог отказа ужива заштиту и са аспекта чл. 8 Конвенције, којом се гарантује заштита права на приватни живот*, са аргументацијом да отказ ствара драматичне последице не само у финансијском смислу, већ и са аспекта искључења запосленог из приватног социјалног живота.²³²

3.2.2. Ревидирана европска социјална повеља

Ревидирана европска социјална повеља (РЕСП) представља најразвијенији европски инструмент за заштиту социјалних права и може се фигуративно назвати "социјалним уставом" Савета Европе²³³. Усвојена је 1996. године са циљем да постепено заузме место Европске социјалне повеље из 1961. године, будући да је констатовано да је потребно да се одредбе изворне Повеље осавремене и прилагоде суштинским социјалним променама до којих је дошло након њеног усвајања. Сходно наведеном концепту, РЕСП обухвата права која су већ претходно била садржана у Европској социјалној повељи и њеним изменама, права гарантована Додатним протоколом из 1988. године, као и корпус нових права. Европска социјална повеља није престала да важи ступањем РЕСП на снагу (1999), већ ова два инструмента паралелно егзистирају, с тим да у случају сукова одредби, РЕСП има предност, применом правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1968. године²³⁴.

РЕСП гарантује низ социјалних права, од којих укупно девет права чине тзв. чврсто језгро Повеље, и то су: (1) право на рад, (2) право на организовање, (3) право на колективно преговарање, (4) право деце и омладине на заштиту, (5) право на социјалну сигурност, (6) право на социјалну и медицинску помоћ, (7) право

²³² M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 417-417.

²³³ Бранко Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД Подгорица, Подгорица, 2004, стр. 42.

²³⁴ *Ibid.*, стр. 46.

породице на социјалну, правну и економску заштиту, (8) право радника миграната и њихових породица на заштиту и помоћ и (9) право на једнакост шанси и поступања у областима запошљавања и занимања без дискриминације по основу полне припадности. Државе које ратификују РЕСП дужне су да преузму обавезу поштовања најмање шест од наведених девет социјалних права. Република Србија је приликом ратификације РЕСП прихватила сва основна социјална начела, са резервом признавања права на колективно преговарање припадницима Војске Србије и признавање права на наставу на језику земље пријема или матерњем језику за потребе радника миграната и чланова њихових породица²³⁵.

Поред наведених, *РЕСП садржи и низ других, тзв. осталих права*, која се не морају обавезно преузети ратификацијом, од којих су два *непосредно важна за тему овог рада*, и то (1) *право на заштиту од неоправданог отказа*²³⁶ и (2) *право на информисање и консултовање у случају колективног отпуштања*²³⁷. Ниједно од наведених права није било сврстано у ред социјалних права одредбама Европске социјалне повеље, тако да иста са аспекта Повеље представљају *социјална права друге генерације*, чије се конституисање у правној теорији оцењује изузетно значајним за ширење скале социјалних права на европском нивоу²³⁸. Република Србија је приликом ратификације РЕСП прихватила обавезу поштовања оба наведена права²³⁹.

Право на заштиту од неоправданог отказа садржи три елемента: (1) *право радника да му радни однос не престане без постојања ваљаног разлога* везаног за његове способности или понашање или оперативне потребе предузећа, установе или службе, (2) *право на жалбу непристрасном телу* уколико радник сматра да је његов радни однос престао без ваљаног разлога и (3) *право радника коме је радни однос престао без ваљаног разлога на адекватну надокнаду или другу одговарајућу компензацију*.²⁴⁰ Упркос безмало јединственом

²³⁵ Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље ("Сл. Гласник РС – Међународни уговори", бр. 42/2009), Преамбула.

²³⁶ РЕСП, чл. 24.

²³⁷ *Ibid.*, чл. 29.

²³⁸ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., *European Labour Law and Social Security Law*, Codex, Kluwer, 2002. Нав. према: Б. Лубарда, *Европско радно право*, *op. cit.*, стр. 45-46. Поред наведених, РЕСП је каталог социјалних права установљених одредбама ЕСП проширила и на следећа права: (1) право на заштиту потраживања запослених у случају инсолвентности послодавца, (2) право на достојанство на раду, (3) право радника са породичним обавезама на једнакост шанси и третмана у запошљавању и на раду, (4) право радничких представника на олакшице у раду и на посебну заштиту по основу обављања (синдикалних) активности, као и (5) право на стан и заштиту од сиромаштва и искључености из друштва.

²³⁹ Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље, чл. 3.

²⁴⁰ У складу са одредбом Додатка РЕСП, део II, члан 23, ст. 1, т. 2, од ове заштите могуће је националним законодавствима искључити одређене категорије запослених, и то: (1) раднике који су засновали радни однос на одређено време или за обављање одређеног посла; (2) приправнике или раднике на пробном раду, под условом да је трајање тог статуса разумно и унапред одређено; (3) раднике који се привремено или повремено ангажују на краћи период. Европски комитет за социјална права наглашава да се ова листа не може проширивати националним законодавствима, у ком смислу је упућена критика на рачун италијанског законодавства, којим су од права на заштиту код колективних отпуштања изузете следеће категорије: запослени у породичним

ставу правне теорије да право на заштиту од неоправданог отказа представља фундаментално социјално право и еманацiju принципа да рад није сировина, нити роба, који је од изузетног значаја за стабилност и сигурност радног односа, посебно у кризним економско-социјалним периодима и окружењима, ово право Повељом ипак није признато као основно социјално право и елемент њеног чврстог језгра, што се објашњава израженом неусклађеношћу националних законодавстава по питању три елемента која у свом нераскидивом садејству чине есенцију овог права²⁴¹. Као посебан проблем се истиче чињеница да правни системи неких од држава чланица Савета Европе не познају концепцију ваљаних отказних разлога, те да су државе веома обазриве и неспремне да пристану на наднационална ограничења уређивања тако деликатног правног питања, посебно имајући у виду широка тумачења овог права у пракси Европског комитета за социјална права²⁴², као надлежног тела за контролу примене РЕСП²⁴³.

На самом почетку анализе је важно указати да је *концепција права на заштиту од неоправданог отказа, гарантована Повељом, експлицитно инспирисана Конвенцијом бр. 158, при чему су многе одредбе и скоро дословно преписане, због чега се приликом тумачења спорних одредби у обзир узимају одредбе Конвенције, Препоруке бр. 166, као и јуриспруденција Комитета експерата МОП за примену конвенција и препорука*²⁴⁴.

Прокламујући обавезност постојања ваљаног разлога као услова законитости и оправданости отказа уговора о раду, *РЕСП није определио каталог ваљаних отказних разлога, већ је по угледу на Конвенцију МОП бр. 158, то препустио националним законодавствима, одредивши методом негативне енумерације оне који се неће сматрати ваљаним разлозима за отказ, преузевши у целости забрањене отказне разлоге утврђене овом Конвенцијом*²⁴⁵.

Гарантујући право запосленом који сматра да му је уговор о раду отказан без ваљаног разлога да поднесе жалбу непристрасном телу, РЕСП се задржала на

домаћинствима, професионални спортисти, запослени са навршених 60 година живота и запослени код послодавца чији је укупан број запослених испод прописаног прага за остваривање заштите. Нав. према: M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 422.

²⁴¹ M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 413.

²⁴² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, op. cit.*, стр. 217-218.

²⁴³ Б. Лубарда, *Европско радно право, op. cit.*, стр. 46.

²⁴⁴ M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 416.

²⁴⁵ У складу са одредбом Додатка РЕСП, део II, члан 23, ст. 1, т. 2, следећи разлози не представљају ваљане основе за престанак радног односа: (1) чланство у синдикату или синдикалне активности ван радног времена или, уз престанак послодавца, у радно време; (2) тражење службе, ако се делује или се деловало у својству радничког представника; (3) подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца у којем се наводе кршења прописа или обраћање надлежним управним властима; (4) раса, боја, пол, брачни статус, породичне одговорности, трудноћа, вера, политичко мишљење, национално или надлежним управним властима; (5) родитељско одсуство; (6) привремено одсуство са посла услед болести или повреде.

прокламацији тог права, без икакве даље разраде. *Сходно томе, за разлику од Конвенције бр. 158, РЕСП не разрађује питање терета доказивања, као ни обима овлашћења непристрасног тела да преиспитује одлуку послодавца.* С друге стране, у јуриспруденцији *Европског комитета за социјална права оцењује се да право на жалбу треба да подразумева овлашћење надлежног тела да до детаља истражи све околности у вези са одлуком послодавца о увођењу економских мера* које резултирају отказима²⁴⁶, чиме Комитет заузима значајно ригиднији став у односу на Конвенцију бр. 158, која у случају отказа из економских, технолошких, структурних или других потреба послодавца препушта националним законодавствима да одреде границе овлашћења тих тела да процењују да ли одређене пословне одлуке послодавца, које су саме по себи легитимне, представљају истовремено и довољно важан разлог који оправдава смањење броја запослених²⁴⁷. Сагласно наведеној оскудној регулативи о праву на жалбу, РЕСП није обухватила питања обавезе послодавца да запосленом достави писани образложени акт о отказу, евентуалног рока за жалбу, као ни потребе хитног решавања радних спорова.²⁴⁸

У погледу права незаконито/неоправдано отпуштеног радника, РЕСП, *за разлику од Конвенције бр. 158, уопште не спомиње могућност реинтеграције*, већ се задржава на признавању права на адекватну надокнаду или другу одговарајућу компензацију. Став Европског комитета за социјална права по овом питању није јасно дефинисан, али се из досадашњих ставова овог тела може закључити да се право на реинтеграцију подразумева. Примера ради, Комитет је оценио да финско законодавство није усклађено са одредбама РЕСП које гарантују право на заштиту од незаконитог отказа, с обзиром да не предвиђа могућност реинтеграције запослених у случају незаконитог отказа²⁴⁹. С друге стране, по питању права незаконито отпуштеног радника на надокнаду, *Комитет заузима врло експлицитан став*, према коме (1) *запосленом који има право на реинтеграцију мора бити признато право на накнаду која неће бити нижа од укупног износа изгубљене зараде* од момента незаконитог отказа до момента правноснажности судске одлуке или реинтеграције, док (2) *запосленом који нема право на реинтеграцију накнада мора бити утврђена у износу који је виши од износа изгубљене зараде* у периоду од незаконитог отказа до правноснажности судске одлуке, с обзиром да накнада због незаконитог отказа треба истовремено да оствари два циља: да буде сразмерна штети насталој за радника и довољно одвраћајућа за

²⁴⁶ M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 428.

²⁴⁷ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 214.

²⁴⁸ M. Schmitt, *op. cit.*, стр. 427, 429-431.

²⁴⁹ *Ibid.*, стр. 431-432.

послодавца. У том контексту, Комитет сматра да *нису у складу са одредбама Повеље ограничавања максималних износа накнаде штете у случају незаконитог отказа*, те да, уколико национално законодавство предвиђа таква ограничења у погледу материјалне штете, треба предвидети механизме кроз које ће запослени моћи да оствари право на накнаду нематеријалне штете и да на тај начин оствари пуну компензацију која му припада због незаконитог отказа.²⁵⁰

Иако, за разлику од Конвенције бр. 158, РЕСП није уврстила право запосленог на материјалну подршку у одредбе о заштити од отказа, Повеља гарантује запосленима право на разуман отказни рок код престанка радног односа, изузев у случајевима озбиљних прекршаја од стране запосленог²⁵¹.

Поред тога што експлицитно предвиђа да оперативни захтеви предузећа, установе или службе спадају у категорију ваљаних отказних разлога, РЕСП настоји да успостави баланс између интереса послодавца да обезбеди флексибилност пословања кроз могућност редукције радне снаге када то налаже пословни интерес, те истовремене потребе да се запослени заштите од неоправданог отказа и да се у максимално могућој мери обезбеди сигурност запослења, тиме што *предвиђа обавезу држава уговорница да обезбеде да у случају потребе за колективним отпуштањем послодавци обавесте и консултују радничке представнике*, благовремено и пре него што дође до колективног отпуштања, о начинима и средствима да се избегне колективно отпуштање или за ограничавање такве појаве и ублажавање њених последица, на пример, увођењем одговарајућих социјалних мера, нарочито са циљем прераспоређивања на друга радна места или преквалификацију заинтересованих радника²⁵².

Наведене обавезе садржане су у одредбама РЕСП о праву на информисање и консултовање у поступцима колективних отпуштања, које су комплементарне одредбама о заштити од неоправданог отказа и садрже додатна правила поступања у ситуацији када послодавац због ваљаног разлога, који се односи на оперативне потребе предузећа, разматра отпуштање већег броја запослених. За разлику од Конвенције бр. 158, РЕСП експлицитно користи термин "колективно отпуштање", али не поставља мерила за разграничење колективних отпуштања од индивидуалних отказа заснованих на истим разлозима - оперативним потребама предузећа, установе или службе колективног отпуштања, већ препушта државама чланицама да одреде праг

²⁵⁰ *Ibid.*, чл. 432-433.

²⁵¹ РЕСП, чл. 4, ст. 1, т. 4 са додатком РЕСП, део II, чл. 4, ст. 4.

²⁵² Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље, чл. 29.

у погледу минималног броја запослених у предузећу који индукује обавезу информисања и консултовања²⁵³.

Раднички представници којима РЕСП признаје право на партиципацију у колективним отпуштањима се одређују у складу са националним законодавствима и то су: (1) представници свих запослених у предузећу, као што су синдикати или савети запослених, (2) *ad hoc* представници, именовани само за потребе партиципације у колективним отпуштањима или, у одсуству прве две категорије (3) посебно одређени представници запослених који су потенцијални субјекти колективног отпуштања²⁵⁴.

Информисање радничких представника треба да се врши *благовремено*, што с обзиром на циљ информисања - постизање ефикасности и интегритета заштите запослених, имплицира да тај поступак треба да (1) *претходи поступку колективног отпуштања*, (2) *значајно претходи поступку консултовања* и (3) *траје током целог поступка консултовања*. За разлику од Конвенције бр. 158, РЕСП не садржи ближе одређење садржине информација, али већина држава чланица Савета Европе прописује да су то информације о: разлозима отпуштања, броју запослених којима прете откази, укупном броју запослених, периоду у коме ће уговори о раду бити отказани, критеријумима за селекцију запослених и методу обрачуна отпремнине, трајању осигурања и другим начинима за ублажавање положаја и ново запошљавање отпуштених радника.²⁵⁵

Консултовање радничких представника такође треба да буде *благовремено*, с обзиром да је циљ консултација, истоветно као у Конвенцији бр. 158, избегавање отпуштања, смањење број отпуштених радника и санирање негативних последица отпуштања. Стога Европски комитет за социјална права оцењује да *консултације морају почети пре фазе у којој отпуштања постају неминовна и трајати онолико колико је потребно да представницима радника омогуће изношење одговарајућих предлога*. Овај период се у државама чланицама разликује и износи од седам радних дана до чак и три месеца, с тим што се дуги рокови везују за националне системе у којима је циљ консултација постизање преговора између послодавца и радничких представника.²⁵⁶

РЕСП *не прописује посебну улогу јавне власти у процесу колективних отпуштања*, што у одређеној мери кореспондира опрезном ставу Конвенције бр. 158 по том питању,

²⁵³ B. Veneziani, "The Right to Information and Consultation in Collective Redundancy Procedures", *op. cit.*, стр. 482.

²⁵⁴ B. Veneziani, "The Right to Information and Consultation in Collective Redundancy Procedures", *op. cit.*, стр. 488.

²⁵⁵ *Ibid.*, стр. 485-486.

²⁵⁶ *Ibid.*, чл. 486-487.

с обзиром на осетљивост одређивања надлежности националних власти наднационалним прописима. У јуриспруденцији Европског комитета за социјална права се, са друге стране, оцењује да је послодавац дужан да (1) *обавести* надлежну јавну власт о намери колективног отпуштања и (2) *сарађује* са надлежним јавним агенцијама у циљу подршке запосленима у проналажењу новог запослења, кроз мере преквалификације и доквалификације и друге мере. Националним законодавствима држава чланица се, по правилу, прописује обавеза благовременог и писаног обавештавања јавне власти о планираним отпуштањима, а у неким законодавствима се пропуштање ове обавезе санкционише ништаквошћу отказа и обавезом реинтеграције запосленог. Истовремено се у одређеном броју законодавстава предвиђа и обавеза јавне власти да у кратким роковима да образложено мишљење, које чак може имати и обавезујућу снагу.²⁵⁷

3.3. Право Европске уније

3.3.1. Концепција колективног отпуштања у праву Европске уније

Материја колективних отпуштања је на комунитарном нивоу детаљно уређена Директивом 98/59/ЕЗ о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања, која је заменила истоимену Директиву 75/129/ЕЗ, о којој је већ претходно било речи, као о првом међународном правном извору који је имао за свој основни предмет заштиту права запослених у случају колективних отпуштања.

Директивом је прописано да колективно отпуштање представља "отказивање уговора о раду од стране послодавца, из једног или више разлога који се не односе на личност запосленог" које има одређену квантитативну и временску²⁵⁸, као и структуралну димензију²⁵⁹, с тим што државе чланице имају могућност избора једног од два понуђена модалитета. Према *првом модалитету*, колективно отпуштање постоји ако послодавац намерава да у периоду од 30 дана отпусти најмање 10 запослених у организационом делу у коме је редовно запослено више од 20, а мање од 100 запослених, или најмање 10% запослених у организационом делу у коме је

²⁵⁷ *Ibid.*, чл. 489-490.

²⁵⁸ С. Barnard, *op. cit.*, стр. 631.

²⁵⁹ Jan Heinsius, "The European Directive on Collective Dismissals and its implementation deficits", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009, стр. 263.

редовно запослено најмање 100, али мање од 300 запослених, односно најмање 30 запослених у организационом делу у коме је редовно запослено 300 или више запослених. У другом модалитету, колективно отпуштање ће постојати у случају када у периоду од 90 дана послодавац намерава да отпусти најмање 20 запослених, без обзира на број редовно запослених у организационом делу у коме се врши отпуштање.

Државе чланице су, дакле, Директивом овлашћене да националним законодавствима дефинишу појам колективног отпуштања на један од два алтернативно предвиђена начина, односно (1) полазећи од броја запослених који ће добити отказ у односу на укупан број запослених у релевантном организационом делу послодавца, посматрано у периоду од 30 дана, или (2) узимајући у обзир искључиво број запослених којима ће у року од 90 дана бити отказан уговор о раду, без обзира на укупан број запослених.

Међутим, државе чланице немају слободу да приликом одређивања појма колективног отпуштања на националном нивоу одступе од комунитарне дефиниције овог института, која колективним отпуштањем обухвата (1) отказе и друге престанке радног односа на иницијативу послодавца чији разлози нису везани за личност запосленог, (2) који се реализују на нивоу одређеног организационог дела послодавца у периоду од 30 или 90 дана и (3) који обухватају одређени број запослених који је Директивом одређен као граница између колективног отпуштања и збира појединачних отказа. Притом, појмови који представљају структурне делове института колективног отпуштања, односно услове које је неопходно испунити да би се одређени број отказа сматрао колективним отпуштањем, такође представљају комунитарне појмове, тако да националним законодавствима није могуће другачије одредити појам престанка радног односа, разлога колективног отпуштања, организационог нивоа послодавца на коме се отказују уговори о раду, као ни појам запосленог.

Из претходног излагања може се закључити да дефиниција колективног отпуштања садржи *субјективни* елемент, који се односи на разлоге колективног отпуштања и *објективни* елемент, који се односи на број запослених који ће постати вишак у одређеном периоду²⁶⁰.

²⁶⁰ C. Barnard, *op. cit.*

3.3.1.1. Престанак радног односа на иницијативу послодавца

Први услов за квалификацију колективног отпуштања односи се на то да престанак радног односа мора иницирати послодавац. Притом, *појам колективног отпуштања није ограничен само на једностране отказе на основу акта послодавца, већ обухвата и све основе престанка радног односа на иницијативу послодавца* који нису везани за личност запосленог (тзв. *откази по асимилацији*), као што су то, на пример, споразумни престанци радног односа уз исплату стимулативне отпремнине, или стимулисање запослених на превремено пензионисање, *под претпоставком да у периоду од 30 или 90 дана, зависно од прихваћеног модалитета за квалификацију колективног отпуштања, послодавац намерава да отпусти најмање петоро запослених из разлога који се не односе на личност запосленог*²⁶¹. Према ставу Европског суда правде (ЕСП)²⁶², под престанком радног односа на иницијативу послодавца треба сматрати и случај када је исти последица понуде послодавца за измену уговорених услова рада на штету запосленог, коју је запослени одбио, без обзира да ли је потоњи отказ акт послодавца или запосленог. Насупрот томе, откази које дају запослени због најаве послодавца да ће обуставити исплату зарада не могу се сматрати престанком радног односа на иницијативу послодавца и бити подведени под појам колективног отпуштања²⁶³.

Иако су престанци радног односа по различитим основима Директивом у одређеној мери изједначени са отказима, треба имати у виду да је постојање најмање пет отказа неvezаних за личност запосленог *conditio sine qua non* да би се престанци радног односа одређеног броја запослених у одређеном временском периоду могли сматрати колективним отпуштањем, те да без овог цензуса нема колективног отпуштања, као ни примене Директиве, без обзира на број запослених којима је у периоду од 30 или 90 дана престао радни однос на иницијативу послодавца²⁶⁴.

У јуриспруденцији ЕСП, конкретно у спору *Junk*²⁶⁵, који се тичао немачког законодавства, поставило се питање значења израза "отказ" у контексту Директиве,

²⁶¹ Изједначавање отказа и других основа престанка радног односа на иницијативу послодавца приликом обрачуна цензуса за колективно отпуштање врши се тек почев од 1992. године, када је донета Директива 92/56/ЕЗ, док исто није било предвиђено изворном Директивом 75/129/ЕЗ.

²⁶² Пресуда Европског суда правде у предмету C-422/14 (*Pujante Rivera/Gestora*) од 11.11.2015., ECLI:EU:C:2015:743, став 3 изреке Пресуде.

²⁶³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Dansk Metalarbejderforbund/Nielsen & Son*) од 12.02.1985., ECLI:EU:C:1985:61, т. 10, 11, 17 и став 1 изреке Пресуде.

²⁶⁴ Пресудом C-422/14 у предмету *Pujante Rivera/Gestora* од 11.11.2015., ECLI:EU:C:2015:743, став 2 изреке Пресуде, Европски суд правде се експлицитно изјаснио да без оствареног цензуса од пет отказа нема примене Директиве, те да се недостатак овог услова не може супституисати другим престанцима радног односа на иницијативу послодавца.

²⁶⁵ Пресуда C-188/03 (*Armtraud Junk v. Wolfgang Kubnel*) од 27.01.2001. године, ECLI:EU:C:2005:59.

будући да наведени израз није једнозначан у свом правним системима. Тако на пример, у немачком праву, отказом се сматра престанак радног односа, дакле дан окончања уговора о раду - *Entlassung*, док се достављање акта о отказу - *Kündigung*, коме следује отказни рок, не сматра отказом. С обзиром на наведено, у правној теорији се износи мишљење да би изразу *отказ* требало дати комунитарно значење, *тако да се под њим подразумева акт (обавештење, решење) о отказу, а не престанак радног односа*, посебно имајући у виду да се питање партиципације запослених и учешћа јавне власти у поступцима колективних отпуштања временски оријентише с обзиром на отказ. Поред тога, имајући у виду изражене недоумице по питању других врста престанака радног односа који улазе у домаћај Директиве, износи се став да би требало експлицитно прописати основе престанака радног односа који се изједначавају са отказима, тзв. отказе по асимилацији.²⁶⁶

3.3.1.2. Разлог престанка радног односа невезан за личност запосленог

Други услов да се одређени број отказа и других престанака радног односа на одређеном организационом нивоу послодавца у одређеном временском периоду сматра колективним отпуштањем је да разлози отказа и других престанака радног односа на иницијативу послодавца нису у субјективној сфери запосленог, односно да нису везани за његову личност, способности и понашање.

Овако екстензивно и уопштено одређење разлога који дефинишу колективно отпуштање у пракси је проузроковало различита тумачења и већи број спорова пред ЕСП, који је кроз више одлука дефинисао разлоге престанка радног односа под домаћајем Директиве.

Тако је ЕСП у спору по тужби Европске комисије против Португала²⁶⁷, заузео став да појам колективног отпуштања није ограничен на технолошке, економске или организационе промене и потребе послодавца, већ су овим појмом обухваћени сви откази који нису везани за личност запосленог, без обзира да ли постоји воља послодавца за отказима или не, тако да се режим колективног отпуштања примењује и на отказе који су последица више силе на страни послодавца. Слично је суд резонувао и у спору по тужби *Commission v. United Kingdom*²⁶⁸, закључивши да је

²⁶⁶ J. Hensius, *op. cit.*, стр. 271.

²⁶⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету C-55/02 (*Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*) од 12.10.2004. године, ECLI:EU:C:2004:139, т. 50, 52, 53 и 60, изрека пресуде.

²⁶⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 29 и изрека пресуде.

Уједињено краљевство повредило одредбе Директиве тиме што је појам колективног отпуштања ограничило само на престанак послодавца или посла, односно смањење обима посла, чиме је искључило отказе који су последица нових аранжмана који нису у корелацији са обимом посла, док се према Директиви сви откази невезани за личност запосленог имају сматрати колективним отпуштањима.

ЕСП је, такође, у више својих одлука²⁶⁹ апострофирао да се из домаћаја Директиве нипошто не могу националним законодавствима изузети престанци радног односа због престанка предузећа без судске одлуке (на основу одлуке оснивача), будући да се заштита прописана Директивом односи на све отказе независне од личности запосленог. Суд је, такође, експлицитно дефинисао да се Директива примењује код сваког престанка послодавца на основу судске одлуке²⁷⁰, чак и када национално законодавство предвиђа моментални престанак радног односа запослених код послодавца, са образложењем да национално законодавство не може да депласира циљеве Директиве, те да су обавезе из Директиве дужни да спроведу менаџмент, ликвидатори, или, у њиховом одсуству, национални судови у мери у којој је то могуће²⁷¹. Дакле, Директива је без изузетка применљива на све облике престанка радног односа због прекида рада послодавца, на основу одлуке оснивача или судске одлуке, што обухвата све случајеве ликвидације, стечаја и брисања из регистра због забране обављања делатности и по другим основима.

3.3.1.3. Организациони ниво на коме се врши колективно отпуштање

Трећи услов за постојање колективног отпуштања односи се на организациони ниво на коме настаје вишак запослених. Следствено претходно изложеном појмовном одређењу Директиве, колективно отпуштање представља престанак радног односа на основу акта или иницијативе послодавца²⁷², уколико исти није везан за личност запосленог и под условом да је испуњен цензус који се односи на број запослених којима престаје радни однос у односу на број редовно

²⁶⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-187/05 (*Agorastoudis i dr./Goodyear Hellas AVEE*) од 07.09.2006., ECLI:EU:C:2006:535, т. 20, 22, 26, 27, 29, 30 и 33, изрека Пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-270/05 (*Atfinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15.02.2007., т. 31 и 34.

²⁷⁰ Примена Директиве на случајеве престанка послодавца на основу судске одлуке почела је тек 1992. године, када је донета Директива 92/56/EЗ, док је изворном Директивом 75/129/EЗ било изричито прописано да се иста не примењује на престанке радног односа због престанка послодавца на основу судске одлуке (чл. 1, ст. 2, т. д) изворне Директиве).

²⁷¹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-235/10 (*David Claes and others v. Landsbanki Luxembourg SA, in liquidation*) од 03.03.2011., т. 14, 29, 34-36, 47, 48, 50, 53-55 и 57, став 1 и 3 изреке Пресуде.

²⁷² Оригинални израз који користи Директива је "*undertaking*".

запослених у одговарајућем организационом делу послодавца, који се у домаћој литератури често назива погон²⁷³.

Послодавац је Директивом имплицитно дефинисан као правни субјект, дакле предузеће или предузетник, који је у непосредном радном односу са запосленима за чијим радом престаје потреба и који иницира или доноси акт на основу кога запосленом престаје радни однос, без обзира на то да ли је одлуку која резултира колективним отпуштањем донео тај ентитет или неки други у оквиру одређене привредне групације²⁷⁴.

Појам погона, међутим, Директивом није дефинисан ни имплицитно, што може створити основ за различита тумачења, јер како се у литератури са правом истиче²⁷⁵, овај термин у различитим језицима има различиту конотацију и значења и може се изједначити са појмом предузећа, односно послодавца. Стога је значење термина погон у више наврата било предмет анализе Европског суда правде, који је у неколико својих одлука дао ближе одређење овог појма, напомињући да је реч о појму комунитарног права, који не може бити другачије уређиван националним законодавствима²⁷⁶, већ се мора тумачити аутономно и уједначено у правном поретку Европске уније²⁷⁷. Полазећи од раније усвојеног схватања да је радни однос у својој суштини веза између запосленог и дела послодавца у коме он обавља своје послове²⁷⁸, Европски суд правде је у спору *Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark* заузео став да под појмом погон треба разумети организациони део у коме запослени за чијим радом престаје потреба обавља своје послове, при чему тај организациони део не мора бити снабдевен правном моћи да самостално отказује уговоре о раду²⁷⁹. Пресудом донетом у спору *Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*²⁸⁰ указано је да погон може представљати засебан део у организационој структури послодавца, који не мора бити географски дислоциран, а који има одређени степен сталности и стабилности, у оквиру кога се обавља један или више

²⁷³ Изворни израз Директиве је "establishments".

²⁷⁴ Директива 98/59/ЕС, чл 1, ст. 1, т. (а) у вези чл. 2, ст. 4. Видети пресуду Европског суда правде у предмету C-Пресуда C-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto u dp. /Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ECLI:EU:C:2009:533, изрека пресуде.

²⁷⁵ R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 832, 833.

²⁷⁶ Пресуда Европског суда правде у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 07.12.1995., EU:C:1995:420, т. 25.

²⁷⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету C-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15.02.2007., EU:C:2007:101, т. 23.

²⁷⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-183/86 (*Arie Botzen and others v Rotterdamse Droogdok Maatschappij BV*) од 07.02.1985., EU:C:1985:58, т. 15.

²⁷⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 07.12.1995., EU:C:1995:420, т. 32.

²⁸⁰ Пресуда Европског суда правде у предмету C-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15.02.2007., EU:C:2007:101, т. 27.

послова и који располаже радном снагом, техничким средствима и одређеном организационом структуром која му омогућава да обавља послове из свог делокруга. Истом одлуком²⁸¹, ЕСП је додатно појаснио да погон не мора да има правну, економску, финансијску, административну, нити технолошку аутономију.

Према ставу ЕСП, појам послодавац и погон се разликују и у редовним околностима погон представља део послодавца, што не искључује могућност да се ова два појма изједначе уколико послодавац нема више организационих делова који се могу сматрати погоном у складу са наведеним одлукама суда²⁸².

Недавно донетим пресудама у споровима *Lyttle and Others* и *USDAW and Wilson*, Европски суд правде је одговорио на веома важно питање - да ли су сагласне Директиви одредбе националног законодавства којима се, у ситуацији када послодавац има више погона, као организациони ниво на коме се исказује вишак запослених и који се узима у обзир приликом квалификације колективног отпуштања, не посматра погон, већ сви погони у саставу послодавца, односно послодавац као целина. Конкретна питања националних судова Уједињеног Краљевства односила су се на то да ли се приликом израчунавања цензуса за колективно отпуштање мора засебно посматрати сваки погон у коме долази до колективног отпуштања, или је могуће приликом израчунавања цензуса узети у обзир сва колективна отпуштања у свим погонима послодавца, с обзиром да би такав начин обрачуна, по оцени националних судова, значајно повећао број запослених који би могао остваривати заштиту Директиве, што одговара једном од њених циљева. Разматрајући ово питање, суд је указао да циљ Директиве није само да се запосленима пружи већа заштита у случају колективног отпуштања, већ и да се, с једне стране, обезбеди упоредива заштита права запослених у различитим државама чланицама и, с друге стране, уједначе трошкови које таква правила заштите узрокују предузетницима Европске уније. По ставу суда, тумачење појма погон тако да се исти изједначи са послодавцем, као предузећем или предузетником, било би, с једне стране, противно циљу да се у свим државама чланицама обезбеди упоредива заштита права запослених и, с друге стране, подразумевало би врло различите терете за предузећа, која би морала испунити обавезе информисања и консултовања у складу са члановима 2 до 4 Директиве, зависно од избора дотичне државе чланице, што би такође било противно циљу којим се руководи законодавац Уније, а који се

²⁸¹ *Ibid.*, т. 28.

²⁸² Пресуда Европског суда правде у предмету C-182/13 (*Lyttle and Others*) од 13.05.2015., [EU:C:2015:0000](#), т. 31.; Пресуда Европског суда правде у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., [EU:C:2015:291](#), т. 50.

састоји у томе да се тежина терета учини упоредивом у свим државама чланицама. Даље, таквим тумачењем у подручје примене Директиве ставила би се не само група запослених на коју се односи колективно отпуштање, него, када је то примењиво, чак и један запослени у једном погону – погону који се можда налази у агломерацији која је одвојена и удаљена од других погона истог предузећа – што би било противно појму "колективног отпуштања" у уобичајеном смислу тог израза. Штавише, отказ том једном запосленом покренуо би поступке информисања и консултовања предвиђене одредбама Директиве које уопште нису прилагођене за такве појединачне случајеве. Суд је указао да, иако Директива успоставља минималну заштиту у вези са информисањем и консултовањем у случају колективног отпуштања, те сходно, члан 5 Директиве даје могућност државама чланицама да примене или донесу законе или друге прописе повољније за запослене, односно да промовишу или омогуће примену колективних уговора који су повољнији за запослене, државе чланице ипак остају везане аутономним и уједначеним тумачењем појмова права Уније, као што је то "погон", из чега произилази да Директива захтева да се приликом израчунавања цензуса за колективно отпуштање посматра само погон у коме ће доћи до отпуштања, односно да се узме у обзир број предстојећих отказа на нивоу конкретног погона у коме ће доћи до отпуштања и исти стави у однос са бројем редовно запослених у том истом погону²⁸³.

За разлику од претходно анализираних спорова, где је интерес запослених био да се као еталон приликом обрачуна цензуса за колективно отпуштање узме послодавац као целина, са аргументацијом да је укупност привредних активности конститутивни елемент привредног друштва, да би различито решавање статуса запослених у зависности од тога у ком су се погону нашли неоправдано довело до неједнаког третмана запослених, те отворило простор за злоупотребу права од стране послодавца, који би могли да стварају погоне на начин да избегну дејство Директиве (стварањем погона са највише 20 запослених, који су испод цензуса за примену правила о колективном отпуштању)²⁸⁴, у истовремено вођеном спору *Rabal Cañas* ситуација је била потпуно другачија. Наиме, у том спору, где је испитивана усаглашеност одредби шпанског права са законодавством Европске уније, оспорене су одредбе националног законодавства којима је прописано да се приликом

²⁸³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-182/13 (*Lytle and Others*) од 13.05.2015., [EU:C:2015:0000](#), т. 42-49; Пресуда Европског суда правде у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., [EU:C:2015:291](#), т. 61-68.

²⁸⁴ Пресуда Европског суда правде у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., [EU:C:2015:291](#), т. 35-37.

обрачуна прага за колективно отпуштање посматра број предстојећих отказа у односу на укупан број запослених код послодавца, са аргументацијом да овакав начин прописивања липшава права из Директиве запослене у погонима који испуњавају услов за примену Директиве (погони са више од 20 запослених – прим. А.А.), али се због прописивања послодавца као целине, а не погона у коме запослени ради, као еталона за обрачун прага колективног отпуштања, не може достићи цензус за примену Директиве (на пример, случај отпуштања 10 запослених у погону са више од 20 и мање од 100 запослених, када је код послодавца укупно запослено 110 и више запослених, тако да 10 отказа у погону остаје испод цензуса, јер се цензус због послодавца као еталона подиже на 11 отказа, што представља 10% од 110 запослених – прим. А.А.). Конзистентно одлукама донетим у претходно решаваним споровима, ЕСП је и у овом случају заузео став да су одредбе националног законодавства, којима се као једини референтан ниво за колективно отпуштање предвиђа послодавац као целина, што резултира подизањем прага за колективно отпуштање и заобилажење поступка информисања и консултовања из чланова 2 до 4 Директиве, које би било обавезно да је као референтна јединица за одређивање прага колективног отпуштања прописан погон, несагласне са Директивом²⁸⁵. Суд је пресудом у спору *Rabal Cañas* истакао да одредбе националног закона, којима се као референтни оквир колективног отпуштања прописује послодавац, могу бити сагласне Директиви само ако се њима не искључује поступак информисања и консултовања из чланова 2 до 4 Директиве у случају отпуштања 10 и више запослених у погонима у којима је редовно запослено више од 20 и мање од 100 запослених, без обзира на број укупно запослених код послодавца²⁸⁶.

У правној теорији се овако ригидни ставови ЕСП у погледу одређивања појма погона, као јединог референтног организационог дела за квалификацију колективног отпуштања излажу критици и указује на њихову немоћ да обезбеде једнаку заштиту запосленима у обе концепције колективног отпуштања признате Директивом. Наиме, како истиче проф. *Barnard*, уска дефиниција појма погона коју афирмише суд, погодује запосленима у националним системима који су прихватили прву концепцију колективног отпуштања (као на пример, данском праву), која као релевантан узима проценат престанака радног односа у односу на укупан број запослених код послодавца, док у системима који су се определили за други концепт,

²⁸⁵ Пресуда Европског суда правде у предмету C-392/13 (*Rabal Cañas*) од 13.05.2015., ECLI:EU:C:2015:743, т. 54, став 1 изреке Пресуде.

²⁸⁶ *Ibid.*, т. 52.

који под колективним отпуштањем подразумева престанак радног односа 20 запослених без обзира на укупан број редовно запослених (као на пример, британском праву), овакав став суда умањује шансе за заштиту запослених, с обзиром да у тој концепцији колективних вишкова проширење референтног организационог дела (дакле и на ниво послодавца) повећава шансе за остварење прага од 20 запослених.²⁸⁷ С друге стране, како истиче проф. *Heinsius*, ограниченим схватањем појма погона се ствара истовремено сувише велика могућност фрагментације предузећа и формирања погона који не испуњавају цензус за колективна отпуштања и тиме непотребно шири простор за избегавање примене Директиве²⁸⁸.

3.3.1.4. Појам запосленог релевантан за квалификацију колективног отпуштања

Четврти услов за постојање колективног отпуштања односи се на његову квантитативну димензију, односно број запослених којима престаје радни однос или њихов проценат у односу на укупан број запослених код послодавца.

Појам запосленог је у пракси ЕСП дефинисан још осамдесетих година прошлог века²⁸⁹ као аутономан комунитарни појам, који не може бити модификован националним законодавствима. Према ставу суда, појам запосленог, у смислу Директиве, треба посматрати на основу објективних критеријума који карактеришу радни однос, узимајући у обзир права и обавезе конкретног извршиоца, те чињеницу да суштинско обележје радног односа представља *обављање одређених послова, у одређеном периоду*, од стране једног лица за рачун и према налозима другог лица у замену *за одређену надокнаду*²⁹⁰. Стога, уколико рад одређеног извршиоца испуњава наведене услове, правна природа његовог ангажовања за послодавца није од утицаја на примену Директиве, односно не може бити разлог да тај извршилац не ужива заштиту коју Директива предвиђа за запослене²⁹¹.

Овлашћење држава чланица да одаберу један од два Директивом понуђена модалитета за обрачунавање прага за квалификовање колективног отпуштања не

²⁸⁷ С. Barnard, *op. cit.*, стр. 632-633.

²⁸⁸ J. Heinsius, *op. cit.*, стр. 279, 281.

²⁸⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*) од 03.07.1986., ECLI:EU:C:1986:284, ст. 16 и 17.

²⁹⁰ Пресуда Европског суда правде у предмету C-596/12 (*Commission vs. Italy*) од 13.02.2014, ECLI:EU:C:2014:77, ст. 17; напомена: ова обележја радног односа преузета су из Пресуде Европског суда правде у предмету C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*) од 03.07.1986., ECLI:EU:C:1986:284, ст. 17, којом је први пут дата дефиниција "запосленог" у комунитарном значењу.

²⁹¹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015, ECLI:EU:C:2015:455, ст. 36.

може се схватити као овлашћење да се националним законодавствима одређују методи обрачунавања тог прага, будући да би то водило алтерацији Директиве и умањивању њеног ефекта²⁹². У том смислу, било какво тумачење Директиве које би водило изостављању запослених у радном односу на одређено време или извршилаца ангажованих за обављање одређених послова по другим основима, водило би ускраћивању права која су запосленима дата Директивом и тиме умањивало њене ефекте²⁹³. Следствено овом ставу, ЕСП је у спору *Balkaya vs. Kiesel Abbruch* пресудио да и чланови борда директора, који раде по налозима других органа компаније и за свој рад примају надокнаду имају статус запослених у смислу Директиве и уживају заштиту у случају престанка радног односа²⁹⁴. Такође, у истом спору суд је оценио и да приправник који ефективно ради код послодавца, а прима накнаду од државе, представља запосленог приликом утврђивања укупног броја редовно запослених²⁹⁵. Пресудом донетом у спору *Confédération générale du travail / CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*, суд је истакао да је противно Директиви изостављање појединих категорија запослених из укупног броја запослених, чак и ако је то привремено, већ да сви запослени, у комунитарном значењу тог израза, морају бити урачунати приликом квалификације колективног отпуштања²⁹⁶.

3.3.2. Круг заштићених лица

Схватање Европског суда правде да појам запосленог може имати само комунитарно значење засновано је на чињеници да је слобода кретања запослених један од фундаменталних принципа Уговора о оснивању Европске економске заједнице, из ког разлога појам "запослени" не може имати различите дефиниције у различитим државама чланицама и мора бити широко тумачен²⁹⁷.

Следствено, запосленим се, без обзира на правни основ ангажовања и врсту

²⁹² Пресуда Европског суда правде у предмету C-385/05 (*Confédération générale du travail / CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*) од 18.01.2007., ECLI:EU:C:2007:37, т. 47.

²⁹³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-422/14 (*Pujante Rivera/ Gestora*) од 11.11.2015., ECLI:EU:C:2015:743, т. 35.

²⁹⁴ Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015., ECLI:EU:C:2015:455, ст. 38, 39, 46 и став 1 изреке Пресуде.

²⁹⁵ *Ibid.*, т. 50, 51 и став 2 изреке Пресуде.

²⁹⁶ Пресуда Европског суда правде у предмету C-385/05 (*Confédération générale du travail / CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*) од 18.01.2007., ECLI:EU:C:2007:37, став 2 изреке Пресуде.

²⁹⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*) од 03.07.1986., ECLI:EU:C:1986:284, ст. 16.

закљученог уговора сматра лице чији рад има три кључна обележја: (1) обавља се за рачун и по налозима другог лица, (2) траје извесно време и (3) подразумева одређену накнаду. Свако лице чији рад има ова обележја сматра се запосленим који, у случају престанка потребе за његовим радом, ужива заштиту у складу са Директивом.

Директивом, међутим, није предвиђена заштита у случају колективних отпуштања за све запослене у комунитарном значењу те речи, већ су из подручја персоналне примене Директиве изузети (1) запослени ангажовани на *одређено време* или ради обављања *одређених задатака*, осим уколико за њиховим радом престаје потреба *пре истека уговора* и (2) запослени у *државним органима* и другим институцијама уређеним нормама јавног права²⁹⁸. Стога се у правној теорији истиче да, упркос томе што је њен персонални домаћај временом прошириван²⁹⁹, Директива и даље има ограничен карактер, јер искључује неке рањиве категорије радника, чија је заштита често изостављена националним законодавствима и колективним уговорима.³⁰⁰

3.3.3. Учесће представника запослених у поступку колективног отпуштања

3.3.3.1. Уводне напомене

Уколико су испуњени Директивом предвиђени услови да се одређени број престанака радног односа сматра колективним отпуштањем, прва у низу обавеза

²⁹⁸ Директива 98/59/ЕЗ, чл 1, ст. 2. Све до 2017. године, посада морских бродова је такође била искључена из подручја персоналне примене Директиве, али је Директивом 2015/1794 од 06.10.2015. године и ова категорија запослених стављена под окриље заштите.

²⁹⁹ Према изворној Директиви 75/129/ЕЗ, заштитом за случај колективног отпуштања нису били обухваћени запослени којима престаје радни однос услед престанка рада послодавца на основу судске одлуке. Тек је накнадно, Директивом 92/56/ЕЗ, заштита од последица колективног отпуштања проширена и на ову категорију запослених.

³⁰⁰ Erika Szyszczak, *op. cit.*, стр. 112. Ауторка подсећа на одредбе Директиве 1999/70 од 28.06.1999. године у вези са Оквирним споразумом о раду на одређено време закљученим између ЕТУС, UNICE и СЕЕР, ОЈ 1999/43, којим се позивају државе чланице на спречавање дискриминације запослених ангажованих на одређено време. У том смислу, у правној теорији се истичу предлози за проширење персоналног домаћаја Директиве и на све запослене који се ангажују на одређено време, без обзира да ли се ангажују непосредно или преко агенција за запошљавање и без обзира да ли им се уговор отказује пре истека рока или истиче период на који је закључен, са аргументацијом да то захтева флагрантна флексибилизација тржишта рада и пораст учешћа прекарних радника у кадровској структури послодавца, који не уживају заштиту гарантовану Директивом, што у корелацији са квантитативним условима за примену Директиве оставља послодавцима широк простор за манипулацију и њено избегавање. Ј. Hensius, *op. cit.*, стр. 266, 272. Као посебно илустративан пример неповољног положаја запослених који раде преко агенција истиче се случај отпуштања 850 радника у фабрици MINI аутомобила у близини Оксфорда у Уједињеном Краљевству, спроведеног 2009. године по налогу матичне компаније BMW. Трећина радника те фабрике била је запослена преко агенције и радила потпуно истоветне послове паралелно са запосленима у радном односу. Колективно отпуштање погодило је у највећем броју управо те раднике, који нису имали право на отпремнину, а није им признат чак ни минимални отказни рок, већ су били принуђени да фабрику напусте свега сат времена након што им је саопштено да за њиховим радом престаје потреба. Председник синдиката фабрике је тада изјавио да је отпуштање извршено на скандалозан начин и да је срамотно то што је власник компаније наложио отпуштање на начин који му у матичној држави, Немачкој, не би био допуштен, чиме су радници у Уједињеном Краљевству доведени у неравноправан положај. Нав. према: Hugh Collins, Keith D. Ewing, Aileen McColgan, *Labour law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015., стр. 865

послодаваца је да о предстојећем колективном отпуштању информиса и консултује представнике запослених. Како се у литератури с правом истиче, "информисање и консултовање представника запослених о планираном колективном отпуштању налази се у самом срцу правила која уређују ову материју, а имају за циљ спречавање отпуштања и доношење правичне одлуке, одлуке која ће бити довољно легитимна да је прихвате и запослени и њихови представници"³⁰¹.

3.3.3.2. Моменат обавезе информисања и консултовања

Директива не прецизира моменат настанка ове обавезе, већ прописује да је послодавац који разматра колективна отпуштања дужан да правовремено³⁰² отпочне консултације са представницима запослених у циљу постизања договора³⁰³. У јуриспруденцији Европског суда правде оваква одредница тумачи се на начин да консултације морају започети оног момента када је послодавац ефективно почео да разматра колективно отпуштање или започео израду плана колективних отпуштања³⁰⁴, те да таква обавеза не постоји у моменту када је послодавац, због западања у финансијске проблеме, евентуално могао да предвиди колективна отпуштања, али их није ефективно разматрао³⁰⁵. Проф. *Barnard* излаже критици овакав став ЕСП, указујући да се тиме погодује неорганизованим послодавцима³⁰⁶. У ситуацији *када донесе стратешку или економску одлуку која ће резултирати разматрањем или планирањем колективног отпуштања*³⁰⁷, послодавац је дужан да *истог момента започне консултације са представницима запослених*, без обзира да ли располаже свим информацијама које је послодавац по Директиви дужан доставити, јер се исте могу давати током поступка, како доспевају³⁰⁸.

Додатно појашњење времена одржавања консултација садржано је у

³⁰¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 419.

³⁰² Изворном Директивом 75/129/ЕЗ уопште није била предвиђена временска одредница почетка информисања и консултовања, већ је појам правовременог (*in good time*) консултовања уведен тек Директивом 92/56/ЕЗ, донетом 1992. године, како би се, не доводећи у питање сувереност послодавца у одлучивању о питањима реорганизације, превенирале ситуације у којима би представници запослених нили доведени пред "свршен чин", чиме би се изиграо циљ Директиве да се избегну колективна отпуштања, редукује број запослених погођен истима и санирају последице колективних отпуштања. Видети више у: С. Vourn, *оп. cit.*, стр. 236.

³⁰³ Директива 98/59/ЕЗ, чл 2, ст. 1.

³⁰⁴ Пресуда Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Dansk Metalarbejderforbund/Nielsen&Son*) од 12.02.1985., ECLI:EU:C:1985:61, т. 17. У правној теорији се предлаже да се израз "разматра" замени изразом "намерава", будући да разматрање не мора нужно резултирати доношењем одлуке која се рефлектује на радно-социјални положај запослених. Ј. Hensius, *оп. cit.*, стр. 272.

³⁰⁵ *Ibid.*, т. 15.

³⁰⁶ С. Barnard, *оп. cit.*, стр. 637.

³⁰⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету C-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto v. Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ECLI:EU:C:2009:533, т. 45-48 и став 1 изреке Пресуде.

³⁰⁸ *Ibid.*, т. 50, 53, 54, став 2 Пресуде.

одредбама Директиве, које прописују да радни однос запослених проглашених вишком не може престати пре окончања поступка консултовања и обавештавања органа надлежне јавне власти о исходу истог³⁰⁹. Одлукама у споровима *Junk*, *Rockefon* и *Fujitsu Siemens*, суд се изјаснио да би било какво отказивање уговора о раду пре окончања преговора са представницима запослених било несагласно одредбама Директиве и угрозило процес консултовања, јер за разлику од фазе у којој послодавац разматра колективно отпуштање или израђује план истог, када још не постоји никаква одлука о радноправном статусу запосленог, саопштавање запосленом да ће му радни однос престати истеком отказног рока представља свршену ствар, након чега информисање и консултовање представника запослених, које треба да има за циљ избегавање или смањење обима колективних отпуштања, односно санирање последица отпуштања кроз примену мера за ново запошљавање запослених који остају без посла, губи сваки смисао³¹⁰.

3.3.3.3. Послодавац као субјект обавезе информисања и консултовања

Субјект обавезе информисања и консултовања представника запослених је послодавац код кога су у радном односу запослени - пасивни субјекти колективног отпуштања, без обзира да ли је одлука о колективном отпуштању донета на нивоу самог послодавца или на нивоу друштва под чијом је контролом послодавац³¹¹.

³⁰⁹ Директива 98/59/ЕЗ, чл 3, ст. 1, чл. 4, ст. 2.

³¹⁰ Овакав став Европски суд правде је експлицитно изразио у Пресуди С-188/03 (*Irmtraud Junk v. Wolfgang Kubnel*) од 27.01.2001., ЕСЛ:ЕУ:С:2005:59, т. 45, 53, став 1 и 2 Пресуде, као и у Пресуди С-44/08 (*Akavan Eriytisalojen Keskusliitto v. Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ЕСЛ:ЕУ:С:2009:533, т. 66, 69, став 1 изреке Пресуде.

³¹¹ Изворном Директивом 75/129/ЕЗ није експлицитно била прописана обавеза информисања и консултовања представника запослених у ситуацији када одлуку о колективним отпуштањима не доноси послодавац, што је омогућавало злоупотребе и изигравање циља Директиве у ситуацији нарастајућег броја статусних промена друштва (преузимања, спајања, припајања, подела) на наднационалном нивоу, због чега је Директивом 92/56/ЕЗ, донетом 1992. године, прописана обавеза послодавца да спроведе поступак информисања и консултовања са представницима запослених, без обзира ко је доносилац одлуке која резултира колективним отпуштањима код послодавца. Видети више у: С. Bourd, *op. cit.*, стр. 227, 230, 237. О ризицима "транснационализације", која постаје обележје савремене корпоративне организације, сликовито говори чувени *Renault* случај из 1997. године, где је компанија без икаквог претходног упозорења објавила своју одлуку да затвори фабрику у месту *Vihorde* у Белгији како би преселила производњу у Шпанију, што је за последњу имало потенцијално колективно отпуштање више од 3,000 запослених током лета 1997. Централна управа, притом, нити је информисала нити консултовала ни локални савет запослених у Белгији, нити Европски савет запослених, прекршивши тиме Директиву о колективним отпуштањима, као и Директиву о европским радним саветима 94/45/ЕЗ. Реакција синдиката била је моментална, покренути су поступци пред белгијским и француским радним трибуналом у *Nanterre*-у, при чему је француском трибуналу поднет и захтев за одређивање привремене мере суспензије затварања, коју је суд усвојио. Опширније у: Pascale Lorber, "The Renault case: The European works councils put to the test", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1997, стр. 135-142. Коначни исход био је ипак Пирова победа, будући да је одлуком белгијског трибунала утврђена одговорност послодавца за повреде Директива, али му је уместо новчане казне наметнута само обавеза да обезбеди партиципацију радничким представницима, што је на крају резултирало доношењем социјалног плана, којим је ипак 2.900 запослених остало без посла, док је само мањем броју обезбеђена нека од мера за запошљавање или привремено пензионисање. Француски трибунал је такође утврдио повреде и обавезао послодавца на исплату симболичне накнаде Европском радном савету у износу од 15.000 франака. Ово искуство

Директивом је изричито предвиђено да се послодавац који повреди обавезу информисања и консултовања не може ослободити одговорности навођењем да контролно друштво, које је донело одлуку о колективним отпуштањима, није обезбедило информације неопходне за спровођење поступка информисања и консултовања представника запослених³¹².

Обавезу примену Директиве имају и послодавци из непрофитног сектора, о чему се ЕСП експлицитно изјаснио у спору *Commission v. Italy*, оценивши несагласним Директиви одредбе италијанског законодавства којима су од њене примене изузети синдикати, политичке партије и невладине организације.³¹³

3.3.3.4. Представници запослених као субјект права на информисање и консултовање

Појам представника запослених који имају право да буду информисани и консултовани о колективном отпуштању није одређен на комунитарном нивоу, већ је Директивом прописано да се овај појам одређује националним законодавствима држава чланица, што је последица противљења држава чланица (превасходно Велике Британије) које у својим законодавствима не предвиђају обавезу послодавца да признају представнике запослених, да се ова врста права призна синдикално неорганизованим, *ad hoc* изабраним представницима запослених, који не уживају ширу подршку³¹⁴. Чињеница да је из Директиве изостављено дефинисање појма представника запослених, као и да државама чланицама није наметнута обавеза да националним прописима предвиде обавезу избора представника запослених код послодавца код којих ови представници не постоје, не значи, међутим, да државе чланице немају никакву обавезу у погледу уређења начина избора представника запослених, те да је одређивање представника запослених остало у целости ван ингеренције Европског суда правде. Ово стога што су државе чланице обавезане да обезбеде спровођење поступака информисања и консултовања на начин прописан Директивом, а како ови поступци претпостављају постојање представника запослених, државе чланице су дужне да националним прописима обезбеде да

показало је слабост комунитарних правила са аспекта њихове извршивости, али и неспремност држава чланица да утврде ригидније санкције за њихова кршења. Опширније у: J. Kenner, *op. cit.*, стр. 363-364.

³¹² Директива 98/59/ЕЗ, чл 4, ст. 2. У том смислу и Пресуда Европског суда правде у предмету С-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto v. Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ECLI:EU:C:2009:533, т. 56, 66, 69, став 3 и 4 Пресуде.

³¹³ С. Barnard, *op. cit.*, стр. 633.

³¹⁴ Видети више у: С. Bourn, *op. cit.*, стр. 237-239.

њихов избор не буде подложен рестрикцијама. У том смислу, ЕСП је, у чувеном спору *Commission v. United Kingdom*, истакао да одредба Директиве, према којој појам "раднички представници" означава радничке представнике које предвиђају законодавство и пракса држава чланица, не представља једноставно упућивање на важећа правила држава чланица о именовању радничких представника, већ само препуштање задатка државама чланицама да уреде начин одређивања радничких представника, који ће, зависно од околности, морати или моћи да се умешају у поступак колективног отпуштања³¹⁵. Суд је стао на становиште да би тумачење одредаба Директиве на начин учињен од стране Уједињеног Краљевства, према коме државе чланице имају неограничену моћ да националним законодавством пропишу начин одређивања представника запослених и тај статус признају само представницима запослених које прихвата послодавац, умањивало пун ефекат Директиве тиме што би одређени послодавци могли да избегну учешће представника запослених и њихово информисање и консултовање у поступку колективног отпуштања³¹⁶. Суд је, стога, закључио, да је Уједињено Краљевство повредило одредбе Директиве тиме што није прописало начин одређивања представника запослених који имају право на информисање, консултовање и подношење правних лекова због кршења права на информисање и консултовање, у ситуацији када послодавац одбије да прихвати предложене синдикалне представнике³¹⁷.

Дакле, иако Директивом то није експлицитно прописано, у јуриспруденцији ЕСП заузет је став да државе чланице морају обезбедити право на *информисање и консултовање* представника запослених и *код послодаваца код којих запослени нису синдикално организовани* или ниједан од синдиката не испуњава услове за стицање својства *репрезентативности*, те да су у том смислу дужне да уреде начин избора представника запослених које ће бити титулари ових права. Суд је, такође, пресудом донетом у спору *Confédération générale du travail /CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement* утврдио да је противно Директиви изостављање, чак и привремено, појединих категорија запослених из укупног броја запослених, које резултира немогућношћу одређивања представника запослених, а

³¹⁵ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 19.

³¹⁶ *Ibid.*, т. 20, 23.

³¹⁷ *Ibid.*, изрека Пресуде.

тима и ускраћивањем права на информисање и консултовање³¹⁸.

Право представника запослених на информисање и консултовање Директивом је установљено искључиво као *колективно право запослених*, тако да њихов *титулар не може бити запослени као појединац*, већ само представник запослених³¹⁹. У пракси ЕСП изражено је становиште да колективна природа права на информисање и консултовање произилази из телеолошког тумачења Директиве, којом су ова права призната како би се њиховим вршењем, у првом реду, омогућило формулисање конструктивних предлога у правцу избегавања или смањења обима колективног отпуштања и санирање њихових последица, а потом, како би се омогућило достављање предлога надлежној јавној власти, због чега је најцелисходније да ова права врше представници запослених³²⁰ (а не сами запослени). Полазећи од овог становишта, ЕСП је пресудом донетом у спору *Monocar Styling SA, in liquidation v. Dervis Odemis и други* изразио став да чињеница да Директива оставља могућност државама чланицама да и запосленима непосредно признају право на судску или административну заштиту права на информисање и консултовање не чини ово право индивидуалним правом, због чега *нису несагласни Директиви национални прописи који право запослених на покретање поступака у вези са информисањем и консултовањем предметно ограничавају или условљавају претходним радњама представника запослених*, нити се овакво прописивање може сматрати ограничавањем права на ефикасну судску заштиту у смислу члана 6 Европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода³²¹. Иако је оваква аргументација суда недвосмислено правно утемељена, треба имати у виду да иста носи опасност од изигравања права запослених, на шта се оправдано указује у правној теорији³²², и то како кроз отказивање уговора о раду које је могло бити превенирано да је спроведена целовита процедура информисања и консултовања, тако и кроз сужавање круга разлога због којих запослени могу оспоравати законитост отказа.

³¹⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-385/05 (*Confédération générale du travail /CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*) од 18.01.2007., ECLI:EU:C:2007:37, т. 47, став 2 изреке Пресуде.

³¹⁹ Став да је колективитет искључиви титулар права на информисање и консултовање је ригидан од самог почетка, тако да ни приликом усвајања Директиве 92/56/ЕЕЗ, којом је измењена иницијална Директиве 75/129/ЕЕЗ, Савет није усвојио предлог Комисије (COM (91)292 final) да се, аналогно чл. 6, ст. 5 Директиве 77/187/ЕЕЗ о преносу предузећа, конституише непосредно право запослених на информисање у случају када у предузећу не постоје њихови представници. Нав. према: EUROPEAN COMMISSION, *Fitness check on EU law in the area of information and consultation of workers*, 2013, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=10415&la>, 19.02.2019., стр. 10.

³²⁰ Пресуда Европског суда правде у предмету C-12/08 (*Monocar Styling SA, in liquidation v. Dervis Odemis and Others*) од 16.07.2009., ECLI:EU:C:2009:466, т. 38, 40.

³²¹ *Ibid.*, ст. 1. и 2. изреке Пресуде.

³²² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 422.

3.3.3.5. Садржај права на информисање

Право на информисање има за сврху да омогући представницима запослених да припреме конструктивне предлоге³²³ у погледу начина и средстава за избегавање или смањење обима отпуштања, као и санирања последица отпуштања кроз социјалне мере за ново запошљавање или унапређење упошљивости вишкова запослених, о којима се потом разговара у поступку консултовања. У том циљу, послодавац је дужан да представницима запослених у писаној форми достави све релевантне информације, а најмање (1) разлоге планираног колективног отпуштања, (2) број категорија запослених који треба да буду проглашени вишком, (3) број и категорије редовно запослених код послодавца, (4) период у коме би требало да дође до отказивања уговора о раду, (5) предлог критеријума за селекцију запослених који ће се утврдити вишком, у мери у којој национална законодавства и/или пракса дају послодавцу таква овлашћења и (6) метод обрачунавања отпремнине, уколико се исти разликује од националног законодавства и/или праксе³²⁴.

Информисање представника запослених стога би требало да претходи поступку консултовања, како би им се оставило довољно времена да на основу примљених информација припреме конструктивне предлоге. Директива, међутим, не предвиђа да се поступак информисања представника запослених мора окончати пре почетка консултовања, већ оставља могућност да се информације достављају и током поступка. Као што је већ претходно истакнуто, у јуриспруденцији ЕСП израженој у пресуди *Fujitsu Siemens*, заузет је став да се релевантне информације могу давати током поступка консултовања, како доспевају, те да почетак консултација са представницима запослених није условљен тиме да послодавац располаже свим информацијама које би по Директиви био дужан доставити. Суд је изразио став да је флексибилност у достављању информација од есенцијалног значаја, јер одређене информације могу постати доступне тек током поступка консултовања, а испуњење сврхе консултовања налаже да се радничким представницима доставе све релевантне информације у циљу целовите и ефикасне партиципације³²⁵.

³²³ Директива 98/59/ЕЗ, чл 2, ст. 3.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ Пресуда Европског суда правде у предмету C-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto v. Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ECLI:EU:C:2009:533, т. 50, 53, 54, став 2 Пресуде.

3.3.3.6. Садржај права на консултовање

Право на консултовање има за сврху постизање договора послодавца и представника запослених о начинима и средствима за избегавање или смањење обима колективних отпуштања, као и санирања последица отпуштања кроз социјалне мере за ново запошљавање или преквалификацију вишкова ради унапређења њихове упошљивости³²⁶. У том смислу, како то истиче проф. *Blanpain*, реч је о врло чврстој форми консултовања, блиској колективном преговарању³²⁷, којом се, како то каже проф. *Barnard*, "замуђује" дистинктивност између консултовања и колективног преговарања³²⁸. Да је постизање договора, као циљ консултовања, у самој есенцији тог права, потврђено је у јуриспруденцији ЕСП пресудом донетом у спору *Commission v. United Kingdom*, којом је утврђено да је непрописивањем да се консултовање врши са циљем постизања споразума, а ради смањења отпуштања или последица истих, Уједињено Краљевство повредило одредбе Директиве³²⁹.

Послодавац и представници запослених дужни су, дакле, преговарати у доброј вери, имајући у виду све релевантне околности, са циљем постизања договора о најцелисходнијим мерама за редукцију негативних последица колективних отпуштања. Треба, међутим, имати у виду да је ова обавеза по својој природи *обавеза средства, а не циља*, тако да Директива не намеће послодавцу да процес консултовања са представницима запослених оконча закључењем споразума, нити овим условљава наставак поступка колективног отпуштања. У супротном, биле би нарушене гаранције слободе предузетништва и права послодавца да ефикасно реорганизују своје пословање и флексибилно одговарају на захтеве тржишта, што није био циљ Директиве, а на шта је ЕСП указао у више својих одлука³³⁰.

С друге стране, одсуство обавезе постизања договора носи опасност значајног нарушавања квалитета консултовања и обесмишљавања циља због кога је то право признато представницима запослених. Стога је Директивом и предвиђена садржина права на консултовање, коју државе чланице нису власне да редукују националним прописима, о чему су национални судови дужни да воде рачуна и да,

³²⁶ Директива 98/59/ЕЗ, чл 2, ст. 1 и 2.

³²⁷ R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 835.

³²⁸ C. Barnard, *op. cit.*, стр. 639.

³²⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 34, 36 и изрека Пресуде.

³³⁰ Видети у: Пресуда Европског суда правде у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 07.12.1995, ст. 21, 29 и изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Danske Metalarbejderforbund/Nielsen&Son*) од 12.02.1985, ECLI:EU:C:1985:61, т. 10.

у мери у којој је то могуће, националне прописе тумаче у светлу Директиве, обезбеђујући њену пуну примену³³¹. Сагласно наведеном, ЕСП је у пресуди *Commission v. United Kingdom* изразио схватање да су *противне Директиви одредбе националног законодавства, којима је, уместо консултовања у циљу постизања договора о начинима и средствима за избегавање или смањење обима колективних отпуштања, као и санирања последица отпуштања кроз социјалне мере за ново запошљавање или преквалификацију вишкова ради унапређење њихове упошљивости, прописана само обавеза послодавца да размотри предлоге представника запослених и, ако исте не прихвата, наведе своје разлоге*³³².

Као додатно средство обезбеђења поштовања обавезе консултовања, Директивом је прописано да радни однос запослених проглашених вишком не може престати пре окончања поступка консултовања и обавештавања органа надлежне јавне власти о исходу истог³³³. Као што је већ било речи, ЕСП је у више наврата истакао да би било какво отказивање уговора о раду пре окончања преговора са представницима запослених било несагласно одредбама Директиве, будући да ће представницима запослених бити далеко теже да убеди послодавца да повуче већ донету одлуку него да одустане од одлуке чије доношење тек разматра, чиме се озбиљно подрива могућност остваривања сврхе консултација - предузимање мера ради избегавања или смањења обима колективних отпуштања, односно санирања последица отпуштања кроз примену мера за ново запошљавање запослених који остају без посла³³⁴. У том контексту, а полазећи од става ЕСП у спору *Junk*, у правној теорији се оцењује да би Директивом требало експлицитно прописати да послодавац пре окончања консултација не може запосленом ни да достави акт о отказу, јер консултације након достављања тог акта представљају "свршен чин"³³⁵.

Треба приметити да и поред настојања Директиве да процесу консултација да на значају и озбиљности, те и поред афирмативне јуриспруденције ЕСП у том правцу, у правној теорији егзистира утисак да је реч ипак само о социјалном дијалогу о социјалном плану³³⁶. Притом, проф. *Barnard* оцењује да и поред свега наведеног

³³¹ Европски суд правде је у пресуди C-12/08 (*Monocar Styling SA, in liquidation v. Dervis Odemis and Others*) од 16.07.2009., ECLI:EU:C:2009:466, ст. 3 изреке Пресуде, изразио став да се не може националним законодавством сужавати садржина права на информисање и консултовање.

³³² Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 34, 36 и изрека Пресуде.

³³³ Директива 98/59/ЕЗ, чл 3, ст. 1, чл. 4, ст. 2.

³³⁴ Овакав став Европски суд правде је експлицитно изразио у пресудама Пресуда C-188/03 (*Armtraud Junk v. Wolfgang Kubnel*) од 27.01.2001., ECLI:EU:C:2005:59, т. 45, 53, став 1 и 2 Пресуде, као и у Пресуди C-44/08 (*Akavan Eriyisalojen Keskusliitto v. Fujitsu Siemens Computers*) од 10.09.2009., ECLI:EU:C:2009:533, т. 66, 69, став 1 изреке Пресуде.

³³⁵ J. Heinsius, *op. cit.*, стр. 272.

³³⁶ *Ibid.*, стр. 264.

обавеза консултовања прописана Директивом представља "бледи одраз" социјалног плана из немачког права, који представља посебну врсту програма решавања вишка запослених, који заједнички сачињавају менаџмент и савет запослених у форми правно обавезујућег документа са циљем компензовања или смањења негативних економских ефеката који за запослене настају у случају суштинских промена у предузећу. У том смислу посебно наглашава пропуст Директиве да као обавезну садржину консултовања пропише дискусију о разлозима предложеног колективног отпуштања, што је, примера ради, у британској судској пракси дуго резултирало неспремношћу судија да прихвате право представника запослених да у поступку консултовања преиспитују пословне одлуке послодавца³³⁷.

3.3.3.7. Последице повреде права на информисање и консултовање

Директивом је предвиђена обавеза држава чланица да представницима запослених и/или запосленима обезбеде доступност судске и/или административне заштите у циљу остварења и заштите њоме гарантованих права³³⁸, што значи да повреда права на информисање и консултовање, упркос томе што ова права представљају централне пилоне Директиве, не резултира нужно ништавошћу или поништајем аката о отказу донетих у поступку колективног отпуштања, већ националним прописима могу бити утврђене и друге врсте санкција.

Приликом новелирања изворне Директиве 129/75/ЕЕЗ, у припреми Директиве 92/56/ЕЕЗ, Европска комисија је предложила да се на комунитарном нивоу пропише обавеза држава чланица да повреде обавеза прописаних Директивом санкционишу ништавошћу појединачних решења о отказу, чије би утврђење могли да захтевају како представници запослених, тако и сами запослени. Иако је у то време чак осам држава чланица прописивало ништавост као санкцију повреде ових обавеза, предлог Комисије није наишао на разумевање ни у Европском парламенту, нити у Економско-социјалном комитету, јер је оцењено да у одређеним случајевима ништавост не може увек бити адекватно решење, као, на пример, у

³³⁷ С. Barnard, *op. cit.*, стр. 638. Ипак, ова пракса је промењена са одлуком *UK Coal Mining*, донетом под утицајем одлуке Суда правде у спору *USA v. Nolan*, тако да актуелна судска пракса британских судова стоји на становишту да је послодавац дужан да консултује представнике запослених и о пословним разлозима који детерминишу колективна отпуштања.

³³⁸ Директива 98/59/ЕЗ, чл 6. Интересантно је напоменути да ова обавеза држава чланица није била предвиђена изворном Директивом 129/75/ЕЕЗ, већ је уведена тек приликом њеног новелирања, Директивом 92/56/ЕЗ из 1992. године, чл. 5а.

случају ликвидације или банкрота послодавац.³³⁹ Немогућности утврђивања ништавости на комунитарном нивоу битно је допринео жесток отпор, који је потекао од стране Уједињеног Краљевства и европских послодаваца, оличених кроз UNICE, који су указивали да такав предлог носи сувише велики ризик по нарушавање неопходног баланса између потребе послодаваца да се брзо прилагоде променама тржишта и потребе да се обезбеди социјална заштита запослених.

Ипак, како је ЕСП истакао кроз више својих одлука, чињеница да Директива нуди ограничену хармонизацију правила о колективним отпуштањима не сме водити томе да Директива буде лишена свог пуног ефекта³⁴⁰. Стога, *иако избор санкција остаје у надлежности држава чланица, оне морају обезбедити да повреда правила комунитарног права буде санкционисана, како у процесном тако и у материјалном смислу, на начин аналоган ономе на који се санкционишу повреде националних прописа сличне природе и значаја, тако да предвиђене санкције буду ефикасне, сразмерне и у довољној мери одвраћајуће*³⁴¹. Полазећи од овог становишта, суд је пресудом донетом у спору *Commission v. United Kingdom*, оценио да Уједињено Краљевство није прописало довољно ефикасне санкције за повреду права на информисање и консултовање, јер је као једину казну за послодавца који повреди ове обавезе прописало обавезу исплате новчане казне запосленом који је отпуштен као вишак, при чему се износ казне умањује за све друге новчане обавезе које послодавац има према запосленом по основу уговора о раду или повреди тог уговора, тако да ће, практично, послодавац коме буде изречена новчана казна бити у обавези да је исплати само у делу који премашује његова преостала дуговања запосленом. Суд је, сасвим јасно, оценио овакво решење као крајње неефикасно и неодвраћајуће, јер води ка томе да послодавац неће бити ни најмање кажњен уколико његова дуговања према запосленом по другим основима превазилазе износ изречене новчане казне³⁴².

³³⁹ Опширније о овој теми: С. Bourin, *op. cit.*, стр. 240, 241. Аутор истиче да ово решење ипак не треба потцењивати, јер је већ сама чињеница да је државама чланицама експлицитно наметнута обавеза да предвиде механизме за санкционисање повреде ових права у судском и административном поступку представљала значајно унапређење, с обзиром да приликом усвајања изворне Директиве 129/75/ЕЕЗ из 1975. године, нису постојали услови ни за увођење овог минимума обавеза, већ је поштовање обавеза из Директиве било подложно општим правилима комунитарног права по Уговору о оснивању Европске економске заједнице.

³⁴⁰ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 25; Пресуда Европског суда правде C-12/08 (*Monocar Styling S.A. in liquidation v. Dervis Odemis and Others*) од 16.07.2009., ECLI:EU:C:2009:466, т. 35.

³⁴¹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 40.

³⁴² *Ibid.*, т. 42.

3.3.4. Улога јавне власти у поступку колективног отпуштања

3.3.4.1. Уводне напомене

Како сажето структурише проф. *Blanpain*, улога јавне власти ограничена је на (1) информисање о планираном колективном отпуштању, (2) одређивање периода током кога откази не могу ступити на снагу и, коначно (3) проналажење решења за проблеме који настају колективним отпуштањима³⁴³.

Једини случај у коме државе чланице могу оптирати да националним законодавствима ограниче улогу јавне власти и сходно томе, обавезе послодавца у поступку колективног отпуштања, јесу колективна отпуштања која су последица престанка постојања послодавца на основу судске одлуке, када је могуће прописати обавезу обавештавања и томе консекутивне активности само уколико надлежна јавна власт то изричито захтева³⁴⁴.

3.3.4.2. Обавеза информисања јавне власти о колективном отпуштању

Директива предвиђа обавезу послодавца да, по обављеном поступку информисања и консултовања, писаним путем обавести надлежну јавну власт о планираном колективном отпуштању. То обавештење мора да садржи све податке који су комуницирани представницима запослених, а нарочито разлоге колективног отпуштања, број запослених који ће бити утврђен вишком, број редовно запослених, као и период у коме ће бити решен радноправни статус вишка запослених³⁴⁵. Копију тог обавештења послодавац је дужан да достави представницима запослених, који имају право да надлежној јавној власти доставе своје примедбе³⁴⁶.

3.3.4.3. Период "замрзавања" отказа

Директива прописује да колективна отпуштања не могу ступити на снагу пре истека 30 дана од дана када је надлежна јавна власт обавештена о колективним

³⁴³ R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 837.

³⁴⁴ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 3, ст. 4.

³⁴⁵ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 3, ст. 1.

³⁴⁶ Директива 98/59/ЕЗ, чл 2, ст. 3, чл. 3, ст. 2.

отпуштањима, што треба разликовати од отказног рока који се одређује појединачним решењима о отказу. Државе чланице могу поверити надлежној јавној власти овлашћење да наведени рок скрати³⁴⁷. Истовремено, надлежној јавној власти може се националним прописима дати право да иницијални рок за ступање на снагу планираних колективних отпуштања продужи, уколико се тиме проузроковани проблеми не могу решити у иницијално предвиђеном року, уз обавезу да пре истека иницијалног рока обавести послодавца о трајању и основу продужења. Максимално продужење накнадног рока износи 60 дана почев од дана иницијалног обавештења, с тим што државе чланице могу надлежној јавној власти дозволити продужење рока и преко тог максимума³⁴⁸.

Наведене одредбе Директиве у погледу рока за ступање колективних отпуштања на снагу показале су се у пракси нејасне и подложне различитим тумачењима, због чега је ово питање било предмет одлучивања ЕСП, који је оценио да послодавац може отказати уговоре о раду након што, по окончању преговора са представницима запослених, поднесе обавештење надлежној јавној власти о колективним отпуштањима, с тим што радни однос запосленима који су утврђени вишком може да престане тек по истеку рока који је предвиђен за одговор надлежне јавне власти, у складу са Директивом³⁴⁹. Овакав став суд је образложио циљем суспензивног рока за ступање колективних отпуштања на снагу. Наиме, с обзиром да у том року надлежна јавна власт треба да нађе решење за санирање последица колективних отпуштања, кроз налажење начина за ново упошљавање вишка запослених код истог или другог послодавца, што може резултирати и стављањем појединих отказа ван снаге, престанак радног односа пре истека тог рока, односно пре испитивања свих могућности да се на одређени начин очува континуитет запослења, лишио би сваког смисла та настојања³⁵⁰. Овим би био изигран један од кључних циљева Директиве, који се састоји у томе да се и држава, на коју, у крајњој итерацији, пада терет пораста стопе незапослености, учини максималан напор да редукује број планираних отказа, односно санира њихове последице на начин који не подразумева престанак радног односа, као коначно стање, које статус запосленог са терена радног права сели на терен социјалне политике.

³⁴⁷ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 4, ст. 1.

³⁴⁸ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 4, ст. 3.

³⁴⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-188/03 (*Irmtraud Junk v. Wolfgang Kubnel*) од 27.01.2001., ECLI:EU:C:2005:59, т. 52-54, став 2 изреке Пресуде.

³⁵⁰ *Ibid.*, т. 47-51.

3.3.4.4. (Не)могућност јавне власти да забрани колективно отпуштање

Директива не предвиђа непосредно право надлежне јавне службе да забрани или ограничи колективна отпуштања. Штавише, као што је то претходно елаборирано, Европски суд правде је у више спорова изразио становиште да циљ Директиве није забрана или ограничавање колективних отпуштања, већ искључиво покушај редуковања броја отказа и санирање њихових последица кроз проналажење мера за ново запошљавање вишка запослених³⁵¹. С друге стране, Директива даје право државама чланицама да националним прописима предвиде правила која су повољнија за запослене или да промовишу или дозволе примену колективних уговора који су повољнији за запослене³⁵². У том смислу, може се поставити питање да ли државе чланице могу надлежној јавној власти поверити овлашћење да у одређеним случајевима забрани или ограничи планирана колективна отпуштања.

Управо о овом деликатном питању одлучивао је Европски суд правде у недавно вођеном спору *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*. Конкретна дилема која се пред суд поставила била је да ли су у складу са Директивом о колективним отпуштањима, те гаранцијама слободе пословног настањивања и слободе кретања капитала из чланова 49 и 63 Уговора о оснивању Европске уније, одредбе националног законодавства, којима је, у случају непостизања споразума између послодавца и представника запослених, као услов за спровођење поступка колективног отпуштања, прописана дозвола надлежне јавне власти, која се издаје на основу критеријума (1) услова на тржишту рада, (2) ситуације у предузећу и (3) интереса националне економије, а уколико би одговор на ово питање био негативан, да ли би се овакав национални пропис ипак могао сматрати компатибилним наведеним комунитарним прописима уколико постоје озбиљни социјални разлози за успостављање оваквих ограничења, као што су то акутна економска криза и врло висок ниво незапослености³⁵³.

Решавајући ово питање, суд је начелно заузео став да одредбе националног законодавства којима се јавној власти поверава овлашћење да, након разматрања списка и узимања у обзир претходно утврђених материјалних критеријума, као што

³⁵¹ Видети у: Пресуда Европског суда правде у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 07.12.1995, ст. 21; Пресуда Европског суда правде у предмету C-284/83 (*Dansk Metalarbejderforbund/Nielsen&Son*) од 12.02.1985, ECLI:EU:C:1985:61, т. 10.

³⁵² Директива 98/59/ЕЗ, чл. 5.

³⁵³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-201/15 (*Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*) од 21.12.2016. године, ECLI:EU:C:2016:972, т. 25.

су услови на тржишту рада, ситуација у предузећу и интерес националне економије, образложеном одлуком забрани колективно отпуштање, у начелу нису противне Директиви³⁵⁴. Међутим, уколико би одредбама националног законодавства били прописани критеријуми који су по својој природи такви или се примењују на начин који би у пракси довео до тога да послодавац нема никакву могућност да спроведе поступак колективног отпуштања, такво национално законодавство било би противно Директиви, јер би јој одузело практичан ефекат, који се не састоји у томе да се послодавци спрече да спроведу колективна отпуштања, већ да се ти поступци проведу кроз филтере информисања и консултовања представника запослених и информисања надлежне јавне власти, све у циљу максималног редуковања броја отказа и проналажења модалитета за ново упошљавање вишкова³⁵⁵ и у том контексту никакви социјални разлози за прописивање ограничења колективних отпуштања не могу оправдати одузимање практичног ефекта Директиве, јер она не садржи заштитне одредбе којима би допустила одређена одступања у случају постојања таквог националног контекста³⁵⁶.

Истовремено, суд је указао да, иако конкретан национални пропис Грчке није у складу са комунитарним гаранцијама слободe пословног настањивања, као ни слободe предузетништва из члана 16 Повеље о основним правима Европске уније³⁵⁷, треба имати у виду да ниједна од тих слобода није апсолутна и да стога њихово остваривање може бити ограничено законом, уз поштовање начела пропорционалности, уколико је то потребно ради остваривања других циљева које признаје Европска унија, или заштите права и слобода других особа. У том смислу, суд је истакао да, иако интерес националне економије прописан грчким прописима није признати циљ, то може бити повећање нивоа запослености, односно смањење стопе незапослености, ради чијег се остварења могу донети прописи којима се ограничавају слобода пословног настањивања и слобода предузетништва³⁵⁸. Поред тога, како је право запосленог на заштиту од неоправданог отказа такође једно од основних права гарантованих чланом 30 Повеље о основним правима Европске уније, суд је нашао да слободe пословног настањивања и слободe предузетништва могу бити ограничене ради успостављања деликатног баланса између ових слобода и интереса повезаних са заштитом запослених и запослења од неоправданог отказа,

³⁵⁴ *Ibid.*, чл. 34, ст. 1.т. 1. изреке Пресуде.

³⁵⁵ *Ibid.*, чл. 35-41, ст. 1.т. 1. изреке Пресуде.

³⁵⁶ *Ibid.*, т. 106, ст. 2. изреке Пресуде.

³⁵⁷ *Ibid.*, ст. 1.т. 2. изреке Пресуде.

³⁵⁸ *Ibid.* т. 70, 72-75.

те последица које колективно отпуштање има за запослене. По оцени суда, имајући у виду да Директива не предвиђа никакве одредбе о спречавању колективног отпуштања, мериторно уређивање правила у вези са доношењем пословних одлука предузећа које резултирају колективним отпуштањем доприноси јачању нивоа делотворне заштите запослених и запослења и може представљати адекватан механизам за постизање легитимног циља у општем интересу³⁵⁹, тако да критеријуми "ситуација у предузећу" и "услови на тржишту рада" могу представљати легитимне критеријуме за ограничавање колективних отпуштања,³⁶⁰ с тим што исти морају бити прописани конкретно и прецизно и не смеју остављати простора за било какве дискреционе одлуке које би водиле успостављању забране.³⁶¹

Европски суд правде је, дакле, одлуком у овом спору заузео став да, иако Директива не предвиђа механизам административне забране колективног отпуштања, нити је циљ Директиве забрана колективног отпуштања, *државе чланице имају право да, у циљу унапређења заштите запослених и спречавања инфлације незапослености у одређеним случајевима, законом пропишу конкретне и транспарентне критеријуме на основу којих јавна власт може у одређеним случајевима, под рестриктивним условима, образложеном одлуком забранити колективно отпуштање*, водећи рачуна о успостављању баланса између потребе за заштитом запослених и спречавањем незапослености, са једне стране и легитимног интереса послодаваца да несметано обављају комерцијалну делатност, слободно уговарају односе са запосленима и равноправно учествују у тржишној утакмици, остварујући тиме гарантовану слободу предузетништва.

Ова одлука је побудила велику пажњу стручне јавности и изазвала опречне коментаре, од оних који је пореде са чувеним одлукама Европског суда правде, донетим у случајевима *Laval* и *Viking*, оцењујући да су социјална права опет изгубила битку са економским слободама, до оних који оцењују афирмативном чињеницу да се суд фокусирао на социјалне циљеве садржане у комунитарним актима и заузео мање стриктан став у примени теста пропорционалности. Такође, постављају се и питања конципирања конкретних и прецизних критеријума на које је суд указао, с обзиром да није дао никакве смернице, тако да се изражавају мишљења да би ти критеријуми могли да се састоје у листирању забрањених отказних разлога из члана

³⁵⁹ *Ibid.* т. 89, 90, 92-94.

³⁶⁰ *Ibid.* т. 97, 98.

³⁶¹ *Ibid.* т. 99, 102, 107.

24 Додатка Ревидираној европској социјалној повељи.³⁶²

У сваком случају, упркос опрезно афирмативном ставу Европског суда правде према допуштености рестрикције колективног отпуштања актом надлежне јавне власти, под одређеним, рестриктивним условима, треба имати у виду да државе чланице не инклинирају установљавању ове врсте државних прерогатива, те да је јавна власт има овлашћење да забрани колективно отпуштање у свега неколико правних система у оквиру Европске уније, са тенденцијом опадања обима овлашћења и напуштања ове врсте концепције, као што је то недавно био случај у Шпанији.

3.3.4.5. Мере за ново запошљавање отпуштених радника

Сврха прописивања суспензивног дејства обавештавања надлежне јавне власти јесте проналажење решења за проблеме проузроковане колективним отпуштањима³⁶³. Директива, међутим, чак и не индикује начине решавања проблема, из чега се у литератури закључује да се ради о испитивању могућности премештаја вишкова на друге послове, преквалификацију или доквалификацију, односно запошљавање код других послодаваца³⁶⁴. Свакако је разрада овог питања у ингеренцији држава чланица.

3.3.4.6. Последице повреде обавеза према надлежној јавној власти

Директивом нису посебно предвиђене последице повреде обавеза послодавца према надлежној јавној власти, већ су уопштеном одредбом, која се односи и на повреду обавезе информисања и консултовања представника запослених, обавезане државе чланице да националним прописима предвиде механизме којима ће се обезбедити да представницима запослених и/или запосленима буде доступна судска и/или административна заштита у циљу испуњења обавеза прописаних Директивом³⁶⁵. С тим у вези, у литератури и јуриспруденцији националних судова износи се ставови да, за разлику од повреде

³⁶² Menelaos Markakis, "Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs Labour Rights in Case C-201/15 AGET Iraklis", публикација доступна на интернет страници: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3096964, 01.04.2019., стр. 16-18.

³⁶³ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 4, ст. 2.

³⁶⁴ R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 838.

³⁶⁵ Директива 98/59/ЕЗ, чл. 6.

права на партиципацију представника запослених, које има смисла санкционисати ништавошћу, повреду обавезе обавештавања и учешћа јавне власти у поступку колективног отпуштања треба блаже санкционисати, с обзиром да јавна власт свакако не може да измени одлуку послодавца, већ само да извршење исте одложи³⁶⁶. У том смислу, као целисходно решење предлаже се могућност прописивања накнадног обраћања јавној власти, уз накнадни рок у коме радни однос запосленог не може престати, а у оквиру кога надлежна јавна власт може предузети мере из своје надлежности, чиме би се остварила заштита коју Директива гарантује запосленима³⁶⁷.

Ипак, у светлу пресуде Европског суда правде *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, овакви се ставови могу прихватити само у ситуацији када националним законодавствима није предвиђена могућност надлежне јавне власти да својом одлуком забрани колективно отпуштање, у супротном, ништавост се чини као једина сврсисходна санкција.

4. Правни режим колективног отпуштања у страним правима

4.1. Избор истраживачког узорка

Као што је већ било речи, правни режими колективног отпуштања нису хармонизовани на међународном нивоу и међусобно се разликују, што представља уједно и вишедценијски разлог невољности држава да ратификују међународне радне стандарде. За потребе ове анализе узета су четири европска права држава чланица Европске уније, и то: француско, немачко, италијанско и хрватско право, са циљем да се из искустава ових држава извуку поуке које би могле бити вредне за развој правног режима колективног отпуштања у домаћем праву, у оквиру процеса евроинтеграција. Француско и немачко право су од изузетног значаја за овај део истраживања из много разлога, а превасходно због тога што имају најстарије и високо развијене системе заштитног радног законодавства, којима се обезбеђује висок степен транспарентности поступка и партиципације савета запослених који у домаћем праву не постоје, а од изузетног су значаја у ситуацији када континуирано

³⁶⁶ Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 258-259.

³⁶⁷ *Ibid.*, стр. 259.

опада стопа синдикализације. Додатно, француско право је традиционално веома рестриктивно према отпуштањима запослених из економских разлога, али је ипак почев од 2015. године претрпело значајне легислативне реформе у правцу флексибилизације режима ових отпуштања, што се објашњава њиховим кључним значајем за прилагођавање компанија глобалној тржишној утакмици, те су и са тог аспекта француска искуства од непроцењивог значаја³⁶⁸. Италијанско право је интересантно за анализу како би се утврдило како се флексибилизација правила о колективним отпуштањима, извршена последњих година упркос присуству традиционално милитантних синдиката, рефлектовала на ниво гаранција права запослених у овим поступцима. Коначно, хрватско право је од изузетног значаја за компаративну анализу с обзиром на заједничко правно наслеђе, те чињеницу да је Хрватска раније започела хармонизацију свог законодавства са европским радним стандардима.

4.2. Појам и разлози колективног отпуштања

4.2.1. Појам и разлози колективног отпуштања у француском праву

Правни режим колективног отпуштања у француском праву је целовито уређен Закоником о раду (*Code du travail*), који не садржи посебно одређење појма колективног отпуштања, већ *колективним отпуштањем увек сматра отказ из економских разлога који погађа више од једног запосленог у периоду од 30 дана*³⁶⁹ и сходно томе прописује одређени ниво партиципације представника запослених и јавне власти у поступку отпуштања, с тим што се обим и квалитет њиховог учешћа разликују у зависности од (1) броја планираних престанака радног односа и (2) укупног броја запослених код послодавца, тако да је поступак најфлексибилнији када се планира мање од 10 отказа, без обзира на укупан број запослених, а најкомплекснији када се планира 10 или више отказа код послодаваца који у радном односу имају 50 или више запослених, у ком случају постоји обавеза доношења плана очувања запослења (*plan de sauvegarde de l'emploi*)³⁷⁰.

³⁶⁸R. S. Sands, *op. cit.*, стр. 7. Оцењује се да је ригидно радно законодавство у контексту могућности трансфера компанија у земље са нижим трошковима радне снаге и развоја флексибилних форми радних односа (и посебно независних радника, попут Убер возача), драматично угрозило конкурентност француских компанија и француског тржишта.

³⁶⁹ M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 137.

³⁷⁰ *Ibid.*, стр. 143.

Према томе, у француском праву су *колективна отпуштања мотивисана увек и искључиво економским разлозима*, тако да отпуштања из персоналних разлога не могу бити сматрана колективним отпуштањима, чак ни када је више запослених отпуштено из истих персоналних разлога³⁷¹.

Отказ из економских разлога законом је дефинисан као отказ изречен од стране послодавца из једног или више разлога који *нису инхерентни личности запосленог*, већ су резултат *престанка потребе* за обављањем одређених послова, или *трансформације послова*, или *одбијања запосленог да прихвати измене* битних елемената о раду, при чему су ове промене узроковане преваходно: *западањем послодавца у економске тешкоће*, увођењем *технолошких промена*, *реорганизацијом* компаније у циљу очувања конкурентности, или *престанком активности компаније*³⁷².

Отпуштање из економских разлога, дакле, карактеришу три суштинска елемента, и то: (1) *објективни елемент*, који се састоји у одсуству било какве везе између запосленог и отказа, (2) *материјални елемент*, који се састоји у престанку потребе за обављањем одређених послова, или трансформацији послова, или у одбијању измена битних елемената уговора о раду од стране запосленог и (3) *каузални елемент*, који представља узрок отпуштања или предлога за измену битних елемената уговора о раду, а састоји се у постојању економских тешкоћа, увођењу технолошких промена, реорганизацији у циљу очувања конкурентности или престанку активности компаније³⁷³.

Закон не садржи детаљну разраду околности које чине каузални елемент колективних

³⁷¹ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 171. Француским Закоником о раду (*Code du travail*) прописане су две врсте разлога за отказивање уговора о раду од стране послодавца: (1) разлози персоналне природе, који су везани за личност запосленог, његову способност или понашање и (2) разлози економске природе, који нису везани за личност запосленог, већ су увек резултат одређених објективних потреба на страни послодавца, које могу индуковати индивидуална или колективна отпуштања запослених.

³⁷² *Code du travail*, L. 1233-3. Важно је приметити да су последња два елемента (реорганизација компаније у циљу очувања конкурентности и престанак активности компаније) плод јуриспруденције француског Касационог суда, који је својом стваралачком улогом проширио појам узрока економског отказа, поред законом прописаних економских тешкоћа и увођења технолошких промена, и на ове случајеве. Pascal Lokiec, *Droit du travail, Tome I: les relations individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011, стр. 258. Ипак, из закона су изостала ограничења која је поставила јуриспруденција: (1) да је циљ реорганизације или реструктурирања очување конкурентности компаније у *брани*, односно *индустрији којој припада компанија или група у чијем саставу послује* и (2) да престанак активности компаније *није последица намере или грубог немара ('legerete blamable')* на страни послодавца. M. Blatman, *op. cit.*, стр. 132.

³⁷³ Промена правног статуса послодавца која је резултат правне сукцесије, продаје, спајања, трансформације компанијске имовине, улагања у компанију или пословну сарадњу, не представља законит разлог за отказ уговора о раду из економских разлога пре наступања те промене, тако да у том случају запослени има право да, по свом избору, захтева враћање на рад код новог власника компаније или накнаду штете од послодавца који га је отпустио. Извесно одступање од овог правила постоји у случају када је продаја одређених економских јединица у оквиру компаније која запошљава најмање 1000 запослених предвиђена као део плана очувања запослења (*le plan de sauvegarde de l'emploi*) са циљем смањења броја отказа, а купац прихвати пренос уговора о раду у складу са чланом L. 1224-1 Законика о раду, тада се забрана отпуштања запослених због предстојеће промене послодавца односи се само на послове у организационим јединицама које су предмет продаје, а не и у односу на остале послове за којима код послодавца престаје потреба (члан L. 1233-61 Законика о раду). Више у: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 136.

отпуштања, изузев појма економских тешкоћа, који дефинише као промену бар једног економског индикатора, као што је смањивање броја поруџбина или промета, оперативни губици, опадање ликвидности или бруто оперативног профита, као и поремећај било ког другог елемента који је по својој природи такав да узрокује ову врсту тешкоћа³⁷⁴.

Процена постојања материјалног и каузалног елемента за отказ из економских разлога, врши се на нивоу послодавца, уколико исти не послује у оквиру групе компанија, а уколико је то случај, тада се процена врши на нивоу заједничке делатности послодавца и других компанија у оквиру исте групе које су основане на територији Француске, изузев када је реч о преварама, када не постоје границе³⁷⁵. Заједничка делатност се процењује са аспекта истовестности робе коју компаније производе, односно услуга које испоручују, заједничке циљне групе купаца, односно корисника услуга, као и заједничких канала и модалитета дистрибуције на истом тржишту, док се под групом компанија подразумевају доминантна компанија и контролна друштва, односно повезана лица у складу са француским трговачким закоником ("*Code du commerce*").

Приликом одређивања броја запослених које послодавац планира да отпусти у периоду од 30 дана, морају се узети у обзир сви планирани престанци радног односа на иницијативу послодавца мотивисани економским разлозима, дакле (1) *откази због престанка потребе* за обављањем одређеног посла или трансформације посла, (2) *откази који су последица одбијања запосленог* да прихвати измену битних елемената уговора

³⁷⁴ Додатно, сматраће се да постоји значајно опадање поруџбина или промета у односу на претходну годину, када исто траје три месеца у компанијама са најмање 11 запослених, два узастопна квартала у компанијама са најмање 11 и мање од 50 запослених, три узастопна квартала у компанијама са најмање 50 и мање од 300 запослених и четири узастопна квартала са компанијама од 300 и више запослених. Овако прецизно одређивање појма "економских тешкоћа" извршено је законодавном реформом из 2016. године, доношењем тзв. Ел Комри закона број 2016-1088 од 8. августа 2016. године, са циљем релаксирања положаја послодавца кроз што јасније одређивање релевантних појмова и сужавање простора за различита тумачења јуриспруденције, а тиме и смањивање ризика незаконитих отказа. Ово стога што су иновативна и често непредвидива тумачења Касационог суда, традиционално рестриктивног према отпуштањима из економских разлога, послодавце доводила у веома комплексан и неизвестан положај у случају потребе да редукијом радне снаге одговоре на нарастајуће економске проблеме. Нав. према: R. Sands, *op. cit.*, стр. 7; M. Blatman, *op. cit.*, стр. 133.

³⁷⁵ *Code du travail*, L. 1233-3. Важно је приметити да је ограничавање процене економских тешкоћа и других каузалних елемената за отказ из економских разлога искључиво на пословање на територији Француске новијег датума и резултат је законодавне реформе из 2015. године, уведене тзв. Макроновим законом од 6. августа 2015. године, док је депенијама пре тога важило правило, конституисано у јуриспруденцији Касационог суда (у спору *Thomson Videocolor*, Soc. 5. april 1995, no. 93-42690, bull. civ. 1995, V, no. 123), да је опсег процене неограничен, тако да је постојање економских тешкоћа које оправдавају отпуштања морало бити цењено у светлу укупног пословања компаније на међународном нивоу, а не само на основу анализе пословања компаније у Француској, што је значајно отежавало положај послодавца. И док је овакав став у судској јуриспруденцији образлаган потребом да се мултинационалне компаније спрече у прибегавању отпуштања запослених, вештачким креирањем економских тешкоћа у својим француским филијалама, исти је од стране француске владе оцењен превише ригидним и препреком за потребне реорганизације компанија и долазак страних инвестиција у Француску. Стога је Макроновом реформом периметар опсег сада ограничен на Француску, тако да ће процена економских тешкоћа и других узрока колективних отпуштања бити вршена само у односу на пословање компаније у Француској, док организациони делови компаније у иностранству више нису део ове процене, изузев када је реч о преварном поступању, по принципу *Fraus omnia corrumpit*. Нав. према: R. Sands, *op. cit.*, стр. 7.

о раду мотивисану истим разлозима који доводе до престанка потребе за обављањем послова или њиховом трансформацијом, (3) *доброволни одласци* запослених и (4) *споразумни престанци* радног односа, које је иницирао послодавац из економских разлога, као меру за смањење броја запослених и који су претходно одобрени од стране инспекције рада³⁷⁶. Притом, *за примену правила о колективном отпуштању није неопходно да је послодавац имао иницијалну намеру да отпусти запослене*, већ је за активирање овог поступка довољно и да је одређени број запослених одбио измену уговора о раду која им је понуђена из разлога који се сматрају каузалним елементом отказа из економских разлога³⁷⁷, што када се посматра у корелацији са чињеницом да колективно отпуштање нема праг, пружа заштиту широком кругу запосленим.

Додатно, ради спречавања *mala fides* поступања послодавца који у радном односу имају 50 или више запослених, усмерених на избегавање обавеза које ствара обавеза доношења плана очувања запослења, француски законодавац је прописао да ће ови послодавци, у случају (1) отпуштања више од 10 запослених у периоду од три узастопна месеца и (2) отпуштања више од 18 запослених у периоду од годину дана, која су вршена тако да број запослених отпуштених током појединачних периода од 30 дана није стварао обавезу доношења плана очувања запослења, свако наредно отпуштање из економских разлога, планирано у наредна три месеца, подлеже примени правила о "великим колективним отпуштањима", која подразумевају обавезу доношења плана очувања запослења³⁷⁸.

³⁷⁶ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 137-138, 170. Ова врста индивидуалних престанака радног односа институционализована је француским Закоником о раду 2008. године. Запослени који са послодавцем закључи овакав споразум добија накнаду, која не може бити нижа од износа који је за овај случај утврђен законом или колективним уговором. Инспектор рада мора одобрити тај споразум. Отказни рок у овом случају није обавезан, а запослени има право на накнаду за незапосленост након споразумног престанка радног односа. Овакав начин уређења споразумног престанка радног односа последница је схватања да у пракси постоји велики број фиктивних отпуштања, који заправо представља споразумне раскиде, јер су обе стране сагласне са престанком радног односа, али прибегавају отказу од стране послодавца како би запослени могао да ужива права за случај незапослености. Овај механизам постао је толико популаран (више од три милиона споразумних раскида је потврђено од стране инспекције рада), да је реформом законодавства овај концепт проширен и на сферу колективних отпуштања. Његовим увођењем се омогућава компанијама да преговарају о закључењу колективних уговора о колективним споразумним престанцима радног односа, који се затим могу понудити запосленима који су заинтересовани за споразумни престанак. Услов за престанак радног односа је, као и код индивидуалних раскида, претходно одобрење инспекције рада. *Ова процедура је у потпуности одвојена од института колективних отпуштања, те се правила тог поступка не примењују.* У литератури се истиче да је још рано да се каже у којој мери ће компаније користити ову нову могућност контроле укупног броја запослених. R. Sands, *op. cit.*, стр. 11.

³⁷⁷ Према члану L. 1233-25 Законика о раду, уколико 10 или више запослених одбије измене уговора о раду понуђене од стране послодавца због наступања економских тешкоћа, увођења технолошких промена, реорганизације у функцији очувања конкурентности или због престанка активности компаније, послодавац је дужан да, уколико одлучи да тим запосленима откаже уговоре о раду из економских разлога, приликом отказивања примени иста правила поступка као и код свих других "великих колективних отпуштања", без обзира да ли ће у оквиру колективног отпуштања доћи до отказивања уговора о раду због престанка потребе за обављањем послова или њихове трансформације, или ће сви откази бити само последница одбијања модификације уговора о раду.

³⁷⁸ *Code du travail*, L. 1233-26 и L. 1233-27. Рок од три месеца се у првом случају односи на прва три месеца по окончању претходног тромесечног периода колективних отпуштања мањег обима, док се у другом случају

4.2.2. Појам и разлози колективног отпуштања у италијанском праву

Правила колективног отпуштања су се у италијанском праву развијала потпуно одвојено и независно од индивидуалних отпуштања, тако да су и сада предмет посебног закона, донетог тек 1991. године, након вишедеценијског уређивања ове материје колективним уговорима, тзв. интерконфедералним споразумима³⁷⁹. Појам и разлози колективног отпуштања су у италијанском праву по први пут уређени Законом 223/1991³⁸⁰, који идентификује два случаја у којима је послодавац дужан да примени прописани поступак колективног отпуштања.

*Први случај*³⁸¹ се назива "стављање у мобилност" (*collocamento in mobilita*) и настаје у ситуацији када послодавац, који је запослене, због потребе за реструктурирањем или привремене кризе у пословању, претходно упутио на плаћено одсуство или рад у режиму скраћеног радног времена, коришћењем

односи на период од прва три месеца на почетку календарске године којој претходи година колективних отпуштања мањег обима.

³⁷⁹ Почети уређења материје колективног отпуштања путем колективних уговора, иако индиректни, називу се у Интерконфедералном споразуму (*Accordo Interconfederale*) од 7. августа 1947. године, којим је било стигулисано формирање и рад интерних комисија које су имале за циљ заштиту запослених од отказа успостављањем обавезе послодавца да отказ оправда, осим у случају колективних отпуштања, који су дефинисани као откази због потребе за редуковањем или променом операција или делатности. Материја колективних отпуштања је, међутим, мериторно обрађена тек касније закљученим Интерконфедералним споразумом од 20. децембра 1950. године измењеним 1965. године, којим је установљен поступак мирења између синдиката и унија послодавца, са циљем избегавања отпуштања, те уређени критеријуми за селекцију вишка запослених у случају неуспеха мирења. Штавише, првим законом којим је у Италији уређена заштита запослених од отказа (Закон 604 од 15. јула 1966. године), колективно отпуштање је, штавише, било изричито искључено из домашњаја закона, јер је ова врста отказа схватана као еманација организационих овлашћења предузетника, која произилазе из права на слободну економску иницијативу, гарантованог чланом 41 италијанског Устава, због чега је сматрано да колективна отпуштања не смеју бити изложена оцени од стране суда. Уређење ове материје путем колективних уговора наишло је, међутим, на осуду Европског суда правде, који је пресудом C-91/81 од 8. јуна 1982. године изразио схватање да се оваквим начином уређења не обезбеђује довољан степен заштите запослених, јер се заштита односила само на учеснике колективног уговора, односно обухватала је сектор индустрије, док су сектори пољопривреде и трговине били изостављени из домашњаја заштите, у којима нису постојали колективни уговори. Такође, према оцени суда, недостатак овог система било је и изостављање јавне власти из поступка колективних отпуштања. Поред тога, у литератури се истиче да је недостатак овог система био и то да правила колективног отпуштања нису обавезивала послодавце са мање од 25, тако да је значајан број запослених излазио из оквира заштите. С друге стране, италијанско законодавство је гравитирало превенцији смањења броја запослених и одржавању запослења под посебним режимом, најпре путем финансијске подршке примања запослених, на коју су имали право током периода реструктурирања компаније из посебног фонда за отпуштене раднике, тзв. *Cassa integrazione guadagni Straordinaria*, установљене Законом 1115/1968 и, са друге стране, одлагања отпуштања запослених до окончања прописаног поступка преласка запослених из компаније која се налази у тешкоћама у друге компаније (Закон 675/1977), због чега се у италијанској доктрини истиче да италијански систем карактерише уска веза између шема мобилности уз интервенцију *Cassa integrazione guadagni Straordinaria* и колективних отпуштања. Више о томе у: Filippo Curcuruto, "Collective dismissals in Italy" у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 247-249.

³⁸⁰ Законом бр. 223/1991 је по први пут установљен законски оквир за колективна отпуштања. Овај закон је накнадно мењан, између осталог, чланом 8 став 4, Закона 236/1993, члановима 1 и 4 Законске Уредбе бр. 151/1997, Законске Уредбе бр. 10/2004, чланом 1, ставовима 44,45,46 Закона 92/2012, чланом 16 закона 161/2014 и Законском Уредбом бр. 23/2005. Нав. према: Carlo Bruni, "Collective redundancies in Italy", доступан на интернет страници: <https://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2016/05/BOOK-collective-dismissal-2.pdf>, 08.12.2018., стр. 2.

³⁸¹ Legge 223/1991, Articolo 4 e seq.

средстава из специјалног фонда, тзв. *Cassa integrazione guadagni Straordinaria*³⁸², утврди да неће моћи да врати на рад све ове запослене, а да нема могућности да примени алтернативне мере за запошљавање вишка радника. Овај послодавац тада започиње поступак колективног отпуштања, с тим што запослени који су "стављени у мобилност", остају током спровођења поступка колективног отпуштања и у одређеном периоду након његовог окончања у радном односу код послодавца, уз право на пријем накнаде из средстава фонда³⁸³. Неопходно је већ на самом почетку напоменути да је *стављање у мобилност* укинута легислативним реформама Закона 223/1991, тако да се исто примењује само на колективна отпуштања која су одобрена (у смислу одобравања исплате накнаде за стављање у мобилност из средстава фонда) закључно са 31. децембром 2016. године³⁸⁴, а на овом месту помиње управо ради анализе утицаја флексибилизације прописа о колективним отпуштањима на радно-социјални положај запослених.

*Други случај*³⁸⁵ се назива "колективно отпуштање због смањења броја запослених" и настаје када послодавац, који није претходно ставио запослене у наведену шему мобилности уз накнаду зараде, има потребу за колективним отпуштањем због "редукције или трансформације активности или посла", или "престанка активности" (узрок отпуштања)³⁸⁶.

³⁸² *Cassa integrazione guadagni Straordinaria* представља специјалан јавни фонд, који је установљен за индустријски сектор, низом легислативних интервенција чињених након Другог светског рата, који се финансира из доприноса послодавца и запослених и има за сврху да обезбеди радницима ("плавим крагнама") стабилан део прихода у периодима периодичних криза и других процеса који карактеришу модерну економију. Овај фонд је временом постао један од главних инструмената очувања прихода запослених у турбулентним временима и индиректно допринео очувању стабилности запослења, будући да могућност ослањања на средства овог фонда помаже послодавцима да из јавних средстава преброде економске тешкоће и избегну колективна отпуштања, која би без тих средстава била неминовна, будући да тешкоће у пословању, по правилу, немају карактер више силе и не могу ослободити послодавце обавеза према запосленима. У литератури се истиче да је број плаћених часова рада плаћених од стране овог фонда достигао своје максимуме у периодима економских криза и доприносио одржавању релативно ниске стопе колективних отпуштања. Више у: Т. Треу, *op. cit.*, стр. 113-114.

³⁸³ У литератури се указује да је "стављање у мобилност" заправо отказ са отказним роком, чија дужина зависи од положаја запосленог у хијерархији послодавца и трајање његовог радног односа код послодавца. За време отказног рока, запослени мора наставити са обављањем својих послова, али је могуће током целог или дела отказног рока ослободити запосленог радних дужности, без губитка права на накнаду зараде, која је једнака укупној заради коју би запослени остварио да је ефективно радио током отказног рока и подлеже обавести исплате доприноса за социјално осигурање. С. Brunì, *op. cit.*, стр. 6. Накнада зараде у периоду "стављања у мобилност" се такође исплаћује на терет *Cassa integrazione guadagni Straordinaria*, слично као и код упућивања на плаћено одсуство или режим скраћеног радног времена који је претходно "стављање у мобилност", а трајање "стављања у мобилност" зависи од трајања радног односа код послодавца, година живота запосленог и географског подручја и износи између 12 и 36 месеци. Током периода мобилности, запослени се стављају на посебну листу и имају приоритет у запошљавању на два начина: (1) послодавци су обавезни да приликом нових запошљавања одређени проценат изабере са ове листе и (2) послодавци који запосле запослене са листе уживају посебне погодности, превасходно кроз редукацију доприноса за социјално осигурање. Више у: Т. Треу, *op. cit.*: 114-119.

³⁸⁴ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 272.

³⁸⁵ Legge 223/1991, чл. 24.

³⁸⁶ С. Brunì, *op. cit.*, стр. 6.

Најзначајнија разлика између наведена два вида колективних отпуштања изражена је у чињеници да у првом случају колективног отпуштања, тзв. "стављања у мобилност", није предвиђен праг у виду минималног броја запослених на одређеном организационом нивоу који ствара обавезу спровођења прописаног поступка, тако да послодавац мора покренути поступак колективног отпуштања и у случају када само једног запосленог није у могућности да врати на рад по окончању периода коришћења средстава *Cassa integrazione guadagni Straordinaria*³⁸⁷. С друге стране, послодавац који претходно није привремено суспендовао уговоре о раду уз коришћење средстава *Cassa integrazione guadagni Straordinaria*, дужан је да примени правила поступка колективног отпуштања само уколико (1) запошљава више од 15 запослених, а намерава да (2) у периоду од 120 дана, (3) због редукције или промене операција или делатности, (4) утврди вишком најмање пет запослених у једном или више организационих делова на територији једне провинције. У том смислу се у литератури истиче да колективно отпуштање имплицира постојање суштинског елемента, који се састоји у редукцији или промени операција или делатности и троструког прага за примену прописаних правила колективног отпуштања: обима, периода и простора³⁸⁸.

Укупан број од 15 запослених код послодавца који је предвиђен као цензус за колективно отпуштање односи се на послодавца као целину, а не на број запослених у његовим организационим деловима у којима је настао вишак, при чему је изричито прописано да се у укупан број запослених урачунавају и чланови менаџмента. Законом није прописан период у односу на који се утврђује укупан број запослених, али се у италијанској доктрини истиче да овај број не би требало посматрати у односу на датум отпочињања поступка, нити обавештавања о отказима, јер би то могло олакшати избегавање примене законских правила о колективним отпуштањима, већ да треба посматрати укупан број запослених у шест месеци који претходе датуму обавештавања о отказима³⁸⁹.

Редуковање или промена операција или делатности, које закон прописује као услов за разматрање колективног отпуштања, не морају нужно бити последица трајне потребе за редукцијом економске активности, већ се *организационе или производне промене могу састојати искључиво у смањењу укупног броја запослених*, када је исто *трајног*, а не привременог карактера³⁹⁰. Штавише, колективна отпуштања могу бити вршена и

³⁸⁷ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 251.

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ *Ibid.* стр. 253-254.

³⁹⁰ Пресуде Касационог суда бр. 24566/2011 и бр. 84/2009, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 251.

због рационализације производних активности у циљу унапређења пословања и економског раста, што се у пуном капацитету показује код тзв. *технолошких отпуштања*, код којих компанија није у кризи и не суочава се са опадањем прихода, али може да прибегне колективном отпуштању уколико је, због уведених технолошких унапређења, у могућности да одржава досегнути ниво производње са мањим бројем запослених од оног који у том тренутку има³⁹¹. Поред наведених, колективним отпуштањем обухваћени су и вишкови запослених који настају услед (1) *престанка пословних активности*, односно затварања послодавца, као и (2) *престанка рада који је последица судске одлуке и отварања стечајног поступка*³⁹².

Редуковање или промена операција или делатности који су услов за квалификацију колективног отпуштања, *морају стварно постојати и бити разлог отпуштања*, али разлози којима се послодавац руководи приликом одлучивања о њиховом увођењу не могу бити предмет преиспитивања, нити њихова евентуална инваљидност може бити разлог незаконитости отказа³⁹³.

Цензус од пет отказа, који је прописан као услов за активирање поступка колективног отпуштања због редуковања или промене операција или делатности се у јуриспруденцији италијанских судова *посматра у односу на план отпуштања* израђен од стране послодавца, тако да је послодавац дужан да спроведе поступак колективног отпуштања и ако коначан број отказа падне испод пет³⁹⁴. У складу са изричитом законском одредбом, приликом израчунавања броја од пет отказа узимају се у обзир и евентуални откази дати члановима менаџмента, уколико су индиковани истим разлозима³⁹⁵. Закон није прописао да ли се, приликом утврђивања наведеног

³⁹¹ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 252.

³⁹² Legge 223/1991, чл. 24, ст. 2 и чл. 3, ст. 3. Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 253.

³⁹³ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 253.

³⁹⁴ C. Bruni, *op. cit.*, стр. 8.

³⁹⁵ Укључивање чланова менаџмента у домаћај правила о колективном отпуштању је последица пресуде Европског суда правде од 14. фебруара 2014. године, донете у предмету C-596/12, по тужби Европске комисије против Италије, којом је суд оценио несагласним Директиви 98/59/EЗ искључивање категорије менаџера (*"dirigenti"*) из опсега поступка колективних отпуштања. Последица ове пресуде било је усвајање члана 16 став 1/б Закона бр. 161/2014 од 30. октобра 2014. године, којом је у члан 24 Закона бр. 223/1991 додат став д), којим је прописано да када предвиђени вишак запослених обухвата једног или више менаџера, прописани поступак колективног отпуштања ће се применити и на њих. Пре наведене пресуде Европског суда правде, менаџери су били узимани у обзир приликом обрачуна укупног броја запослених код послодавца, који је цензус за примену поступка колективног отпуштања (више од 15), али се откази који су њима давани нису урачунавали у минимални број отказа који активира поступак колективног отпуштања (најмање пет), нити су чланови менаџмента уживали заштиту прописану правилима колективних отпуштања, чак ни када је разлог њиховог отпуштања била иста економска криза која је индиковала колективна отпуштања осталих запослених. Корени искључења менаџмента из примене правила о колективним отпуштањима налазили су се у одредбама Закона бр. 604 од 15. јула 1966. године, који је искључивао чланове менаџмента од примене правила о заштити у случају индивидуалних отказа, због чега је сматрано да би било инконзистентно уврстити менаџмент у правила о колективним отпуштањима. Додатно, сматрано је и да би аспект поверења, неопходан код чланова менаџмента, био значајно пољуљан када би и они били укључени у заштиту од ове врсте отказа. Нав. према: C. Bruni, *op. cit.*, стр. 9-10, F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 255-256.

цензуса, са отказима могу изједначити пензионисања запослених (са или без подстицаја) или споразумни раскиди радног односа који су у вези са смањивањем броја запослених у компанији. У *јуриспруденцији* судова је заузет став да *термин "отказ" треба разумети дословно, тако да се са истим не могу, за потребе израчунавања цензуса за колективно отпуштање, изједначавати друге врсте престанака радног односа*, чак ни када је до отказа од стране запосленог, споразумног раскида или превременог пензионисања дошло на искључиву иницијативу послодавца и у оквиру истих операционалних промена које резултирају настанком вишка запослених³⁹⁶. С друге стране, у литератури се изражава схватање да се споразумни престанци радног односа, који су закључени искључиво ради избегавања примене правила поступка колективног отпуштања, морају узети у обзир приликом обрачуна цензуса од пет отказа.³⁹⁷

4.2.3. Појам и разлози колективног отпуштања у немачком праву

Правни режим колективног отпуштања у немачком праву је уређен одредбама више закона³⁹⁸, који не садрже посебно одређење појма колективног отпуштања, већ су усмерени на прописивање правила поступања у случају када послодавац намерава да *у периоду од 30 календарских дана прекине радни однос са одређеним процентом запослених* у односу на укупан број код послодавца, и то: (1) *са више од пет запослених у погону ("betrieb") у коме је редовно ангажовано између 21 и 59 запослених*, (2) *са 10% или више од 25 запослених у погону у коме је редовно ангажовано између 60 и 499 запослених* или (3) *са најмање 30 запослених у погону у коме је редовно ангажовано 500 или више запослених*.

Укупним бројем запослених у односу на који се рачуна број престанака радног односа, сматра се просечан број запослених у дужем временском периоду, а не тренутан број запослених у време самог отпуштања³⁹⁹. Притом, у *јуриспруденцији* Савезног радног суда заузето је становиште да у обзир треба узети раднике који су карактеристични за одређену компанију када она обавља своју редовну делатност⁴⁰⁰. Приликом

³⁹⁶ Пресуде Касационог суда бр. 3866/2006 и 7519/2010, нав. према F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 257.

³⁹⁷ С. Brunі, *op. cit.*, стр. 8-9.

³⁹⁸ Поступак колективног отпуштања уређен је превасходно одредбама: §§ 17 до 22 немачког Закона о заштити у случају отказа (*Kündigungsschutzgesetz* - KSchG), донетог 1951. године и §§ 106, 112, 112 и 102 Закона о саветима запослених (*Betriebsverfassungsgesetz* - BetrVG), донетог 1972. године. Нав. према: Mario Eylert, Reinhard Schinz, "Collective Dismissal in the Federal Republic of Germany", : Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 193.

³⁹⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 200.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, стр. 244.

обрачуна укупног броја запослених, узимају се у обзир и запослени са непуним радним временом, али сразмерно радном времену за које су ангажовани, тако да се запослени са недељним фондом до 20 радних сати рачунају са 0,5, а запослени са недељним фондом до 30 радних сати рачунају са 0,75. Такође, у обзир се узимају само запослених са навршених шест месецу у радном односу.⁴⁰¹

Приликом обрачуна броја престанака радног односа у обзир се узима број достављених обавештења о престанку радног односа у периоду од 30 календарских дана, а не број ефективних престанака радног односа⁴⁰², чиме се послодавцу практично омогућава да лакше планира и избегне правила о колективним отпуштањима. У истом контексту немачки легислатор не сматра више сукцесивних отпуштања испод цензуса за колективна отпуштања злоупотребом, нити прописује мере за спречавање таквих поступања, изузев када послодавац донесе одлуку о затварању погона, а онда фазно отпушта запослене како би избегао примену правила о колективним отпуштањима⁴⁰³.

Организациони погон на коме се посматра вишак запослених и врши колективно отпуштање је погон у његовом комунитарном значењу ("*establishment*"), а не у значењу које појам погон ("*betrieb*") има у немачком праву⁴⁰⁴. У складу са наведеним, када код послодавца постоји више организационих делова који испуњавају услове да буду сматрани погоном у његовом комунитарном значењу, за оцену да ли је реч о колективном отпуштању релевантан је искључиво број планираних престанака радног односа у том погону у односу на укупан број запослених у том погону, док број планираних престанака радног односа у другим погонима, као и укупан број запослених у другим погонима код послодавца, остају без икаквог утицаја на

⁴⁰¹ M. Weiss, Marlene Schmidt, *op. cit.*, стр. 126.

⁴⁰² M. Eylert, R. Schinz *op. cit.*, стр. 198. Примера ради, уколико је послодавац 30. јуна обавестио 30 запослених о престанку радног односа, радиће се о колективном отпуштању. Али, ако је тог дана о престанку радног односа обавестио 20 запослених, а наредних 10 запослених о истом обавестио првог наредног дана по протеклу тих 30 дана, односно 31. јула, такво отпуштање неће имати атрибут колективног.

⁴⁰³ European Network of Legal Experts, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, стр. 1, <http://www.labourlawnetwork.eu>, стр. 72.

⁴⁰⁴ Указује се да, примера ради, супермаркет чији менаџер нема овлашћење да прима и отпушта запослене, са аспекта немачког права, за разлику од комунитарног, не би представљао погон као релевантни организациони део са аспекта колективног отпуштања. Преузимање комунитарног значења појма погон за потребе колективних отпуштања је плод јуриспруденције Савезног радног суда, тако да се у немачком праву квалификација колективног отпуштања врши на нивоу погона као (1) организационог дела послодавца који има одређени степен сталности и стабилности, у оквиру кога се обављају једна или више активности и који има запослене, техничка средства и одређену организациону структуру која му омогућава извршење тих активности (Пресуда С-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., [EU:C:2015:291](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TJ/?uri=CELEX:62014CJ0080) и С-392/13 (*Rabal Canas*) од 13.05.2015.), (2) у који су распоређени запослени са којима послодавац намерава да прекине радни однос, (3) а који не мора у својој структури имати руководство које има прерогативе независног одлучивања о престанцима радног односа (Пресуда С-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet dan Danmark*) од 07.12.1995.), (4) као ни било какав правни субјективитет, нити економску, финансијску, административну или технолошку независност (Пресуда С-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15.02.2007). Нав. према: M. Eylert, R. Schinz *op. cit.*, стр. 197-198.

наведену квалификацију.⁴⁰⁵

Особеност немачког права у односу на Директиву 98/59/ЕЗ и друга национална законодавства у оквиру Европске уније је у томе да се правила поступка колективног отпуштања имају применити *увек када послодавац намерава да са одређеним бројем запослених прекине радни однос у периоду од 30 календарских дана, без обзира на основ престанка радног односа*, тако да правила о колективним отпуштањима обухватају: (1) *све редовне отказе* уговора о раду од стране послодавца, без обзира да ли је отказ условљен пословним потребама на страни послодавца, или је исти последица способности или понашања запосленог, дакле околности на страни запосленог⁴⁰⁶, (2) *отказе са понудом измењеног уговора о раду*⁴⁰⁷, (3) *отказе од стране запослених који су изнуђени одређеним радњама послодавца ("constructive dismissals")* и (4) *споразумне престанке радног односа на иницијативу послодавца*⁴⁰⁸, при чему је код (3) и (4) кључно да је престанак запосленог на раскид уговора о раду мотивисан активном радњом послодавца, на пример, стављањем у изглед планиране промене у компанији или конкретне намере послодавца да запосленом откаже уговор о раду, тако да запослени стиче утисак да је отказ неизбежан⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ M. Eylert, R. Schinz *op. cit.*, стр. 198.

⁴⁰⁶ Основна подела отказа уговора о раду од стране послодавца у немачком праву је подела на редовне и ванредне отказе. Редован отказ може бити оправдан уколико је у вези са: (1) способношћу запосленог да одговори захтевима посла, (2) недопуштеним понашањем запосленог или (3) економским разлозима екстерног или интерног карактера који чине одржавање запослења немогућим. Заједничка карактеристика редовних отказа, међусобно есенцијално различитих по својим разлозима и поступку отказа, јесте постојање отказног рока, који се утврђује на основу дужине стажа запосленог код конкретног послодавца. За разлику од редовног, ванредни отказ је отказ који послодавац може ефектуирати без отказног рока, у случају када постоје разлози који, уважавајући све околности случаја и интересе обе стране, чине немогућим опстанак радног односа до истека отказног тока. Сви разлози редовног отказа, дакле способност и понашање запосленог, односно пословне потребе послодавца, могу, у зависности од конкретних околности, бити и разлози ванредног отказа. Више у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 122-129.

⁴⁰⁷ Уколико послодавац жели да промени уговорене услове рада запосленог, премештајем на друге послове или смањењем зараде, послодавац је принуђен да прибегне институту отказа уз понуду измењених услова рада. Отказ у овом случају, у зависности од свих околности, може бити редован или ванредан, мотивисан способностима и понашањем запосленог или пословним потребама послодавца. У случају да запослени прихвати понуду послодавца да ради под лошијим условима, отказ свакако ступа на снагу и претходно запослење престаје, а запослени наставља да ради под новим условима. Запослени, међутим, има право да прихвати лошије услове рада и задржи право да оспорава отказ, стављањем тзв. резерве, у ком претходно запослење такође престаје, али суд може по тужби запосленог да испита социјалну оправданост отказа, што за последицу има примену раније уговорених услова рада, уколико се утврди да је исти био неоправдан. Више у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 144-145.

⁴⁰⁸ M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*, стр. 199-200.

⁴⁰⁹ S. Laeta, *op. cit.*, стр. 247. Притом, како ауторка наводи, позивајући се на изворе из немачке доктрине и судске јуриспруденције, да би се оценило да је престанак запосленог на престанак радног односа изнуђен, нису довољне тврдње послодавца да је стање у компанији несигурно, да су нужне промене или савет запосленом да потражи ново радно место, (BAG 20.4.1994, AP Nr. 77 zu § 112 BetrVG 1972), већ те тврдње морају бити такве да је запосленом довољно јасно стављено до знања да је његово радно место упитно због промена у компанији или планираног отказа. То ће бити случај уколико је послодавац такву изјаву дао на скупу запослених или је на огласној табли истакао обавештење о планираном смањењу броја запослених у неком делу предузећа, након чега је са делом запослених закључио споразуме о престанку радног односа. (BAG 28.10.1992, AP Nr. 65 zu § 112 BetrVG 1972). Према становишту Савезног радног суда (Bundesarbeitsgericht - BAG), неопходно је између отказа поднетог од стране запосленог и угрожености конкретног радног места постоји узрочна веза. Таква веза неће постојати ако је запослени дао отказ три месеца након најаве промена у компанији, када више није постојао

Стога се у правној теорији указује да у немачком праву колективно отпуштање заправо представља "кумуляцију индивидуалних отказа"⁴¹⁰, чија "магнитуда" за послодавца ствара одређене обавезе, које се превасходно састоје из дужности да (1) о планираним колективним отпуштањима информише и консултује представнике запослених и да (2) планирано колективно отпуштање унапред пријави надлежној јавној власти⁴¹¹. На тај начин је правилима о колективном отпуштању у немачком праву покривена широка лепеза престанака радног односа без стварне воље запосленог, чиме је запосленима дата снажнија заштита, а послодавцима наметнут већи обим обавеза од оних прописаних Директивом⁴¹².

Иако концепција колективног отпуштања у немачком праву чини отказ због пословних потреба послодавца само једним од могућих разлога за примену правила о колективном отпуштању, тема овог рада налаже посебан осврт на тај основ престанка радног односа.

Ова врста отказа, у немачком праву названа отказ због хитних оперативних потреба предузећа (*betriebsbedingte Kündigung*) може бити ефектуирана под следећим условима: (1) да је настала *неотклоњива пословна потреба* на страни послодавца, из разлога унутрашње или спољне природе, (2) да је стога дошло до *трајног престанка могућности даљег запошљања* радника на његовом радном месту и (3) да је отказ социјално оправдан, као *ultima ratio* мера предузета услед немогућности даљег запошљања радника код послодавца⁴¹³. Немачки законодавац не одређује разлоге отказа због

основ за претпоставку да ће због смањења броја запослених бити отпуштен. (BAG 28.10.1992, AP Nr. 64 zu § 112 BetrVG 1972). Ibid., str. 843 (Rn. 33). v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, *op. cit.*, str. 673 (Rn. 23).

⁴¹⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 139. С друге стране, од примене правила о колективним отпуштањима искључени су: (1) *ванредни откази* од стране послодавца, без обзира на њихов разлог, (2) *откази од стране запослених и споразумни престанци радног односа који нису последица послодавчеве најаве* да ће радни однос свакако престати, као и (3) *престанци уговора о раду услед истека времена* (уговор на одређено време или за обављање одређеног посла, престанак уговора због наступа раскидног услова), или због *ништавости или руљивости, као и прекиди извршавања чиниоце рада* (одсуство, мировање радног односа). Такође, према становишту немачке доктрине, у колективна отпуштања не треба уврстити ни престанке радног односа старијих радника, који уз отпремнину одлазе у пуну или превремену старосну пензију, без обзира на разлог престанка радног односа, јер такви радници више не оптерећују тржиште рада, чиме се додатно афирмише став да су правила немачког права о колективним отпуштањима усмерена превасходно на макроекономски план, односно успостављање баланса на тржишту рада, а не на заштиту стабилности запошљања на индивидуалном плану. Moll, u: A/P/S, *op. cit.*, str. 842 (Rn. 29); v. Hoyningen-Huene/Linck, *op. cit.*, str. 674 (Rn. 25). Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 248.

⁴¹¹ M. Eylert, R. Schinz *op. cit.*, стр. 193, 197. У литератури се износи став да поступак колективног отпуштања у немачком праву, за разлику од Директиве 98/59/EЗ, није толико усмерен на подизање нивоа заштите запослених од отказа, колико на то да се надлежној јавној власти, конкретно Федералној агенцији за запошљавање (*Bundesagentur für Arbeit - BfA*), омогући да се ефикасно суочи са појавом већег броја запослених на тржишту рада, којима је потребно обезбедити ново запошљавање.

⁴¹² S. Laleta, *op. cit.*, стр. 248.

⁴¹³ Ibid., стр. 197-198. Према становишту немачке доктрине, једна од претпоставки сваког отказа због хитних оперативних потреба предузећа је аутономна одлука послодавца, којом одговара на одређену макроекономску ситуацију или економску ситуацију у компанији. Неотклоњива потреба за отказивањем уговора о раду не настаје, дакле, као непосредан резултат одређених економских кретања, већ под утицајем таквих околности послодавац доноси одређену организациону одлуку. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, *op. cit.*, str. 261 (Rn. 686); Preis, U., Autopome Unternehmer-entscheidung, *op. cit.*, str. 241 i d. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 199. Ауторка указује на ставове изражене у немачкој доктрини и јуриспруденцији да таква одлука не мора бити изричито изјављена, већ

хитних оперативних потреба предузећа, већ користи синтагму "неотклоњива пословна потреба" (*dringende betriebliche Erfordernisse*) која "онемогућава даље запошљавање радника" (*die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmer in diesem Betrieb gegenstehen*)⁴¹⁴.

У јуриспруденцији немачких судова је настало и данас прихваћено схватање да постоје *две групе разлога за отказ*: разлози унутрашње и спољне природе, односно разлози унутар или изван компаније (*innerbetriebliche und außerbetriebliche Gründe*)⁴¹⁵. Према становишту Савезног радног суда, појмом разлога *унутрашње природе* обухваћене су све пословне мере (*betriebliche, betriebsorganisatorische Maßnahme*) техничке, организационе или економске природе, којима послодавац, узимајући у обзир тржиште или организацију компаније, остварује своју одлуку о пословној политици која је темељ управљања компанијом, а које утиче на потребу за радом радника у погону⁴¹⁶. *Спољашњи разлози*, са друге стране, обухватају околности које не зависе од организације и управљања компанијом, али јесу у одређеној вези са компанијом и могу се рефлектовати на радне односе⁴¹⁷. У немачкој јуриспруденцији се сматра да *допуштене разлоге за отказ представљају и тек планиране пословне одлуке*, односно мере, па и будуће и предвидиве околности. Сходно томе, потреба за радом радника не мора престати у тренутку саопштавања отказа, већ је довољно да је пословна одлука до тада већ попримила конкретне облике и да се на темељу разумног и пословно-економског разматрања може прогнозировать да ће до протекта отказног рока планиране мере бити и спроведене, а радник тиме постати вишак,⁴¹⁸ те да ће престанак потребе за његовим радом постојати и по престанку радног односа. Стога ће запослени, коме је уговор о раду отказан због пословних разлога, имати право да

да може бити прећутна или "скривена", када се о њој може закључивати из отказних разлога који су у њој наведени. v. Houningen-Huene, G., *Betriebsbedingte Kündigungen in der Wirtschaftskrise*, op. cit., str. 1009, 1011 i d. BAG 15.6.1989, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*, NZA 1990, 65. Стога околности (разлоге) који су узрок увођења одређених организационих мера које воде трајном престанку потребе за радом запосленог треба увек разликовати од одлуке послодавца којом се те организационе мере уводе.

⁴¹⁴ §1 KschG.

⁴¹⁵ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 201-202.

⁴¹⁶ BAG 24.6.2004, AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 i dr. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 202. То су мере које се односе на рационализацију пословања, промену радних или производних поступака, гашење или смањивање компаније, уступање радника, промену хијерархије унутар компаније и слично, а њихова последица је престанак потребе за радом радника.

⁴¹⁷ *Ibid.*, стр. 203. То су, примера ради, пад наруцбина и пад промета, укидање субвенција, недостатак сировина или енергије и друго. У ову групу разлога не улазе: аспекти тржишта рада, запошљавања или социјалнополитички аспекти који могу утицати на послодавца да на другачији начин попуни радно место. Ауторка указује на одлуку Савезног радног суда, којом је утврђено да не постоји неотклоњива пословна потреба ако послодавац намерава (1) да запосли незапослене раднике за рад с пуним радним временом уместо радника који код њега раде с непуним радним временом, (2) да откаже уговор о раду запосленом како би уместо њега запослио инвалида или (3) да запосли радника на ког ће се примењивати страно право како би избегао примену немачког радног права и права социјалног осигурања. BAG 13.3.1987, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*; BAG 26.9.1996, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*.

⁴¹⁸ BAG 12.4.2002, AP Nr. 120 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 203.

захтева поновно запослење (*Wiedereinstellungsanspruch*), (1) ако се између тренутка изрицања отказа и протекла отказног рока појавила могућност даљег запослења која се раније није могла предвидети, као и (2) ако је послодавац након протекла отказног рока повукао или изменио пословну одлуку која је довела до отказа⁴¹⁹.

Даље, запосленом се уговор о раду може отказати због престанка потребе за његовим радом искључиво ако је *престанак потребе трајног карактера*⁴²⁰. Изузетно, отказ ће се сматрати социјално оправданим и када је донета одлука да погон привремено престане са радом, под условом да планирани престанак рада траје одређено дуже време⁴²¹. Без обзира на природу разлога који узрокују немогућност одржања запослења, непосредан разлог престанка потребе за радом запосленог је (1) *укидање његовог радног места*, (2) *смањење броја извршилаца на његовом радном месту* или (3) *престанак истоветности и континуитета његовог радног места*⁴²², што подразумева промену описа послова, квалификационих услова за њихово обављање, или промену *зараде*.⁴²³

Коначно, да би отказ због хитних оперативних потреба предузећа био законит, он мора, као и сваки други отказ од стране послодавца у немачком праву, бити *социјално оправдан*. Социјално оправдани отказ може се дефинисати као "отказ којим се интереси радника нарушавају, али је то нарушавање сведено на најмању могућу меру и оправдано је с аспекта интереса послодавца, а темељи се на разлозима способности радника, понашања радника и пословних потреба предузећа, установе или службе, који онемогућавају даљи наставак радног односа."⁴²⁴ Да ли је отказ социјално оправдан утврђује суд у радном спору, о чему ће у наставку бити детаљно елаборирано.

⁴¹⁹ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 154-156.

⁴²⁰ BAG 7.5.1998, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung i dr. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 204.

⁴²¹ Савезни радни суд (27.4.1995, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 83) сматра релевантним разлобље од 3/4 године. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 202.

⁴²² Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 205-206. Ауторка указује на пресуду Савезног радног суда у предмету BAG 12.4.2002, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117, којом је изражен став да чињеница да је радник (молер) обављао у истој компанији и друге послове, није ни прећутно утицала на промену садржаја уговора о раду, те стога не утиче на оцену о престанку потребе за његовим радом у ситуацији када је послодавац донео одлуку да послове молераја више не обавља интерно, већ да исте повери специјализованој компанији.

⁴²³ У јуриспруденцији Савезног радног суда заузет је став да потреба за радом запосленог престаје када у погону више не постоји никаква могућност даљег рада запосленог у складу са уговором о раду (*vertragsgemäßer Weiterbeschäftigung*). Стога, уколико због одлуке послодавца о затварању организационог дела и реорганизацији пословања, послови из тог дела само преносе у други део исте компаније, без њихове супстанцијалне измене, не престаје истоветност радних места, нити престаје потреба за радом запослених који су те послове претходно обављали у организационом делу који је реструктуриран. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 206. У том смислу, ауторка указује на пресуде Савезног радног суда BAG 10.11.1995, AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 18.10. 2000, AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969, у којима је посматрао истоветност и континуитет послова кроз истоветност подручја рада (*Identität des Arbeitsbereichs*), а као критеријуме оцене узео опис радног места и његов распоред у групама послова у колективним уговорима.

⁴²⁴ *Ibid.*, стр. 141.

4.2.4. Појам и разлози колективног отпуштања у хрватском праву

Термин "колективно отпуштање", установљен Директивом 98/59/ЕЗ, није усвојен у хрватском праву, већ Закон о раду⁴²⁵, који га уређује, користи термин "колективни вишак радника", иако се ради о потпуно истом институту и поступку који је хрватско право хармонизовало са одредбама Директиве.⁴²⁶

Појам колективног вишка радника у хрватском праву није експлицитно дефинисан, већ је прописано да исти постоји ако би код послодавца у периоду од 90 дана могла престати потреба за радом најмање 20 радника, од којих би пословно условљеним отказом престали уговори о раду најмање петорице радника⁴²⁷. Постојање колективног вишка радника се, дакле, процењује према четири критеријума: (1) до престанка уговора о раду мора доћи у периоду од 90 дана, (2) уговори о раду морају престати за најмање 20 радника, (3) престанци уговора о раду морају бити на иницијативу послодавца (*пословно условљени откази или споразуми предложени од стране послодавца*) и (4) најмање пет престанака мора бити због пословно условљеног отказа уговора о раду. Тек ако су сви ови услови испуњени, ради се о колективном вишку радника, те за послодавца настаје обавеза саветовања и обавештавања прописана законом.⁴²⁸

Замерке у погледу концепције и формулација одредби које појмовно одређују колективни вишак радника стављају се у више праваца.

Тако, у односу на саму формулацију, према којој је послодавац дужан да спроведе одређени поступак када би "у раздобљу од 90 дана могла престати потреба за радом најмање 20 радника", указује се да раздобље остаје нејасно, јер *недовољно одређен термин престанка потребе за радом* отвара могућност двају тумачења: (1) да је у питању датум престанка уговора о раду, или (2) да је у питању датум давања отказа,⁴²⁹

⁴²⁵ Zakon o radu Republike Hrvatske - ZRHR ("Narodne novine" br. 93/14, 127/17).

⁴²⁶ Иако је ова термилошка неусклађеност резултат наслеђа из предтранзиционог периода, када је коришћен термин "технолошки вишак" и иста не би требало да резултира значајним проблемима у пракси, проф. Потоћњак га не сматра сасвим адекватним, са аргументацијом да је комунигарни термин "колективно отпуштање" прикладнији, јер тежиште ставља на сам поступак који се мора спровести у случају када послодавац намерава да откаже одређени број уговора о раду, уз остављање могућности да до тога и не дође, док термин "колективни вишак запослених" већи нагласак ставља на могућност да ће одређеном броју запослених престати уговор о раду, на начин који ту могућност готово претвара у свршен чин. *Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", op. cit., стр. 244-245.* С друге стране, С. Лалега сматра да је овај термин сасвим прикладан. *S. Laleta, op. cit., стр. 234.*

⁴²⁷ ZRHR, чл. 127, ст. 1 и 2.

⁴²⁸ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 85.*

⁴²⁹ Hrvoje Orešić, "Razlika u kriterijima koji se uzimaju u obzir prilikom poslovnog uvjetovanog otkaza i otkaza u slučaju kolektivnog zbrinjavanja viška radnika", *Radno pravo* 24, 28 (2015), стр. 7. Доступно на интернет страници: <https://www.informator.hr/clanci/razlika-u-kriterijima-koji-se-uzimaju-u-obzir-pril-mmcc>, 24.11.2018. Аутор сматра да би схватање да је реч о датуму престанка уговора о раду могло водити томе да послодавац отпусти знатно више од двадесет радника без спровођења поступка обавезног код колективног вишка радника, будући да због

што може водити различитом нивоу заштите запослених и избегавању правила о колективним отпуштањима. Ова опсервација је веома интересантна из перспективе домаћег права, које садржи идентичну синтагму.

Из претходног се види да се хрватски законодавац определио за другу од двеју понуђених могућности за утврђивање квантитативне и временске димензије појма колективног отпуштања, утврђених Директивом 98/59/ЕЗ⁴³⁰. Исправност имплементације овог модалитета доводи се у сумњу у хрватској доктрини, са аргументацијом да томе нису претходиле анализе, те се, *полазећи од тога да у Хрватској преовлађују мали и средњи послодавци, сугерише да се преиспита применљивост другог решења понуђеног Директивом*, које број отказа ставља у корелацију са укупним бројем запослених код послодавца, омогућавајући примену правила колективних отпуштања и у случају мање од 20 престанака радног односа код послодавца који имају мање од 200 запослених, чиме би могао бити пружен виши ниво заштите запосленима, тим пре што је у јуриспруденцији Европског суда правде заузет став да се приликом обрачуна прага колективног отпуштања морају узети у обзир и (1) радници у радном односу на одређено време (а у Хрватској је у порасту број ове врсте радног односа), (2) чланови управе послодавца коју су у радном односу, (3) лица на стручном усавршавању код послодавца који накнаду примају од јавних фондова, као и (4) радници који су дали отказ јер им је послодавац значајно смањео зараду или на било који други начин битно променио услове рада. Указује се да би утврђивање колективног вишка радника у периоду од 30 дана, иманентно наведеној методологији, могло бити повољно и за послодавце, који у том случају не би ризиковали да откази које су планирали испод цензуса за исказивање колективног вишка радника и поступка који исти изискује, буду сматрани незаконитим због тога што је у оквиру периода од 90 дана, који је релативно дуг, дошло до престанака радног односа ван контроле послодавца, који се у јуриспруденцији Европског суда правде морају урачунати у колективна отпуштања, тако да су због укупног броја

трајања законског отказног рока или уговарања дужег отказног рока, престанак уговора о раду може да изађе из оквира од 90 дана, што би довело до смањења нивоа заштите радника. Стога износи став да би било исправније посматрати датум доставе отказа, односно датум склапања споразума о престанку уговора о раду на предлог послодавца, јер потреба за радом престаје управо онда када послодавац да отказ раднику, будући да је разлог отказа престанак потребе за радом тог радника.

⁴³⁰ Подсећамо да, у складу са чл. 1, ст. 1 Директиве колективног отпуштања представља отказивање уговора о раду од стране послодавца, из једног или више разлога који се не односе на личност запосленог, када је оваквим отказима обухваћен одређени број запослених, и то, *у зависности од избора државе чланице*: (i) у периоду од 30 дана: (1) најмање 10 у погонима који иначе запошљавају више од 20, а мање од 100 запослених, (2) најмање 10% броја запослених у погонима који иначе запошљавају најмање 100, али мање од 300 запослених, (3) најмање 30 у погонима који иначе запошљавају 300 или више запослених, или, (ii) у периоду од 90 дана, најмање 20, без обзира на број иначе запослених у одређеном погону.

престанака радног односа, откази које је дао послодавац морали бити третирани као колективни вишак радника.⁴³¹ Ове опсервације свакако могу бити веома интересантне са аспекта српског законодавства и упоредиве ситуације у привреди и на тржишту рада у Републици Србији.

Још једна интересантна опсервација са становишта српског законодавства усмерена је и на ниво на коме се утврђује колективни вишак радника у хрватском праву. У том смислу указује се да је, за разлику од Директиве, која прописује да се колективно отпуштање утврђује на нивоу погона, у хрватском праву прописано да се колективни вишак радника утврђује **на нивоу послодавца**. Иако би се ово решење можда могло бранити са аспекта повећане заштите запослених (што је била аргументација у спору *Lyttle and Others* и *USDAW and Wilson*⁴³², мада не доводи нужно до исте, што се показало у спору *Rabal Canas*⁴³³), указује се да се оваквом регулативом хрватски послодавци стављају у неповољан положај и да им се узрокују већи трошкови од оних које имају послодавци у државама чланицама које су одредиле погон као референтни ниво, будући да им се тиме намеће обавеза спровођења комплексног поступка колективног отпуштања чак и у ситуацијама када намеравају окончати већи број уговора о раду у просторно и/или по активностима неповезаним организационим јединицама (погонима), што не само да није био циљ Директиве, већ се тиме, штавише, угрожава један од основних циљева Директиве, а то је успостављање упоредивог нивоа заштите запослених и упоредивог терета за послодавце у различитим државама чланицама.⁴³⁴ С друге стране, чини се да је део јуриспруденције Врховног суда Хрватске преузео стваралачку улогу по овом питању, тако да је у неколико пресуда највиша судска инстанца заузимала став да вишак радника треба утврдити на нивоу сваке дислоциране подружнице⁴³⁵, а такав приступ је често присутан и у споровима против банака које послују на целој територији Хрватске, где Врховни суд прихвата посебно утврђивање вишка за сваку појединачну организациону јединицу⁴³⁶.

⁴³¹ Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 245-246.

⁴³² Пресуда Европског суда правде у предмету C-182/13 (*Lyttle and Others*) од 13.05.2015., [EU:C:2015:0000](#), т. 31.; Пресуда Европског суда правде у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., [EU:C:2015:291](#), т. 50.

⁴³³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-392/13 (*Rabal Canas*) од 13.05.2015., [ECLI:EU:C:2015:743](#).

⁴³⁴ Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 253-255, 266-267.

⁴³⁵ Vrhovni sud Republike Hrvatske (VSRH), Revr-18/05-2 од 09.03.2005. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 90.

⁴³⁶ VSRH, Revr-299/07 од 23.05.2007. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 90. Проф. Потоцњак истиче да се, са друге стране, у јуриспруденцији Врховног суда Хрватске заступају и сасвим супротни ставови, који имају своју неспорну подлогу у закону, да се вишак запослених мора утврђивати на нивоу послодавца као целине, што уводи непотребну правну неспорност у иначе комплексне и осетљиве поступке.

У хрватском праву *колективни вишак радника може бити узрокован искључиво пословним потребама послодавца*, без обзира да ли уговор о раду отказује послодавац једностранним актом или се уговор о раду споразумно раскида због пословних потреба послодавца и на његов предлог.

С друге стране, у хрватској доктрини се указује да је прописивањем да се у колективна отпуштања убрајају *искључиво пословно условљени откази и споразумни раскиди на иницијативу послодавца*, хрватски законодавац ограничио обим престанака радних односа који се урачунавају у колективна отпуштања и у односу на Директиву, која предвиђа да се приликом утврђивања колективног отпуштања морају узети у обзир сви престанци радног односа које је иницирао послодавац, осим оних које је иницирао због разлога на страни радника (на пример, понашања или радне способности), те се у том контексту указује да су од заштите неоправдано изостављени запослени којима послодавац (1) даје пословно условљени отказ са понудом измењеног уговора о раду⁴³⁷, као и сви они (2) престанци радног односа до којих је дошло због тога што је послодавац радницима битно променио зараду или друге битне услове рада, као и (3) престанци радног односа због отварања стечаја над послодавцем.⁴³⁸ Ове опсервације су посебно интересантне са аспекта српског

Тако је, на пример, у предмету у коме је вишак запослених утврђиван на нивоу подручне школе, Врховни суд оценио да је школа послодавац, те да стога о вишку треба одлучивати на нивоу школе, а не подручне школе (VSRH, Revr-611/04-2 од 09.03.2005.), а слично становиште заузето је и приликом утврђивања вишка у издавачкој кући, где је оцењено да се вишак мора спровести на нивоу послодавца, а не на нивоу појединачних редакција (VSRH, Revr-1610/11-2 од 20.06.2012., нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 17.*)⁴³⁷ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 85.* *Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", op. cit., стр. 249.* Проф. Поточњак указује да би приликом утврђивања броја престанака радног односа који се квалификују као колективни вишак радника требало уврстити и пословно условљене отказе са понудом измењеног уговора о раду. Ова врста отказа у хрватском праву (уређена чланом 123 Закона о раду) концептуално је преузета из немачког права и темељи се на идеји да ако послодавац жели да измени садржај уговора о раду (на пример, уговорити са радником обављање неких других послова, променити му место рада или висину зараде), може то учинити против воље радника само ако откаже постојећи уговор и истовремено му предложи склапање новог уговора. Како сликовито наводи проф. Поточњак, "док опште одредбе о заштити од отказа служе заштити *сталности* односа, одредбе о отказу са понудом измењеног уговора усмерене су на заштиту *садржаја* тог уговорног односа". Притом, послодавац који запосленом да отказ са понудом за измену уговора о раду није лишен обавезе да докаже постојање законом предвиђеног оправданог разлога за редовни отказ уговора о раду, једнако као и када уговор о раду отказује без понуде за склапање новог уговора. Отказ са понудом измењеног уговора о раду састоји се из два дела (два правна акта) и то: (1) отказа постојећег уговора о раду и (2) понуде да уговор о раду измени (да се радни однос настави, али под новим условима, односно с измењеним садржајем). Ова два акта морају стварно и временски коинцидирати, те накнадно упућивање понуде није допуштено. Запослени који прихвати понуду наставља радни однос под понуђеним без губитка права да тужбом оспорава законитост отказа и захтева повратак на услове рада које је имао пре отказа. У овом спору, као и у спору ради поништаја отказа датог раднику који није прихватио понуду, као претходно питање се јавља постојање ваљаних отказних разлога, с тим што се у овом спору испитује и законитост понуде, а сама чињеница одбијања понуде не може бити разлог законитости отказа због одбијања понуде за измену уговора о раду. Више о овој врсти отказа у хрватском праву: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 55-62.*

⁴³⁸ *Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", op. cit., стр. 259-265, 267.* Проф. Поточњак оцењује да су одредбе и примена Стечајног закона највећи нормативни проблем имплементације Директиве 98/59/EЗ у Хрватској, међу којима је посебно битна одредба чл. 191, ст. 2, која одређује да је отварање стечајног поступка за отказ уговора о раду. У примени одредби Стечајног закона се стога уобичајило да стечајни управници отказују уговоре о раду позивањем на наведену одредбу, без претходног поступка саветовања са радничким већем и обавештавања надлежне службе

законодавства, будући да су све ове категорије запослених елиминисане и из појма вишка запослених у домаћем праву.

Пословно условљени отказ представља престанак уговора о раду на основу једностране одлуке послодавца, узроковане наступањем економских, технолошких или организационих разлога⁴³⁹ због којих престаје потреба за обављањем послова које радник обавља⁴⁴⁰. За разлику од немачког права, где хитне оперативне потребе предузећа могу бити разлог ванредног отказа, у хрватском праву пословне потребе послодавца могу бити искључиво разлог редовног отказа⁴⁴¹.

Слично као у претходно анализираним правима, тако се и у хрватском праву могу јасно диференцирати (1) *узроци отказа*, који се састоје у економским, технолошким или организационим променама и (2) *непосредни разлози отказа*, који се састоје у престанку потребе за обављањем послова за које је радник ангажован.

Економски разлози који доводе до престанка потребе за радом могу бити, на пример, смањење промета одређене робе, односно услуга или непрофитабилност одређене делатности. *Технолошке промене* могу се састојати у увођењу нових технолошких поступака или нове опреме који редукују потребу за ангажовањем радне снаге. *Организационе промене* могу бити непосредно садржане у одлуци послодавца о увођењу економских или технолошких промена у пословање, а могу

запошљавања о колективном вишку радника, што је у својој пракси као законито поступање потврдио и Врховни суд Републике Хрватске. Проф. Потоцњак указује да је овакав начин примене Стечајног закона директно супротан одредбама Директиве и пракси Европског суда правде, те подсећа на предмет *Cleas* (C-245/10 од 03.03.2011., ECLI:EU:C:2011:119, т. 49) у коме је суд закључио да се Директива има применити на случај престанка погона која је последица судске одлуке о престанку и ликвидацији на темељу инсолвентности, без обзира што у том случају национално законодавство предвиђа моментални престанак уговора о раду.

⁴³⁹ Проф. Потоцњак указује да је ова енумерација разлога пословно условљеног отказа пример утицаја "старе" регулативе на нова законска решења, те да је наслеђена из предтранзиционог Закона о радним односима, који је исту некритички преузео из словеначког Закона о радним односима. Željko Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" u *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj* (ur. Ž. Potočnjak), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007, стр. 383. Критику наведеном законском решењу упућује и С. Лалета, оцењујући исто ограничавајућим са аспекта гарантоване слободе предузетништва, те исто пореди са отказним разлозима у немачкој судској пракси, закључујући да разлози наведени у хрватском закону представљају заправо разлоге унутрашње природе (унутар предузећа), док постојећом законском формулацијом нису обухваћени разлози спољне природе (изван предузећа), чиме се круг отказних разлога непотребно сужава. Видети у S. Laleta, *op. cit.*, стр. 202. Наведене критике хрватске доктрине су веома интересантне и за домаће право, које садржи апсолутно идентичну формулацију разлога за настанак вишка запослених.

⁴⁴⁰ ZRHR, чл. 115, ст. 1, т. 1.

⁴⁴¹ По угледу на немачко право, тако и хрватско право разликује редовне и ванредне отказе, чија је линија демаркације у тежини разлога (ванредни отказ допуштен је само ако због посебно тешке повреде обавезе из радног односа или због неке друге посебно важне чињенице, уз уважавање свих околности и интереса обеју уговорних страна, наставак радног односа није могућ) и отказном року (код ванредног отказа не постоји отказни рок). Међутим, за разлику од немачког права, које у одређеним случајевима сматра допуштеним ванредни отказ због хитних оперативних потреба предузећа (с тим што исти никада није предмет колективних отпуштања), у хрватској јуриспруденцији и доктрини пословне потребе послодавца не сматрају се допуштеним разлогом за ванредни отказ, другим речима, пословно условљени отказ, укључујући ту и отказ са понудом за измену уговора о раду, је увек редован отказ. Овакав приступ објашњава се тиме да су економски, технолошки или организациони разлози отказа, као што су, на пример, промена организације предузећа, затварање предузећа или његовог дела, или стечај предузећа, део ризика пословања који мора сносити послодавац. Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 48.

бити и последица одређених промена у организацији пословања, на пример, одлуке о спајању или издавању организационих делова предузећа која утиче на потребу за радном снагом.⁴⁴² У хрватској доктрини изражава се став, базиран на немачкој судској пракси, да допуштене разлоге за пословно условљени отказ могу представљати *не само чињенице које су већ наступиле, већ и будуће и предвидљиве околности* (на пример, речесија која води до предвидљивог смањења продаје) или тек планиране мере (на пример, увођење нове технологије), уколико постоје конкретне индиције које указују на извесност или велику вероватноћу наступања будућих догађаја⁴⁴³. И обрнуто, неиспуњавање очекивања послодавца да ће доћи до пораста посла не представља допуштени разлог за пословно условљени отказ, који став је потврђен и у јуриспруденцији Врховног суда Републике Хрватске⁴⁴⁴.

С друге стране, непосредни разлог пословно условљеног отказа увек је престанак потребе за обављањем послова на које је одређени радник распоређен, што је афирмисано и у јуриспруденцији Врховног суда Републике Хрватске⁴⁴⁵. Престанак потребе за радом запосленог може наступити услед *укидања радног места* запосленог или *смањења броја извршилаца* на његовом радном месту⁴⁴⁶. У јуриспруденцији хрватских судова изражавају се становишта да послодавац има право да укине радно место које сматра непрофитабилним⁴⁴⁷, као и да има аутономно право да одлучи које му је радно место сувишно, те да евентуално распореди одређене радне задатке тог радног места на друга радна места⁴⁴⁸. Хрватски закон не прописује да ли престанак потребе за радом запосленог, који индукује пословно условљени отказ, мора бити *трајан или* у одређеним случајевима може бити и *привремен*, као што је то у немачком праву. Указујући да по том питању нема јасних индиција ни у судској пракси, С. Лалета сматра да би, као критеријум за одређивање какве природе мора бити престанак радног односа да би отказ био оправдан, могла послужити законом прописана забрана послодавцу који је због пословно условљених разлога отпустио радника, да у периоду од шест месеци након отказа на

⁴⁴² Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 12. Аутор наводи да се у судској пракси, по његовом мишљењу оправдано, отварање поступка ликвидације послодавца – привредног друштва, сматра оправданим разлогом за пословно условљен отказ и у том смислу се реферише на одлуку Врховног суда Републике Хрватске Revr-210/03-2, од 19.11.2003. године.

⁴⁴³ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 12-13.

⁴⁴⁴ VSRH, Revr-407-03-2 од 20.05.2004. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 13.

⁴⁴⁵ VSRH, Revr-281-04 од 16.09.2004. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 205.

⁴⁴⁶ VSRH, Revr-70-04 од 26.05.2004. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁴⁴⁷ VSRH, Revr-605-02-02 од 09.04.2003. Нав. према:

Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 12.

⁴⁴⁸ Županijski sud (ŽS) u Zagrebu, Gžr-594/14 од 23.04.2014. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 12.

истим пословима запосли другог радника⁴⁴⁹.

4.3. Круг заштићених лица

4.3.1. Круг заштићених лица у француском праву

Правила о колективном отпуштању примењују се на све *запослене у радном односу на неодређено време* који раде код послодавца са својством правног лица.

Интересантно је да су у француском праву *запослени у радном односу на неодређено време изузети од примене правила о колективним отпуштањима*, што представља одступање од правила прописаних Директивом број 98/59/ЕЗ. Овој категорији запослених радни однос може без њихове сагласности престати искључиво у случају (1) више силе, или (2) теже повреде радне обавезе од стране запосленог, док у свим осталим случајевима отказа без сагласности запосленог, што укључује и отказ из економских разлога, запосленом припада право на накнаду штете најмање у износу свих преосталих зарада до истека уговора, увећане за 10% укупно исплаћене накнаде, која припада запосленима чији радни однос не прерасте у радни однос на неодређено време⁴⁵⁰, чиме ови запослени могу бити доведени у повољнији положај од запослених у радном односу на неодређено време, што је ситуација слична оној која постоји и у праву Републике Србије.

Од примене правила о колективном отпуштању изузети су послодавци који за свој рачун запошљавају кућно помоћно особље или особље које одржава приватни посед, осим ако су у питању послодавци са својством правних лица који обављају делатност агенције за ангажовање ове врсте особља⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 205. Проф. Лалета заснива овај став на члану 115 став 6 хрватског Закона о раду, према коме, ако у том периоду поново настане потреба запошљавања на истим пословима, послодавац мора понудити закључење уговора о раду раднику коме је отказао уговор о раду због пословно условљених разлога и не може на тим пословима запослити треће лице уколико раднику кога је на тим пословима прогласио вишком није понудио поновно заснивање радног односа, односно уколико је тај радник наведену понуду прихватио. Ипак, упркос чињеници да кришење наведених одредби представља тежак прекршај из радног односа из члана 228 став 1 тачка 18 хрватског Закона о раду, за који је послодавцу забрањена новчана казна до износа од 60.000 куна (нешто мање од 9.000 евра), Врховни суд Републике Хрватске је одлуком Revr-363-04 од 24.11.2004 заузео становиште да запошљавање другог радника противно законској одредби не чини неваљаним уговор о раду са тим радником, чиме се, како критички указује С. Лалета, омогућава послодавцу да заобиђе законску обавезу и кроз судску праксу ублажавају прописане обавезе послодавца, а раднику не гарантује никаква заштита у случају противзаконитог поступања послодавца.

⁴⁵⁰ *Code du travail*, L. 1243-1, L. 1243-2, L. 1243-4 L. 1243-8.

⁴⁵¹ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 133.

4.3.2. Круг заштићених лица у италијанском праву

Правила о колективном отпуштању примењују се на све запослене који су у *радном односу на неодређено време код послодавца*. С друге стране, статус запослених у радном односу на одређено време није довољно јасно уређен. Наиме, док је законом изричито прописано да колективним отпуштањем није обухваћен престанак радног односа услед истека уговора о раду на одређено време, питање *да ли престанци радног односа пре истека уговора о раду на одређено време треба да буду укључени у домаћај правила о колективном отпуштању је и даље предмет дебата у правној доктрини*⁴⁵².

Из правила о колективним отпуштањима изузети су (1) запослени ангажовани у грађевинској индустрији којима радни однос престане услед окончања дела пројекта који је био предмет и повод ангажовања, (2) сезонски радници и радници који се привремено и повремено ангажују, док се у литератури истиче да је статус запослених у *staff leasing* компанијама проблематичан⁴⁵³.

4.3.3. Круг заштићених лица у немачком праву

Правила о колективном отпуштању примењују се само на запослене, при чему појам "запослени" обухвата широку лепезу радних ангажмана, и то: (1) *радни однос на неодређено време* са пуним или непуним радним временом, (2) *радни однос на одређено време* са пуним или непуним радним временом, (3) *приправнике*, (4) *лица на стручном оспособљавању и усавршавању* чије се накнаде за рад финансирају из фондова јавне службе за запошљавање. Особеност немачког права чини *искључивање вишег менаџмента* из категорије запослених са аспекта правила о колективним отпуштањима, тако да чланови управних одбора, заступници трговачких друштава и водећи намештеници не уживају заштиту коју пружају правила о колективним отпуштањима. Како је предметна регулатива у флагрантној супротности са појмовним одређењем "запосленог" израженим у пресудама Европског суда правде⁴⁵⁴, у литератури се истиче да ће немачки радни судови у будућности морати да приликом одлучивања узму у обзир дефиницију "запосленог" у значењу које овај појам има у комунитарном праву⁴⁵⁵.

⁴⁵² F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 256.

⁴⁵³ *Ibid.*, стр. 256.

⁴⁵⁴ Пресуда Европског суда правде у предмету C-596/12 (*Commission vs. Italy*) од 13.02.2014, ECLI:EU:C:2014:77 и Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015, ECLI:EU:C:2015:455.

⁴⁵⁵ M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*, стр. 199.

Од примене правила о колективном отпуштању *изузети су* (1) запослени у државним органима, (2) запослени у јавним службама којима су поверена јавна овлашћења, као и (3) чланови посаде морских пловила,⁴⁵⁶ а поред њих и (4) запослени у сезонским и пројектним погонима у случају када је колективно отпуштање неопходно с обзиром на њихову посебну природу, односно делатност, изузев погона у грађевинској индустрији у којима се промовише годишње запошљавање, у складу са прописима из области социјалног осигурања⁴⁵⁷.

Такође, из правила о колективним отпуштањима су искључене категорије запослених које се не сматрају послопримцима, и то: чланови породице, трговачки заступници, радници код куће и друге особе које се сматрају слично-запосленима⁴⁵⁸.

4.3.4. Круг заштићених лица у хрватском праву

Правила о престанку радног односа, укључујући и правила о колективним отпуштањима, примењују се на "раднике", при чему се под радницима сматрају *само лица у радном односу на неодређено време код послодавца*⁴⁵⁹. У домаћај правила о колективном отпуштању улазе и *запослени у радном односу на одређено време*, под условом да је *уговором о раду стипулисана могућност превременог отказивања* и уколико наступи потреба за превременим отказивањем⁴⁶⁰.

Међутим, нису сва лица у радном односу обухваћена правилима о колективном вишку радника. Наиме, следствено концепцији немачког права, хрватско право је такође из правила о престанку уговора о раду, па тако и правила о колективним вишковима радника, *изоставило чланове управе, извршне директоре и сва друга лица која су у радном односу, а имају овлашћења да руководе, односно воде одређене послове за послодавца*⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, стр. 197.

⁴⁵⁷ §22 Закона о заштити од отказа.

⁴⁵⁸ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 245.

⁴⁵⁹ ZRHR, чл. 4, ст. 1.

⁴⁶⁰ Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 261. Проф. Поточњак критикује ограничавање примене правила о колективним отпуштањима само на лица у радном односу и указује да су од примене правила о колективним отпуштањима у хрватском праву неоправдано и противно јуриспруденцији Европског суда правде искључена лица која код послодавца обављају рад на основу уговора о стручном оспособљавању без заснивања радног односа и за свој рад примају накнаду од државе, која су према становишту ЕСП изразеном у предмету *Balkaya*, радници у смислу Директиве и стога се престанци њихових уговора пре истека уговореног рока морају урачунавати при утврђивању колективног отпуштања.

⁴⁶¹ ZRHR, чл. 4, ст. 3, 4. Проф. Поточњак се критички осврће и на ово решење и указује на становиште Европског суда правде изражено у више спорова вођених пред тим судом (*Danosa, Komisija/Italija, Balkaya*), према коме чланови управе који су у субординираном положају, а радни однос несумњиво подразумева субординацију, представљају раднике у смислу комунигарног права, те се стога престанци њихових уговора о раду морају

4.4. Посебна заштита од колективног отпуштања

4.4.1. Посебна заштита од колективног отпуштања у француском праву

Заштиту од отказа из економских разлога у француском праву уживају две категорије запослених: (1) *законом одређени представници запослених*⁴⁶², којима без сагласности инспектора рада не може бити отказан уговор о раду и (2) *запослене жене у вези са материнством*, и то за време одсуства са рада због трудноће и у периоду од 4 недеље након престанка одсуства.

Отказ заштићеном представнику запослених без сагласности инспектора рада или на основу издате, али накнадно поништене сагласности, *изричито је забрањен* *Закоником о раду и санкционисан ништавошћу*. Представник запослених у том случају има право на реинтеграцију у радни однос, уз право на накнаду свих изгубљених зарада у периоду незапослености од отказа до враћања на рад, односно до истека рока за истицање захтева за враћање на рад, уколико запослени није захтевао реинтеграцију у радни однос⁴⁶³.

Отказ запосленој жени за време периода трајања заштите у вези са материнством такође је *санкционисано ништавошћу*, са свим последицама ништавости које закон прописује, а које превасходно подразумевају *право на реинтеграцију и накнаду штете* у износима који нису подложни законским ограниченима прописаним за случај отказа без стварног и озбиљног разлога.

4.4.2. Посебна заштита од колективног отпуштања у италијанском праву

Законом бр. 300 из 1970. године генерално је прописана ништавост аката заснованих на дискриминацији по основи синдикалне делатности, политичке оријентације, вероисповести, расе, језика или пола, те је свака врста уврштавања запослених у круг вишка запослених, која би имала дискриминаторски мотив, санкционисана ништавошћу⁴⁶⁴.

Поред тога, посебну заштиту од колективног отпуштања уживају *жене*, јер

урачунати у колективно отпуштање. *Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", op. cit., стр. 249-250.*

⁴⁶² *Круг заштићених представника је по принципу numerus clausus одређен чланом L 2422-1 Законика о раду.*

⁴⁶³ *Code du travail, L. 2422-4.*

⁴⁶⁴ *Legge 300/70, чл. 15.*

послодавац не може отказати уговор о раду (1) *запосленој жени у периоду од најаве да ће брак бити закључен до навршења годину дана од дана закључења брака*, (2) *запосленој жени за време трудноће* као ни, (3) *запосленој мајци*. Отказ дат жени која ужива било који од наведених основа заштите *a priori* се сматра повредом ове заштите и санкционише ништавошћу отказа, праћеном правом не реинтеграцију у радни однос и накнаду интегралне зараде од отказа до враћања на рад⁴⁶⁵. Једини изузетак, када послодавац може запослену жену утврдити вишком и законито јој отказати уговор о раду у поступку колективног отпуштања, је престанак рада послодавца⁴⁶⁶.

Извесну, додуше ограничену заштиту од колективног отпуштања, имају и запослени са *инвалидитетом*. Наиме, иако статус особе са инвалидитетом не представља *per se* заштиту од колективног отпуштања, ова категорија запослених ужива индиректну заштиту због обавезе послодавца да у радном односу имају одређени број особа са инвалидитетом, који кореспондира величини послодавца. Стога, иако послодавцу није забрањено да овој категорији запослених откаже уговор о раду као вишку запослених, отказ ће се сматрати ништавим уколико је исти резултирао падом укупног броја запослених особа са инвалидитетом код послодавца испод законског минимума⁴⁶⁷.

4.4.3. Посебна заштита од колективног отпуштања у немачком праву

Пре свега, треба указати да је примена законских правила о заштити од отказа у немачком праву ограничена, односно гарантована искључиво запосленима који имају најмање шест месеци непрекидног стажа код послодавца који у радном односу има најмање 10 запослених⁴⁶⁸.

Поред опште забране дискриминаторских отказа, гарантоване Општим законом о једнаком третману (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*), заштита запослених од отпуштања је у немачком праву предмет посебних прописа, који *ratione personae* и *ratione materiae* уређују различите области, а може бити и предмет колективних уговора.

⁴⁶⁵ T. Treu, *op. cit.*, стр. 125.

⁴⁶⁶ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 257.

⁴⁶⁷ Riccardo Del Punta, *What has equality got to do with Labour law? An Italian perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, стр. 209.

⁴⁶⁸ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 126, 135. Запослени који су засновали радни однос пре 2004. године имају право на заштиту од отказа и уколико су у радном односу код послодавца који запошљава пет запослених, при чему се у укупан број запослених не урачунавају приправници нити запослени који су код послодавца засновали радни однос 2004. године или касније.

Законску заштиту од отказа уживају следеће категорије запослених: (1) труднице, породиље и запослени на одсуству ради неге детета, (2) запослени са тешким инвалидитетом, (3) представници запослених и (4) приправници.

Послодавац не може да откаже уговор о раду *запосленој жени у периоду од почетка трудноће па до истека четири месеца након порођаја*, као ни *родитељу који користи одсуство ради неге детета до навршене три године живота детета*. Овој категорији запослених послодавац може отказати уговор о раду искључиво у *изузетним случајевима* – када је запослење постало апсолутно неприхватљиво за послодавца и *под условом да инспекторат рада изда сагласност* на отказ, што се, како се у литератури истиче, изузетно ретко дешава⁴⁶⁹.

Послодавац не може да откаже уговор о раду ни *запосленом са тешким инвалидитетом без сагласности управне агенције* надлежне за особе са инвалидитетом, која се у пракси ретко издаје⁴⁷⁰.

Заштиту од колективног отпуштања уживају (а) *чланови савета запослених и других органа* формираних у складу са Законом о саветима запослених (*Betriebsverfassungsgesetz*), за време мандата и годину дана по његовом истеку, као и (б) *чланови који организују изборе за савет запослених и кандидати за избор у савет запослених*, почев од номинације до истека шест месеци почев од дана објављивања резултата избора. Наиме, овим радничким представницима послодавац може дати искључиво ванредни отказ, који је изузет из колективног отпуштања. Међутим, чак ни у случају стицања услова за ванредни отказ због оперативних потреба предузећа, послодавац овим запосленима не може отказати уговор о раду без сагласности савета запослених, коју, *ако изостане, може супституисати само радни суд својом одлуком*⁴⁷¹.

Такође, заштита од отказа може бити и предмет колективних уговора. Тако на пример, није неуобичајено установљивање заштите за запослене старије од 53 године у неким секторима металске индустрије⁴⁷².

Када је реч о заштити старије популације од отказа, немачко право садржи интересантна решења. Наиме, законски прописи не прописују њихову посебну заштиту, али истовремено не дозвољавају ни да године живота запосленог послуже као посебан основ за отказ, без обзира да ли запослени по том основу остварује право на старосну пензију и друге погодности у складу са прописима о социјалном

⁴⁶⁹ *Ibid.* стр. 134.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

⁴⁷¹ *Ibid.* стр. 134-135.

⁴⁷² *Ibid.* стр. 135.

осигурању. Стога послодавац запосленом који је навршио одређене године живота може отказати уговор о раду искључиво ако запослени због тога више нема способности да обавља одређене послове, што је послодавац у случају спора дужан и да докаже. С друге стране, не сматрају се дискриминаторским клаузуле индивидуалних или колективних уговора, којима се стипулише аутоматски престанак радног односа у тренутку када запослени испуни услове за старосну пензију⁴⁷³.

4.4.4. Посебна заштита од колективног отпуштања у хрватском праву

Хрватски законодавац *није посебно прописао заштиту запослених од колективног отпуштања, али је утврдио категорије запослених које уживају право заштите од отказа*, при чему заштита од отказа може бити: (1) *апсолутног карактера*, када се забрана отпуштања не може отклонити ни сагласношћу радничког већа, судском или арбитражном одлуком, без обзира на постојање законом предвиђених разлога за отказ⁴⁷⁴, или (2) *релативног карактера*, када је отказ допуштен уколико је послодавац прибавио претходну сагласност радничког већа, односно синдиката⁴⁷⁵.

Апсолутну заштиту уживају запослени за време трудноће, породилског, родитељског, усвојитељског или другог одсуства или рада са половином пуног радног времена према Закону о породилским и родитељским подршкама (*Zakon o rodiljnim i roditeljskim potporama*)⁴⁷⁶ и 15 дана по истеку периода заштите по било ком од ових основа, будући да им послодавац не сме отказати уговор о раду *осим* у случају покретања и спровођења поступка *ликвидације* над послодавцем, када се овој категорији запослених може дати пословно условљен отказ⁴⁷⁷. Иако је овако прописан обим заштите веома екстензиван и у правној теорији оцењен као претеран⁴⁷⁸, он не штити ову категорију запослених

⁴⁷³ Више о томе у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 136-139.

⁴⁷⁴ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 63-65.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, стр. 62.

⁴⁷⁶ *Ibid.* Према чл. 34, ст. 1 Закона о раду у чл. 34, ст. 1, прописује да за време трудноће, коришћења породилског, родитељског или усвојитељског одсуства, рада са половином пуног радног времена, рада са половином радног времена ради продужене неге детета, одсуства труднице или мајке која доји дете, те одсуства или рада са половином радног времена ради неге детета са тежим сметњама у развоју, односно у року од 15 дана од престанка трудноће или престанка коришћења неког од наведених права, послодавац не може отказати уговор о раду трудници и запосленима који се користе наведеним правима. Проф. Поточњак указује да заштиту од отказа не уживају запослени који користе право на мировање радног односа (тзв. неплаћено породилско одсуство) до три године живота детета, као ни жене које користе паузу у току рада ради дојења детета. *Ibid.*, стр. 64.

⁴⁷⁷ ZRHR, чл. 34, ст. 1, 4.

⁴⁷⁸ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 63-64. Проф. Поточњак аргументује да се и за време трајања било ког од наведених основа заштите могу стећи отказни разлози, било да запослени ради или одсуствује са рада, те да би заштиту требало релативизовати, тиме што би био дозвољен отказ уз сагласност представника запослених, или би био забрањен само редовни отказ.

од утврђивања вишком радника. Наиме, *послодавац их може и током периода заштите, уз сагласност радничког већа, уврстити у колективни вишак радника*, с тим што им до истека наведеног периода заштите од отказа не може и ефективно отказати уговор о раду, већ то може учинити чим тај период истекне⁴⁷⁹.

Послодавац не сме отказати уговор о раду *радницима који су претрпели повреду на раду или су оболели од професионалне болести, за време привремене неспособности за рад током лечења или опоравка од повреде на раду, без икаквог изузетка од ове забране*. Стога је ова заштита од отказа *апсолутног карактера* у пуном смислу те речи.

Апсолутну заштиту од отказа уживају и *запослени који су ангажовани на одбрани земље у складу са посебним прописима за време извршења војне обавезе*. Овим запосленима је забрањено дати редован отказ уговора о раду, а како пословно условљен отказ може бити искључиво редован, то значи да не постоји могућност да ова категорија лица буде уврштена у колективни вишак радника. Ниво њихове заштите, међутим, значајно опада по истеку војне обавезе. Наиме, уколико послодавац није у могућности да му у том моменту обезбеди његов ранији посао нити други одговарајући посао, има право да овом запосленом откаже уговор о раду уз поштовање отказног рока и исплату отпремнине, ако за исту постоје услови⁴⁸⁰, због чега проф. Поточњак закључује да је реч о далеко нижем нивоу заштите од отказа у односу на две претходно наведене категорије запослених који такође уживају апсолутну заштиту од отказа⁴⁸¹.

Релативну заштиту од отказа, која се састоји у томе да је отказ условљен претходном сагласношћу радничког већа или синдиката, под претњом ништавости⁴⁸², уживају следеће категорије запослених: (1) *чланови радничког већа*, (2) *кандидати за чланове радничког већа који нису изабрани* (у периоду од три месеца након утврђених коначних резултата избора), (3) *радници који су особе са инвалидитетом* који је наступио због повреде на раду или професионалне болести, (4) *радници са завршених 60 година живота* и (5) *представници радника у неком од надзорних или управних тела послодавца*⁴⁸³. На наведени начин закон штити од отказа запослене који обављају

⁴⁷⁹ ZRHR, чл. 151, ст. 1, т. 6.

⁴⁸⁰ ZRHR, чл. 224.

⁴⁸¹ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 65.

⁴⁸² Накнадна сагласност радничког већа не може конвалидирати ништав отказ који је дат без претходне сагласности овог тела. VSRH, Rev-1244/01 од 23.01.2002., нав према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 81-82.

⁴⁸³ ZRHR, чл. 151, ст. 1, т. 1-5. Радничко веће има рок од 8 дана за изјашњење о отказу. Уколико се веће сагласи са отказом или не изјасни у наведеном року, послодавац може наставити са отказом. У случају да радничко веће одлучи да ускрати сагласност, о томе мора писаним путем и образложено обавестити послодавца. Послодавац има право да у року од 15 дана од дана пријема негативне одлуке радничког већа захтева доношење судске или арбитражне одлуке, којом ће бити супституисана сагласност синдиката.

функцију заштите права и интереса запослених пред послодавцем, као и запослене који су теже запошљиви, с тим што се круг лица који уживају ову врсту заштите може проширити колективним уговором или споразумом закљученим између послодавца и радничког већа⁴⁸⁴.

Релативну заштиту од отказа уживају и *синдикални повереници*, којима уговор о раду не може бити отказан без сагласности синдиката.⁴⁸⁵

4.5. Критеријуми за утврђивање вишка запослених

4.5.1. Појам и утврђивање критеријума

4.5.1.1. Појам и утврђивање критеријума у француском праву

Критеријуми могу бити утврђени колективним уговором или компанијским споразумом, у ком случају послодавац није овлашћен да селекцију запослених врши применом било којих других критеријума осим оних утврђених неким од наведених аката⁴⁸⁶.

Уколико критеријуми нису утврђени колективним уговором или компанијским споразумом, утврдиће их послодавац након консултација са Социјално-економским комитетом. Послодавац, међутим, нема у овом случају неограничену слободу утврђивања критеријума, већ је *дужан да се придржава критеријума који су прописани Законом о раду*, при чему је као једина флексибилност за послодавца предвиђена могућност да једном од законом прописаних критеријума да приоритет приликом одабира запослених, уз обавезу да у обзир узме и све друге законске критеријуме⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 79-80.

⁴⁸⁵ ZRHR, čl. 188. Поступак издавања сагласности синдиката, рокови и правне последице изостанка сагласности исте су као и код сагласности радничког већа, с тим што закон експлицитно прописује да се послодавац, у случају негативне одлуке синдиката, може обратити суду, али не и арбитражи, али не прописује рок за поступање суда по тој тужби. У хрватском праву, за разлику од немачког, евентуални изостанак конституисања радничког већа неће резултирати изостанком релативне заштите запослених од отказа, будући да у случају да код послодавца није установљено радничко веће, по слову закона, надлежност за саодлучивање о отказу и низ других питања из надлежности радничког већа, има синдикат, односно синдикални повереник, а у случају постојања више синдиката код послодавца они синдикални повереници о чијој личности синдикати постигну споразум и о томе обавесте послодавца. Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 82-84.

⁴⁸⁶ M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 138. Примера ради, Касациони суд је стао на становиште да у ситуацији када је колективним уговором одређено да ће се приликом утврђивања редоследа отпуштања узети у обзир породичне прилике, сениорат у компанији, као и стручне квалификације запослених чији се послови гасе или трансформишу, послодавац не може као критеријум употребити поседовање одређене дипломе. (Soc. 20 Janvier 1993, no. 91-42032, bull. civ. 1993, V, no. 18).

⁴⁸⁷ *Code du travail*, L. 1233-5.

4.5.1.2. Појам и утврђивање критеријума у италијанском праву

Италијански законодавац прописује обавезу селекције запослених којима ће бити отказани уговори о раду, која мора бити извршена с обзиром на техничко-производне и организационе потребе компаније, применом критеријума утврђених *колективним уговорима*⁴⁸⁸, с тим што је *прописао критеријуме допунско-диспозитивног карактера*, који су применљиви уколико социјални партнери нису постигли договор о критеријума за селекцију вишка запослених⁴⁸⁹.

4.5.1.3. Појам и утврђивање критеријума у немачком праву

Немачки законодавац је, по принципу *numerus clausus*, утврдио листу критеријума за тзв. социјални избор, којих је послодавац дужан да се придржава (1) приликом селекције запослених којима ће отказати уговор о раду, али и (2) када више запослених конкурише за једно или више слободних радних места која представљају меру за наставак запослења запослених за чијим радом престаје потреба на пословима за које су закључили уговор о раду.

Послодавац је *дужан да приликом вршења социјалног избора примени све законом прописане критеријуме*, али има широку аутономију у њиховом вредновању и одређивању редоследа њихове примене. Ширину његових овлашћења илуструје схватање Савезног радног суда, према коме одлука о избору запосленог мора бити "само оправдана" (*muss nur vertretbar sein*) и не мора нужно одговарати одлуци коју би донео суд на темељу истих критеријума⁴⁹⁰.

На крају, треба приметити да, иако у доктрини има изражених мишљења да би, у циљу превенције "неприхватљивих тешкоћа" које би се могле појавити у одређеним индивидуалним случајевима, требало оставити могућност утврђивања и примене додатних критеријума, поред законом одређених, Савезни радни суд стоји на становишту да је интерес правне сигурности у овом случају на првом месту, те да *увођење алтернативних критеријума води незаконитости отказа*, уколико су исти били

⁴⁸⁸ Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 261. Иако закон није експлицитно прописао која врста колективних уговора се сматра релевантном за прописивање критеријума, аутор сматра да под термином колективни уговор, имајући у виду циљ цитиране законске одредбе, треба разумети споразуме који се закључују између послодавца и синдиката на нивоу конкретне компаније која треба да отпусти раднике и у којој ће ти критеријуми бити примењени, а не националне колективне уговоре.

⁴⁸⁹ Legge 223/91, чл. 5.

⁴⁹⁰ BAG 5.12.2002, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl, BAG 2.6.2005, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 231.

одлучујући приликом социјалног одабира⁴⁹¹.

4.5.1.4. Појам и утврђивање критеријума у хрватском праву

Хрватски законодавац није посебно прописао критеријуме за селекцију запослених у случају настанка колективног вишка, али је прописао обавезу послодавца који запошљава најмање 20 радника да при одлучивању о пословно условљеном отказу, узме у обзир његов сениорат, године живота и обавезе издржавања које терет запосленог⁴⁹².

Како колективни вишак радника обухвата искључиво пословно условљене отказе и споразумне престанке уговора о раду, инициране од стране послодавца из пословних разлога, закључује се да је *послодавац приликом утврђивања листе запослених који представљају вишак, дужан да као критеријуме за селекцију запослених примени управо наведене законске параметре*.

У доктрини и јуриспруденцији хрватских судова изражава се јединствен став да законски критеријуми *нису одређени по принципу numerus clausus*, односно да послодавац има аутономно право да одлучи жели ли да се ограничи искључиво на трајање радног односа, старост и обавезе издржавања које терете радника или ће у процену укључити и неке додатне критеријуме⁴⁹³, као што су, примера ради, квалитет рада, одговорност, тачност или уредност⁴⁹⁴.

4.5.2. Начин примене критеријума

4.5.2.1. Начин примене критеријума у француском праву

У јуриспруденцији француског Касационог суда заузет је принципијелни став да се критеријуми морају применити *на све запослене у компанији у којој настаје потреба за колективним отпуштањем, осим у случају затварања одређеног организационог дела компаније*, када се свим запосленима у том организационом делу отказују уговори о раду, без потребе за применом критеријума⁴⁹⁵.

⁴⁹¹ Ипак, примена додатних критеријума неће сама по себи резултирати неваљаношћу отказа, уколико таква грешка није била одлучујућа приликом избора запосленог коме је отказан уговор о раду. BAG 24.2.2005, AP Nr. 4 zu §1 KSchG 1969 Gemeinschaftsbetrieb. Нав. према: S. Laeta, *op. cit.*, стр. 227-228.

⁴⁹² ZRHR, чл. 115, ст. 2, 3.

⁴⁹³ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 89-90.

⁴⁹⁴ H. Orešić, *op. cit.*, стр. 4.

⁴⁹⁵ Soc. 15 Mai 2013, no. 11-27460, bull. civ. 2013, V, no. 121, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 140.

Обим примене критеријума може бити умањен, односно ограничен на запослене који раде у организационим деловима компаније (погони, представништва, канцеларије, радне јединице и слично) у којима се налазе послови захваћени економским или технолошким променама које диктирају гашење или трансформацију послова или измену битних елемената уговора о раду запослених искључиво (1) *колективним уговором* о раду који се примењује на нивоу целе компаније⁴⁹⁶ или (2) *планом очувања запослења*⁴⁹⁷.

Обим примене критеријума за селекцију запослених није, међутим, нужно само спуштати на ниво организационих делова компаније, већ га је *могуће подићи и применити на нивоу више компанија које представљају тзв. "економско-социјалне јединице" (unité économique et sociale)*. Ови ентитети представљају законом⁴⁹⁸ уређени институт француског права без својства правног лица, који се формирају као својеврсне заједнице колективним уговором или судском пресудом, а повезују их (1) централизована управа, (2) сличност или комплементарност делатности и (3) сличан социјални статус запослених и услови рада који омогућавају њихову пермутацију, односно могућност премештаја у оквиру економско-социјалне јединице⁴⁹⁹.

Без обзира на ком организационом нивоу се критеријуми примењују, помоћу њих се врши селекција између запослених *у оквиру исте професионалне категорије*, који обављају послове (1) исте врсте, (2) за које су потребне исте професионалне квалификације, односно обука⁵⁰⁰. Другим речима, применом критеријума врши се селекција запослених којима ће бити отказани уговори о раду, *на основу поређења свих*

⁴⁹⁶ *Code du travail*, Члан L. 1233-5 Законика о раду. Ограничење примене критеријума на запослене у деловима компаније који су погођени одређеним економским и технолошким променама могуће је извршити само колективним уговором који се закључује на нивоу компаније или на вишем нивоу и примењује у целој компанији, али не и колективним уговором ужег дејства, чија је примена ограничена само на односно делове компаније. Нав. према : M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 140.

⁴⁹⁷ *Code du travail*, L. 1233-24-1, L. 1233-24-2 и L. 1233-24-4. План очувања запослења може бити предмет посебног колективног уговора, који се закључује са једним или више репрезентативних синдиката, а уколико такав колективни уговор није закључен, план ће бити садржан у једностраном акту послодавца, који он доноси након окончања консултација са Социјално-економским комитетом. Уколико је план очувања запослења предмет једностраног акта послодавца, исти нема неограничену нормативну слободу у погледу одређивања обима примене критеријума, већ закон прописује да организациони ниво на коме ће бити примењени критеријуми не може бити испод тзв. "зоне запошљавања" (*zone d'emplois*) у којој се налазе организациони делови погођени редукцијом послова, при чему се под тзв. "зоном запошљавања" подразумева географски реон у којој живи и ради претежни део запослених и у коме постоји највећа расположивост радне снаге потребне за рад односног организационог дела.

⁴⁹⁸ *Code du travail*, L. 2313-8.

⁴⁹⁹ M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 141. Историјски, појам "економско-социјалних јединица" настао је у јуриспруденцији Касационог суда, између осталог и у циљу спречавања послодавца да путем поделе компанија и следственог смањења броја запослених испод одређеног пензуса, избегну социјалне обавезе везане за одређени минималан број запослених и укупан број запослених код послодавца.

⁵⁰⁰ У вези са наведеним, интересантно је приметити да је у јуриспруденцији француског Касационог суда заузет став да послодавац није овлашћен да запослене који обављају исте активности вештачки дели на различите професионалне категорије, руководећи се тиме да они у свом раду користе машине различитих генерација, осим уколико докаже да рад на тим машинама захтева специфичне или додатне обуке, које послодавац није дужан да обезбеди запосленима. (Soc. 27 Mai 2015, no. 14-11688, FS-P+B), нав. према : , стр. 139.

запослених који су на референтном нивоу поређења *узајамно заменииви*, због сличности послова које обављају и поседовања истих професионалних знања и вештина.

4.5.2.2. Начин примене критеријума у италијанском праву

Критеријуми за селекцију запослених се, по правилу, примењују *на нивоу целе компаније*, а не само на нивоу организационих делова у којима долази до редуковања активности. У јуриспруденцији Касационог суда се изражава схватање да избор запослених не може бити ограничен на оне који раде у сектору или јединици чије је гашење или смањење планирано, уколико ти запослени, на основу својих професионалних вештина, могу да обављају друге послове, у другим организационим деловима компаније, на којима раде други запослени са истим професионалним вештинама, већ ће у том случају *сви запослени са истим професионалним вештинама* бити подвргнути примени критеријума за селекцију запослених којима ће бити отказан уговор о раду. То практично значи да у поступку *колективног отпуштања без посла може остати запослени чији послови уопште нису погођени гашењем или редукцијом*, уколико је применом критеријума на њега пао избор за отказ уговора о раду⁵⁰¹. Штавише, у јуриспруденцији судова се изражава становиште да обавезност овог начина примене критеријума не депласира евентуална чињеница да би задржавање запослених захтевало промену места рада и следствено повећавање трошкова за компанију, односно да је послодавац дужан да и у том случају поступи на наведени начин⁵⁰².

Од претходног правила да се критеријуми морају применити на све међусобно заменииве запослене у компанији, *дозвољено је одступити искључиво уколико је ограничавање критеријума на запослене организационог дела који се гаси или редуктује, природна последица специфичних организационих потреба* које индикују смањење броја запослених, а не последица једностране одлуке послодавца. Међутим, послодавац је у овом случају дужан да синдикату јасно предочи разлоге због којих премештај запослених у

⁵⁰¹ Пресуде Касационог суда у предметима 4678/2015, 22655/2012, 13705/2012, 2429/2012, нав. према: М. Влатман, *оп. cit.*, Ф. Сирсигито, *оп. cit.*, стр. 262. Аутор посебно указује на недавну пресуду Касационог суда број 203/2015, донету у случају затварања одељења одржавања возила, којом је суд оценио да се не може сматрати легитимним ограничавање примене критеријума само на запослене у том организационом делу, посебно када се има у виду да су неки од њих радили као возачи у одељењу транспорта и да могу бити премештени на те послове.

⁵⁰² Пресуда Касационог суда у предмету 17177/2013.

друге пословне јединице не би био могућ или целисходан, тако да синдикат може да провери наводе послодавца и формира свој став⁵⁰³.

4.5.2.3. Начин примене критеријума у немачком праву

Обавеза примене критеријума или социјалног избора, како се иста назива у немачком праву, законом је прописана *увек када послодавац отказује запосленом уговор о раду због хитних оперативних потреба предузећа*⁵⁰⁴, с тим што је у јуриспруденцији Савезног радног суда заузет став да је од ове обавезе *изузет послодавац који жели затворити погон или део погона* "што је пре могуће" (*schnellstmöglich*)⁵⁰⁵.

Изузетак од обавезе примене критеријума законом је прописан за случај *када послодавац и савет запослених*, у случају увођења пословних промена у складу са §111 Закона о саветима запослених, *заједнички утврде листу вишкова запослених* који ће бити отпуштени у име *помирења интереса* између послодавца и савета запослених. Наиме, овакви откази ће се сматрати оправданим хитним оперативним потребама предузећа, а учињен социјални избор суд ће моћи да оцењује искључиво са аспекта крупних грешака.⁵⁰⁶

У јуриспруденцији и претежном делу литературе заузето је становиште да се социјални избор врши *на нивоу целог погона* у коме престаје потреба за радом одређеног броја запослених. Социјални избор *може превазићи оквире једног погона* (*betriebsübergreifende Sozialauswahl*) *код примене меџа за запошљавање*, у ситуацији када је између запослених у више погона који се истовремено исказују као вишак потребно извршити селекцију кандидата којима ће бити обезбеђено неко од ограниченог броја слободних радних места у циљу наставка запослења. С друге стране, примену критеријума никада није дозвољено вршити на нижим организационим деловима унутар погона, односно на деловима погона.⁵⁰⁷

⁵⁰³ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 262.

⁵⁰⁴ Код отказа због способности или понашања запосленог не постоји обавеза спровођења социјалног избора, јер се селекција запослених врши на основу саме примене отказних разлога.

⁵⁰⁵ С друге стране, послодавац који је одлучио да затвори погон у етапама није поштеђен обавезе социјалног избора. BAG 20.1.1994, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Konzern; BAG 7.7.2005, AP Nr. 136 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 217.

⁵⁰⁶ §1 (5) Закона о заштити од отказа.

⁵⁰⁷ Обавеза социјалног избора постоји и уколико се вишак запослених појави у вези са преносом погона или дела погона на другог послодавца. У том случају, послодавац претходник има право да пре преноса погона изврши селекцију запослених, али је социјални избор ограничен искључиво на запослене погона који се преноси, тако да се селекција применом прописаних критеријума врши само између тих запослених и не може бити проширена на запослене других погона послодавца претходника, нити на запослене послодавца следбеника коме се припаја овај погон, односно део погона. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 218-219.

Социјални избор не врши се, међутим, између свих запослених у погону, већ искључиво између запослених који су "погођени истом пословном потребом"⁵⁰⁸, што подразумева да им (1) непосредно прети отказ⁵⁰⁹ и да су (2) међусобно упоредиви (*vergleichbar sind*), односно *узајамно замењиви (austauschbar sind)* са аспекта (1) квалификација, односно способности и знања (*qualifikationsmäßige Vergleichbarkeit*) и (2) садржаја уговора о раду (*arbeitsvertragliche Vergleichbarkeit*)⁵¹⁰, при чему је одређивање упоредивих запослених могуће вршити искључиво између запослених на истом хоризонталном нивоу (*horizontale Vergleichbarkeit, derselbe Ebene der Betriebshierarchie*).⁵¹¹ Из круга упоредивих запослених изузимају се запослени који уживају заштиту од колективног отпуштања, без обзира на своје квалификације и садржај уговора о раду⁵¹².

Приликом одређивања упоредивих радника *са аспекта квалификација* узимају се у обзир не само запослени на истом радном месту, односно запослени који обављају исти рад за чије су обављање потребне исте квалификације⁵¹³ (*arbeitsplatzbezogene Merkmale*), већ и сви други запослени који, с обзиром на своје стручне квалификације⁵¹⁴ и дотадашње радно искуство у предузећу, могу обављати рад друге врсте, али једнаке вредности⁵¹⁵ (*andersartige, aber gleichwertige Arbeit*).

Значај *садржине уговора о раду* приликом одређивања упоредивих радника састоји се у томе што запослени нису упоредиви ако послодавац не може запосленог једнострано (променом уговора или отказом са понудом измењеног уговора о раду) преместити на друго радно место (клаузула о премештају, *Versetzungsklausel*).⁵¹⁶ У

⁵⁰⁸ BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB; BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 219.

⁵⁰⁹ BAG 2.3.2006, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl; BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁵¹⁰ S. Laleta, *op. cit.*

⁵¹¹ *Ibid.*, стр. 220. У социјални избор не могу бити укључени запослени којима уговор о раду не може бити отказан због оперативних потреба предузећа. Стога, уколико је неко радно место постало сувишно, послодавац нема право да у социјални избор укључи запослене на радним местима са бољим или лошијим условима рада, односно запослене чија радна места нису угрожена, јер би то представљало задирања у права трећих, који би у том случају, без икаквог оправданог разлога, били изложени опасности од губитка посла

⁵¹² European Network of Legal Experts, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, стр. 1, <http://www.labourlawnetwork.eu>, стр. 72.

⁵¹³ Наведено разликовање потиче отуда што је у немачком праву могуће уговорити да ће запослени обављати разноврсна задужења, која нису стриктно у опису одређеног радног места или у оквиру одређеног погона, већ обухватају варијетете радних задатака које запослени, спрам својих знања и искустава, може да испуњава. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 220.

⁵¹⁴ За утврђивање упоредивости радника према квалификацијама у обзир се могу узети објективна обележја (формална квалификација запосленог, пре свега стручно образовање, припадност одређеној професији или истом хијерархијском нивоу у предузећу), као и субјективна обележја (индивидуална знања и способности, способност и спремност обављања рада, сениорат, професионално образовање, животна доб, здравствене сметње за обављање рада и слично). Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁵¹⁵ BAG 17.9.1998, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 219.

⁵¹⁶ BAG 23.11.2004, AP Nr. 70 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 220.

случају несагласности између уговором преузете обавезе рада и рада који запослени фактички обавља, примат има оно што је стипулисано уговором о раду⁵¹⁷.

4.5.2.4. Начин примене критеријума у хрватском праву

Хрватски легислатор је веома штуро регулисао питање критеријума којима је послодавац дужан да се руководи приликом пословно условљеног отказа уговора о раду, не индикујући круг радника на које се критеријуми имају применити.

Стога су правила о начину примене критеријума углавном плод хрватске доктрине и јуриспруденције хрватских судова, при чему се као централни јављају следећи проблеми: (1) проблем идентификације организационог нивоа на коме треба применити критеријуме, конкретно да ли се под опсег примене критеријума стављају сви запослени код послодавца код кога је настао вишак радника, или само запослени у организационим јединицима у којима долази до престанка потребе за радом радника због гашења њихових радних места или смањења потребног броја извршилаца на радном месту, као и (2) проблем одређивања упоредивих радника, конкретно да ли се пореде сви запослени код послодавца, или само запослени у организационим деловима у којима се исказује вишак, или само запослени на радним местима на којима престаје потреба за радом радника или нешто четврто.

Проблем идентификације организационог нивоа на коме треба применити критеријуме, барем на први поглед, не би требало да буде тежак, с обзиром да се у хрватском праву колективни вишак запослених утврђује на нивоу целог послодавца, а не његових организационих делова (погона), па би било за очекивати да је референтна јединица за примену критеријума послодавац. Међутим, у хрватској јуриспруденцији по овом питању не постоји конзистентан став, тако да се у делу одлука исказује став да се критеријуми морају применити на нивоу послодавца као целине, док се у делу одлука као референтни ниво посматра организациони део на коме се исказује вишак⁵¹⁸.

⁵¹⁷ S. Laleta, *op. cit.*

⁵¹⁸ Тако, Врховни суд је у једном спору прихватио утврђивање вишка радника на нивоу сваке дислоциране подружнице (VSRH, Revr-18/05-2 од 09.03.2005.), а такав приступ је често присутан и у споровима против банака које послују на целој територији Хрватске, где Врховни суд прихвата посебно утврђивање вишка за сваку појединачну организациону јединицу (VSRH, Revr-299/07 од 23.05.2007.). Сасвим супротно, у предмету у коме је вишак запослених утврђиван на нивоу подручне школе, Врховни суд је оценио да је школа послодавац, те да стога у поређење треба укључити све запослене на нивоу школе, а не само оне који раде у подручној школи у којој је настао вишак (VSRH, Revr-611/04-2 од 09.03.2005.). Слично становиште Врховни суд је заузео у издавачкој кући, оценивши да се социјални избор мора спровести на нивоу свих запослених са истим уговором о раду, а не на нивоу појединачних редакција (VSRH, Revr-1610/11-2 од 20.06.2012.). На овај је начин резоновао и Жупанијски суд у Бјеловару, када је оценио да у случају престанка потребе за радом одређеног броја радника

Проблем одређивања упоредивих радника заснован је на потреби да се идентификују запослени који се могу поредити са аспекта чињеничног и правног стања, будући да би у социјални избор требало да буду укључени само радници "који су у истом положају".⁵¹⁹ У доктрини се истиче да се упоредивост радника може оцењивати са аспекта (1) обележја радног места, односно рада који обавља радник одређених способности и знања (*хоризонтална упоредивост*), која се сматра оптималном⁵²⁰ и (2) садржаја уговора о раду, за коју се указује да је у литератури спорна због тога што се обавеза рада може уговором о раду дефинисати флексибилно и проширити могући круг упоредних радника, или се узети само за једно радно место, у ком случају је круг упоредивих радника знатно мањи⁵²¹.

4.5.3. Врсте критеријума

4.5.3.1. Врсте критеријума у француском праву

Законик о раду прописује да се, у ситуацији када критеријуми нису утврђени колективним уговором, већ их утврђује послодавац кроз процес консултација са Социјално-економским комитетом, следећи критеријуми морају бити узети у обзир: (1) *породичне обавезе*, при чему се посебно узимају у обзир самохрани родитељи, (2) *сениорат*, односно дужина трајања радног односа код послодавца, (3) *околности које запосленом отежавају могућност новог запошљавања*, посебно инвалидитет или старије животно доба и (4) *професионалне квалификације* које се оцењују према категоријама.

Законик не прописује хијерархију предвиђених критеријума, већ овлашћује послодавца да редослед примене и вредновање критеријума одреди на начин који сматра целисходним, тако да *послодавац може одабрати један од законом предвиђених*

због затварања једног од више градилишта на којима послодавац обавља своју делатност, отказивање уговора о раду радницима који су рад обављали на том градилишту није допуштено (законито) ако послодавац законом прописане критеријуме (радни стаж, животну доб, социјалне прилике) није узео у обзир и применно и на остале своје раднике који послове исте врсте обављају на његовим осталим (незатвореним градилиштима). Нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 17, 90; Н. Orešić, op. cit., стр. 5.*

⁵¹⁹ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 398.*

⁵²⁰ С. Лалеа сматра да круг радника који улазе у социјални избор не треба широко тумачити, већ да је прихватљиво остати у границама упоредивости радног места, односно способности и знања радника, дакле хоризонталне упоредивости, док вертикална упоредивост (разлика у хијерархијској позицији) није прихватљива, јер ствара правну несигурност. *S. Laleta, op. cit., стр. 221-222.* На истом становишту стоји и проф. Поточњак, који своју основну премису да у социјални избор треба да буду укључени само радници *који су у истом положају* развија у том правцу да се, уколико међу начелно упоредивим радницима (на пример, са аспекта стручне спреме), постоје знатне разлике у успешности у раду, круг упоредивих радника сужава само на оне који су једнако успешни, закључујући да "по критеријуму социјалног избора послодавац није дужан отказати способнијем раднику који има мање обавезе издржавања од неког мање успешног радника који има веће обавезе издржавања". *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 398.*

⁵²¹ *S. Laleta, op. cit., стр. 219-220.*

критеријума као основни критеријум, али не сме игнорисати остале критеријуме, већ је дужан узети их у обзир и валоризовати их према сопственом нахођењу⁵²².

Послодавац је обавезан да запосленог, на писани захтев, у року од 10 дана писаним путем упозна са начином примене и врстама критеријума за селекцију⁵²³. Пропуштање послодавца да запосленог обавести о критеријумима којима се руководио приликом отказивања уговора о раду представља формални недостатак решења о отказу, док погрешна примена критеријума представља материјални недостатак отказа.

4.5.3.2. Врсте критеријума у италијанском праву

Као што је већ претходно речено, италијански законодавац је критеријуме које је послодавац дужан да примени приликом селекције запослених којима ће отказати уговоре о раду као допунско-диспозитивне, односно обавезне само ако социјални партнери исте не утврде колективним уговором на нивоу компаније. Уколико критеријуми не буду утврђени колективним уговором, следећи критеријуми се примењују непосредно: (1) техничке, производне и организационе потребе компаније, (2) породичне обавезе запосленог и (3) сениорат⁵²⁴.

Потребе компаније изражавају се на два начина: *прво*, круг запослених између којих ће бити извршена селекција применом критеријума, тако што се на основу производно-техничких и организационих потреба компаније, одређују послови за којима престаје потреба и упоредиви послови, а тиме сужава круг запослених на које ће бити примењени критеријуми и, *друго*, приликом самог одабира запослених један од одлучујућих критеријума су производно-техничке и организационе потребе компаније, тако да запослени са најбољим резултатима добијају приоритет заостанак на раду⁵²⁵.

С друге стране, легислатор уважава и потребу за минимизирањем негативних социјално-економских последица колективних отпуштања, тако да обавезује послодавца да као критеријум узме у обзир и *обавезе издржавања које терете запосленог*, које несумњиво утичу на тежину последица губитка посла за запосленог.

Коначно, законодавац је као критеријум прописао и *сениорат*, чиме уважава и

⁵²² *Code du travail*, L. 1233-5.

⁵²³ *Ibid.*, стр. 139.

⁵²⁴ *Legge 223/91*, чл. 5.

⁵²⁵ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 261.

лојалност запосленог, односно трајање његове везе са компанијом, које му може представљати и отежавајућу околност приликом проналажења новог запослења.

Послодавац код кога колективним уговором нису одређени критеријуми дужан је да узме у обзир и примени сва три законска критеријума, али није дужан да им прида исту важност, већ је *самосталан у рангирању и вредновању сваког од наведених критеријума*⁵²⁶.

С друге стране, уколико на нивоу компаније постоји консензус социјалних партнера у погледу утврђивања критеријума за селекцију запослених, они су аутономни у њиховом одабиру и имплементацији у текст колективног уговора, тако да се колективним уговором могу (али не морају) утврдити сасвим другачији критеријуми од законом прописаних⁵²⁷.

Овлашћења социјалних партнера на утврђивање критеријума нису, међутим, неограничена, већ су омеђена чињеницом да иста представљају законом поверена регулаторна овлашћења, те стога критеријуми морају уважавати императивне законске норме и изражавати објективност и рационалност⁵²⁸. У том контексту, у јуриспруденцији Касационог суда је заузет став да критеријуми не смеју бити дискриминаторски и да се приликом селекције запослених којима ће бити отказани уговори о раду, уз уважавање разлога који су индуковали смањење броја запослених, мора водити рачуна о потреби за минимизирањем негативних социјалних последица колективних отпуштања, тако да избор запослених којима ће бити отказани уговори о раду треба, да падне на оне који ће из одређених разлога (међу којима и личних), у случају отказа *претрпети најмању штету*⁵²⁹. Такође треба указати и на интересантно решење италијанског права које посебно афирмише родну равноправност, будући да је законом императивно прописано да селекција запослених не може бити таква да проценат отпуштених жена (или "стављених у мобилност") буде виши од процента жена које обављају исте послове⁵³⁰.

Поред наведеног, критеријуми морају бити прописани тако да буду провериви у току примене, што имплицира објективност, без остављања могућности дискреционих оцена које би релативизовале критеријуме и учиниле их

⁵²⁶ *Ibid.*, стр. 263.

⁵²⁷ *Ibid.*, стр. 262-263. Тако, на пример, у јуриспруденцији италијанских судова прихваћено је становиште да се као критеријум може предвидети испуњавање услова за пензију, тако да се предност за останак на раду да запосленима који не испуњавају услове за пензију, будући да постоји схватање да ће запослени који могу да остваре право на пензију бити мање социјално угрожени, с обзиром да ће зараду заменити пензијом.

⁵²⁸ Пресуда Уставног суда број 268/1994, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 262.

⁵²⁹ Пресуда Касационог суда број 6959/2013, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*

⁵³⁰ *Legge 223/91*, чл. 5, ст. 2.

нетранспарентним, чак ни у виду изузетка од примене објективно предвиђених критеријума. Тако, на пример, уколико је као критеријум одабран сениорат, исти не може накнадно бити коригован установљавањем допунског критеријума у виду поседовања одређених професионалних вештина од стране запосленог⁵³¹.

4.5.3.3. Врсте критеријума у немачком праву

Као што је већ било речи, немачки легислатор је таксативно прописао критеријуме које је послодавац дужан применити приликом вршења социјалног избора запослених који остају без посла због хитних оперативних потреба предузећа, и то су: (1) *сениорат*, (2) *године живота* запосленог, (3) *обавезе издржавања* које терете запосленог и (4) *тешка инвалидност*.

Сениорат представља дужину трајања радног односа код послодавца и подразумева непрекинуту радноправну везу запосленог и послодавца. Није релевантно, дакле, трајање рада у погону у коме запослени ради у време исказивања вишка, већ укупно време проведено у радном односу код послодавца.⁵³²

Године живота запосленог представљају посебно деликатан критеријум, с обзиром на забрану дискриминације по основу година живота, установљене у комунитарном праву Директивом број 2000/78/ЕЗ, са резервом да се критеријум старости неће сматрати дискриминаторским "ако је објективно и разумно оправдан законитим циљем" (члан ба Директиве). Стога је уобичајено да се овај критеријум примењује као коректив, а да се приоритет даје другим критеријумима.⁵³³

Обавезе издржавања које терете запосленог подразумевају, иако то законодавац није експлицитно прописао, само законске обавезе издржавања. Како се у литератури истиче, овај критеријум представља својеврстан коректив критеријумима сениората и годинама живота, који фаворизују старије раднике, будући да обавезе издржавања претежно терете млађу популацију.⁵³⁴

⁵³¹ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 262.

⁵³² Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 223. У обзир се узима само непрекинуто трајање радног односа, укључујући и периоде евентуалног мировања радног односа, тако да се евентуалан претходни радни однос запосленог код послодавца неће узети у калкулацију, изузев (1) ако се постојећи радни однос непосредно надовезао на претходни, или (2) ако између претходног и садашњег радног односа постоји стварна, унутрашња повезаност. У изузетним случајевима, послодавац и запослени се могу договорити да се у трајање радног односа урачуна период када је запослени био члан управе послодавца или када је био запослен у другом погону, односно предузећу у оквиру истог концерна, с тим што су такви споразуми без правног дејства уколико би њиховом применом социјални избор био извршен на штету других запослених.

⁵³³ *Ibid.*, стр. 224.

⁵³⁴ *Ibid.*, стр. 225. Приликом примене овог критеријума се у судској пракси се сматрају релевантним следећи елементи, на основу којих се процењује висина трошкова издржавања: број особа које је запослени дужан издржавати и држава у којој те особе живе, а може се узети у обзир и околност да ли брачни друг запосленог

Тешка инвалидност, као критеријум, прописан је најкасније,⁵³⁵ у циљу допунске заштите која је другим законским механизмима установљена за ову категорију лица. Наиме, као што је већ било речи, запосленима са тешким инвалидитетом не може бити отказан уговор о раду без сагласности надлежне управне агенције. Уколико се, међутим, особе са тешким инвалидитетом и укључе у социјални избор, послодавац је дужан да постојање инвалидитета валоризује приликом социјалног избора, а став јуриспруденције је да таква обавеза егзистира чак и ако инвалидност није утврђена у законом прописаном поступку.⁵³⁶

Према ставу Савезног радног суда, не постоји опште мерило према коме би се утврђивао међусобни однос појединих критеријума, већ он зависи од тренутног индустријског, привредног, социјалнополитичког развоја, као и развоја тржишта рада⁵³⁷. То практично значи да сви критеријуми имају исту важност, а послодавац има одређено подручје слободне оцене⁵³⁸ значаја појединачних критеријума, као и њиховог међусобног односа, те давању предности неком од критеријума (не искључујући притом остале критеријуме из коначне оцене).

У циљу постизања што већег степена транспарентности својих одлука, послодавац је *дужан* да процену критеријума социјалног избора утемељи на унапред утврђеним *смерницама избора* (*Auswahlrichtlinien*), које могу имати облик скале бодова за поједине критеријуме (*Punkteschema*)⁵³⁹. Ипак, упркос постојању законског основа за аутономно доношење смерница и транспарентном поступању, за послодавца постоји ризик да суд у случају спора, чак и под претпоставком да су сви критеријуми узети у обзир, дође до закључка да исти нису цењени у довољној мери и одговарајућој сразмери.

Овај ризик послодавац може значајно умањити уколико се одрекне права да самостално одређује редослед примене и однос појединачних критеријума, те кроз социјални дијалог, колективним уговором или радним споразумом предузећа, утврди *колективне смернице за избор* (*kollektive Auswahlrichtlinien*) у договору са

остварује примања. Притом, одлучујуће за примену овог критеријума је да законска обавеза издржавања постоји у моменту отказа, без обзира на то да ли је запослени ефективно испуњава.

⁵³⁵ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 129. Претходна три критеријума иницијално су била прописана законским изменама из 1996. године, да би 1999. године били брисани из закона, а онда 2004. године поново имплементирани, када је додата и четврта врста критеријума – тешка инвалидност.

⁵³⁶ BAG 17.3.2005, AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 226.

⁵³⁷ BAG 24.3.1983, AP Nr. 12 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 228.

⁵³⁸ BAG 21.7.2005 AP Nr. 50 zu § 113 BetrVG 1972; BAG 5.12.2002, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 230.

⁵³⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 231.

представницима запослених⁵⁴⁰. Треба нагласити да ни колективним смерницама избора, као ни аутономним смерницама избора које доноси послодавац, није дозвољено дерогирати законска правила која се односе на врсте критеријума, односно *не могу се додавати закону непознати критеријуми, нити елиминисати било који од законом прописаних критеријума*, чиме је дата предност правној сигурности у односу на социјални дијалог. Сврха уговарања колективних смерница за избор није, дакле, уговарање алтернативних критеријума, већ искључиво постизање транспарентности и објективности приликом рангирања и вредновања законских критеријума кроз квалитетан социјални дијалог послодавца и представника запослених. Консеквентно, немачки легислатор је значајно редуковао овлашћења суда на испитивање критеријума који су предмет колективних смерница за избор и свео их на испитивање евентуалног постојања крајње грешке (*grobe Fehlerhaftigkeit*) што представља правну контролу, а не контролу садржаја и правичности⁵⁴¹. У литератури се истиче да је управо ова редукација судске власти у случају постојања колективних смерница резултирала тиме да савети запослених у пракси веома ретко иницирају преговоре за њихово закључење, јер не желе да преузму одговорност за отпуштања, односно не желе да запосленима ускрате могућност оспоравања отказа, до чега неминовно долази у случају закључења споразума о колективним смерницама избора⁵⁴².

Истовремено, како уважавање социјално-економских интереса запослених не би резултирало негативном селекцијом, која би се одразила на квалитет кадровске структуре и дугорочно имала штетне ефекте на пословање које се управо жели унапредити мером колективног отпуштања, законодавац је *послодавцима дао могућност да од примене критеријума изузму запослене чији остатак у предузећу послодавац сматра важним из индивидуалних разлога на страни запосленог или структурних разлога на страни предузећа*.

⁵⁴⁰У погонима у којима постоји савет запослених, за примену смерница избора и скале бодова потребна је сагласност овог тела, чиме се настоји осигурати примерена заштита интереса радника приликом социјалног избора, посебно оцењивања појединих критеријума. Ово се односи не само на општу скалу бодова која ће се примењивати за све будуће отказе због оперативних потреба предузећа, него и када послодавац жели да примени скалу бодова на конкретан предстојећи отказ. (BAG 5.12.2002, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl). Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*. У складу са §§ 95 (1) и (2) Закона о саветима запослених, у случају изостанка сагласности савета запослених по питању смерница избора или њихове садржине, послодавац може захтевати да се спор реши пред арбитражним комитетом, чија одлука тада замењује споразум послодавца и савета запослених о смерницама избора. Код послодавца који броје више од 500 запослених, савет запослених има право да захтева закључење споразума којим ће се заједнички утврдити колективне смернице за избор, а уколико између послодавца и савета запослених настане спор око закључења самог споразума или садржине колективних смерница за избор, спор ће решити арбитражни комитет, чија ће одлука заменити споразум између послодавца и савета запослених.

⁵⁴¹ Крајња грешка постоји када законски критеријуми социјалног избора, објективно посматрајући, уопште нису узети у обзир или је очигледно да су недовољно, односно потпуно неравномерно узети у обзир, без упуштања у мотиве таквог поступања. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 232.

⁵⁴² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 131.

Индивидуални разлози мотивисани су оправданим интересима предузећа да задржи у радном односу запослене чија специфична знања, способности или радни учинак могу дати позитиван допринос пословним резултатима. Изузимање се врши тако што (1) послодавац најпре утврђује круг упоредивих запослених, потом (2) врши избор применом социјалних критеријума и на крају (3) одлучује о потреби задржавања одређеног броја запослених, ако то налаже оправдани интерес предузећа због њиховог знања, способности или радног учинка. Притом, разлози којима се послодавац руководи приликом доношења одлуке о изузимању одређеног запосленог из круга запослених на које се примењује социјални избор морају бити стварни и разумни, а исти морају бити јачи што је тежа социјално-економска ситуација на страни запосленог коме због тог изузимања прети отказ.⁵⁴³

Структурни разлози изузимања запослених из социјалног избора мотивисани су потребом да се због оправданих интереса погона обезбеди *усклађена структура запослених* (*ausgewogene Personalstruktur*), која се у сваком појединачном случају процењује с обзиром на циљеве предузећа и начин њиховог остварења. Структура запослених је комплексан правни појам, коју је Савезни радни суд протумачио као "спречавање превелике старости особља због социјалног избора у случају већег броја отказа"⁵⁴⁴, али се у литератури истиче да у обзир долазе и други аспекти, као што су, на пример, потреба за усклађивањем броја запослених у радном односу на неодређено и одређено време, са пуним и непуним радним временом, или потреба за постизањем родне равноправности. С друге стране, иако би синтагма "усклађена структура запослених" могла звучати и као легитиман правни оквир и средство за унапређивање, односно побољшање кадровске структуре, Савезни радни суд оцењује до то не би било дозвољено⁵⁴⁵. Изузимање запослених због структурних разлога захтева (1) претходну поделу упоредивих запослених у подгрупе, које послодавац формира према сопственој диспозицији, водећи рачуна да исте не буду ни прешироке (како би се могла остварити сврха њиховог формирања), нити преуске (како би се избегле злоупотребе), након чега се примена социјалног избора врши у оквиру формираних група. Тако је, на пример, дозвољено формирање старосних група, где се као мерило узима распон од 10 година живота, а онда примењивати социјалне критеријуме у оквиру сваке старосне групе.⁵⁴⁶

⁵⁴³ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 229.

⁵⁴⁴ BAG 9.11.2006, AP BGB § 311 a Nr. 1. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 229-230.

⁵⁴⁵ BAG 23.11.2000, AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 230.

⁵⁴⁶ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

Немачки послодавац је дужан да, пре отказивања уговора о раду, *обавести савет запослених о извршеном социјалном избору*, при чему то обавештење мора укључити (1) критеријуме социјалног избора и њихову важност, те (2) оправдане интересе предузећа који су детерминисали изузимање одређених запослених из социјалног избора, као и (3) списак запослених који су били укључени у социјални избор⁵⁴⁷.

С друге стране, обавеза обавештавања запосленог о примењеним критеријумима је мањег значаја, тако да је *послодавац у обавези да га обавести о критеријумима искључиво на изричит захтев запосленог*, који може бити и неформалан. Евентуално непоступање послодавца по захтеву запосленог неће бити санкционисано незаконитошћу или неоправданошћу отказа, али ће створити право запосленог на накнаду штете, односно накнаду трошкова судског поступка који не би покренуо да је знао за чињенице релевантне за социјални избор, које би му омогућиле да унапред процени могућност успеха и процесне ризике у евентуалном спору о законитости отказа.⁵⁴⁸

На крају, треба рећи да *евентуалне грешке у примени претходно описаних правила приликом вршења социјалног избора неће аутоматски узроковати незаконитост*, односно неоправданост отказа, већ се у спору може утврђивати да ли је грешка имала за последицу погрешан одабир запосленог или би иста последица настала и да је социјални избор био тачан, с тим што ће терет доказивања ове чињенице бити на послодавцу.⁵⁴⁹

4.5.3.4. Врсте критеријума у хрватском праву

Критеријуми којима је послодавац дужан да се руководи приликом пословно условљеног отказа су (1) *трајање радног односа*, (2) *старост* запосленог и (3) *обавезе издржавања* које га терете⁵⁵⁰. Овако одређени критеријуми несумњиво имају за циљ да се, како то сликовито каже проф. Поточњак, "уговор о раду откаже оном раднику који ће најлакше поднети последице отказа"⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, стр. 233.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

⁵⁴⁹ *Ibid.*, стр. 231-232.

⁵⁵⁰ Хрватски закон је преузео све критеријуме социјалног избора из немачког права (сениорат, старост, обавезе издржавања које терете радника и инвалидитет), али је последњим законским реформама (из 2014. године) изузео критеријум тешког инвалидитета. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 222. Тиме је смањен ниво заштите од отказа радника са инвалидитетом, будући да је иста сведена на релативну заштиту од отказа (отказ условљен сагласношћу радничког већа), без могућности да им се применом критеријума обезбеди предност за останак у радном односу.

⁵⁵¹ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 397.

Приликом прописивања критеријума *трајања радног односа* хрватски законодавац није прописао да ли се ради о трајању радног односа код тог послодавца или о укупном радном стажу који постоји код конкретног радника, због чега се у литератури указује да би било исправно узети све околности конкретног случаја, па би између два радника који имају приближно једнак укупан стаж, требало уважити чињеницу који од њих има дужи стаж код послодавца⁵⁵².

Критеријум старости би имплицирао давање предности за останак на раду старијим радницима, при чему треба имати у виду и да радници са навршених 60 година живота уживају релативну заштиту од отказа, односно исти им може бити дат искључиво уз претходну сагласност радничког већа.⁵⁵³

Коначно, закон не одређује ни која обавеза издржавања се сматра релевантном за *критеријум обавеза издржавања које терет запосленог*, те се у том смислу указује на круг лица које је запослени дужан издржавати у складу са одредбама Породичног закона (*Obiteljski zakon*).⁵⁵⁴

Закон није прописао узајаман однос прописаних критеријума (значај и редослед примене), због чега доктрина и јуриспруденција стоје на заједничком становишту да је послодавац слободан у процени које ће значење дати појединим од наведених социјалних критеријума⁵⁵⁵. Избор послодавца, међутим, не сме бити злонамеран, а отказ изречен без узимања у обзир критеријума социјалног избора или уз злонамерно поступање при социјалном избору, ништав је⁵⁵⁶. Према становишту Врховног суда, "законска обавеза послодавца је да води рачуна о критеријумима приликом одлучивања које ће раднике задржати на раду. Но његово је аутономно право да одлучује којем ће критеријуму дати предност приликом одлучивања којим ће радницима отказати, а којима, у датим околностима, понудити друго радно место и задржати их на раду."⁵⁵⁷

У литератури се налази и на експлицитно пледирање за проширење листе критеријума узимањем у обзир радних резултата запосленог, са различитом аргументацијом. Тако, као што је већ било речи, проф. Поточњак сматра да, ако међу радницима постоје значајне разлике у раду, у упоредивој групи треба да се нађу само они који су једнако успешни, односно да по критеријуму социјалног избора

⁵⁵² Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 5.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵⁵ VSRH, Revr-203/05-2 од 19.07.2005. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 90.

⁵⁵⁶ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", нав. *op. cit.*, стр. 397.

⁵⁵⁷ VSRH, Revr-45/04 од 11.05.2004., VSRH, Revr-87/04 од 05.05.2004., VSRH, Revr-211/04 од 11.01.2005 Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 230-231.

послодавац није дужан да откаже уговор о раду способнијем раднику, који има мање обавезе издржавања од неког мање успешног радника који има веће обавезе издржавања⁵⁵⁸. С. Лалета такође сматра критеријум успешности значајним са становишта послодавца и његове предузетничке политике, те истиче да би овај критеријум могао бити важан чак и за искључење радника из социјалног избора по угледу на немачко право (а не само као супсидијарни критеријум), али уз утврђивање одређених објективних мерила, како радник не би био у потпуности препуштен оцени послодавца, што би водило правној несигурности⁵⁵⁹.

За ову врсту критеријума залажу се и други аутори, аргументујући га потребама прагматичности, базирајући став на томе да се ослањањем само на социјалне критеријуме поступак заправо компликује, јер су у пракси ретке ситуације где запослени који су старији, са дужим стажом и већим обавезама издржавања стоје насупрот млађим запосленима са краћим стажом и мањим обавезама издржавања, што би примену законом прописаних критеријума чинило једноставном. Напротив, у животу су много чешћи случајеви када је потребно ставити у поређење критеријуме различитог садржаја, јер један радник има више година живота, други стажа, трећи теже обавезе издржавања и томе слично. У тој ситуацији, где је послодавац изложен обавези да пореди неупоредиво, потребно је положај радника посматрати у његовој укупности, односно кроз призму свих критеријума одједном. То значи да законитост одлуке о отказу у погледу примене социјалних критеријума зависи од тога да ли постоје околности које у својој укупности доводе радника у повољнији положај у односу на друге раднике са аспекта отказивања.⁵⁶⁰ Стога се оцењује да је за послодавца нешто једноставнија ситуација када се у обзир узме и критеријум успешности у послу, који може да представља тас на ваги који ће превагнути на страну квалитетнијег радника у случају када више радника има подједнаку социјалну ситуацију, што се сматра оправданим, јер нешто слабија социјална ситуација не би требало да лошем раднику обезбеди предност пред његовим савесним колегама, с тим да критеријум успешности на раду ипак не би смео да буде преовлађујући, већ само корективни критеријум⁵⁶¹.

Слично резонује и Врховни суд, који стоји на становишту да послодавац може одлучити да на послу задржи раднике који остварују *боље радне резултате*, иако

⁵⁵⁸ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 16-17.

⁵⁵⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 228.

⁵⁶⁰ VSRH, Rev-71/01 од 03.06.2003. Нав. према: Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 4.

⁵⁶¹ Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 8.

немају законских обавеза издржавања или дужину радног стажа као други радници, пошто је аутономно право послодавца да одлучи којој ће околности дати предност при одабиру коме ће од више радник дати пословно условљен отказ.⁵⁶² Не одступајући од схватања да сви критеријуми морају бити размотрени и примењени, највиша судска инстанца прихвата и ширу листу критеријума од успешности на раду, па тако оцењује да могућност остваривања накнаде за време незапослености до стицања права на привремену пензију може бити критеријум на коме ће се заснивати избор запослених којима ће престати уговор о раду⁵⁶³, али да то не може бити једини и искључиви критеријум⁵⁶⁴.

4.5.4. Забрањени критеријуми

4.5.4.1. Забрањени критеријуми у француском праву

У складу са општим начелом забране дискриминације у вези са отказивањем уговора о раду, постоји општа забрана примене дискриминаторских критеријума. Француско право садржи прописује критеријуме који се сматрају дискриминаторским, али та листа *numerus clausus*, тако да је могуће пред судом аргументовати и да законом непоменути критеријуми представљају забрањене дискриминаторске критеријуме⁵⁶⁵. У јуриспруденцији Касационог суда донет је значајан број одлука којима је утврђено да забрањене критеријуме представљају, између осталог: (1) *страно или неевропско порекло запосленог*, (2) *радни однос са непуним радним временом*, као и (3) *одсуство са рада ради неге детета*⁵⁶⁶.

4.5.4.2. Забрањени критеријуми у италијанском праву

Као што је већ претходно било речи, у јуриспруденцији Касационог суда је опште прихваћен став изражен у одлуци Уставног суда Италије број 268 од 30. јуна 1994. године, да колективним уговорима не могу бити предвиђени критеријуми за

⁵⁶² VSRH, Revr-443/08-2 од 26.11.2008. Нав. према: Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 10.

⁵⁶³ VSRH, Revr-298/07 од 04.07.2007. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 17.

⁵⁶⁴ VSRH, Revr-351/09 од 27.01.2010. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁵⁶⁵ Опширније у: Emmanuel Dockès, *Equality in Labour law: an economically efficient human right? reflections from a French law perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2002, стр. 190-192. Побројани критеријуми су: порекло, пол, обичаји, сексуална оријентација, године, породична ситуација, припадање или неприпадање, стварно или претпостављено, одређеној етничкој групи, нацији или раси, политичка уверења, синдикална активност, верска уверења, физички изглед, име, здравље, инвалидност и законито остваривање права на штрајк.

⁵⁶⁶ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 139.

селекцију запослених који садрже обележја дискриминације, базиране на синдикалном или политичком деловању, вероисповести, раси, полу или језику, односно који су као такви супротни члану⁵⁶⁷.

Такође, врло изражен у италијанском праву је принцип недискриминације жена, манифестован забраном да се критеријуми за селекцију запослених уговоре или примене на начин који би резултирао отпуштањем већег броја жена у односу на број жена ангажованих на референтним пословима⁵⁶⁸.

4.5.4.3. Забрањени критеријуми у хрватском праву

Хрватски закон не прописује забрањене критеријуме, али одређује разлоге због којих се запосленима не могу отказати уговори о раду, из чега индиректно произилази да исти не могу послужити ни као критеријуми за детерминисање вишка. То су: (1) *привремена спреченост за рад* због болести или повреде, (2) подношење жалбе или тужбе, односно *учествовање у поступку против послодавца* због повреде закона, другог прописа, колективног уговора или правилника о раду, односно обраћање радника надлежним телима државне власти, (3) *обраћање радника због оправдане сумње на корупцију* или у доброј вери подношење пријаве о тој сумњи одговорним лицима или надлежним државним органима (*whistleblowers, узбуњивачи*)⁵⁶⁹, (4) *организовање и учествовање у законитом штрајку*⁵⁷⁰ и (5) *извршење војне обавезе*, односно други послови у одбрани земље, у складу са посебним прописима⁵⁷¹.

4.6. Мере за запошљавање вишка запослених

4.6.1. Концепт мера за запошљавање

4.6.1.1. Концепт мера за запошљавање у француском праву

У француском праву генеричка дефиниција мера за запошљавање поприма своје право значење и пун смисао, будући да је пун акценат стављен на превенцију ситуација у којима ће послодавац уопште започети да разматра отпуштања

⁵⁶⁷ С. Bruni, *op. cit.*, стр. 17-18.

⁵⁶⁸ R. Del Punta, *op. cit.*, стр. 210.

⁵⁶⁹ ZRHR, čl. 117.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, чл. 215.

⁵⁷¹ *Ibid.*, чл. 224, ст. 8.

запослених, увођењем одређених мера, кроз споразуме о колективној мобилности, о сигурности запослења и друге сличне аранжмане, којима ће се очувати стабилност компаније и запослења кроз редукцију индивидуалних права запослених по уговорима о раду. Тек уколико тим мерама није могуће спречити отпуштања, послодавац може приступити отказивању уговора о раду из економских разлога,⁵⁷² али само ако запосленог није било могуће ни поред свих напора, који укључују и обезбеђивање обуке ради прилагођавања променама, преместити на друге послове исте или еквивалентне категорије код послодавца или у другим компанијама у оквиру групе којој послодавац припада, нити је било могуће преместити га, уз његову сагласност, на послове ниже групе у компанији или у оквиру исте групе.⁵⁷³

Генерално утврђивање и класификација мера за запошљавање, које представљају услов законитости отказа из економских разлога, предмет је закона или колективних уговора, односно интерних компанијских споразума. С друге стране, када у компанији настане акутна потреба за колективним отпуштањем, мере за запошљавање које је у конкретном случају могуће применити предмет су поступка информисања и консултовања послодавца и представника запослених, а коначно усвојене мере за запошљавање обавезују послодавца и представљају услов законитости колективног отпуштања.

Ниједно колективно отпуштање није лишено обавезе разматрања и примене свих расположивих мера за запошљавање, тако да је послодавац дужан да у сваком случају размотри и предложи конкретне мере за запошљавање, без обзира на број запослених којима планира да откаже уговоре о раду и без обзира на укупан број запослених код послодавца. Међутим, док је у случају колективног отпуштања *мање од 10 запослених у периоду од 30 дана и код послодавца који запошљавају мање од 50 извршилаца, акценат на информисању представника запослених о мерама за запошљавање које послодавац предлаже и оцењује као реално могуће, у случају "великих колективних отпуштања", која обухватају 10 или више запослених у периоду од 30 дана код послодавца са 50 или више запослених, акценат је на заједничком разматрању и договору о применљивим мерама за запошљавање, кроз поступак консултовања послодавца и представника запослених оличених у Социјално-економском комитету.*

Важно је напоменути да обезбеђивање мера за запошљавање није извршено самим њиховим предвиђањем у оквиру плана очувања запослења, већ тек њиховом

⁵⁷² M. Blatman, *op. cit.*, стр. 158.

⁵⁷³ Code du travail, L. 1233-4.

применом на сваког конкретног запосленог. Штавише, Касациони суд стоји на становишту да је "послодавац дужан да истражи све могућности примене мера којима се спречавају откази, без обзира да ли су исте садржане у плану очувања запослења, те да понуди расположиве послове сваком запосленом чије је отпуштање планирано"⁵⁷⁴.

4.6.1.2. Концепт мера за запошљавање у италијанском праву

У италијанском праву не постоји експлицитно појмовно одређење мера за запошљавање, али се из законских одредби закључује да мере за запошљавање представљају механизми који имају за циљ спречавање отказа или смањивање њиховог броја у највећој могућој мери, као и мере за отклањање негативних последица отказа који се не могу избећи.

Мере за запошљавање, поред критеријума за селекцију вишка запослених, стављене су у сам центар законске регулативе о колективним отпуштањима.

Прво, послодавац је, у свом иницијалном обраћању синдикату, дужан да наведе, између осталог, (1) разлоге техничке, организационе или продукционе природе који га уверавају да није могуће избећи нити смањити колективна отпуштања, као и (2) динамику спровођења отказивања и мера за суочавање са последицама отпуштања на социјалном плану, као и метода калкулације отпремнина⁵⁷⁵, што имплицира да је послодавац, пре започињања поступка колективног отпуштања, претходно дужан да размотри могућност избегавања или редукције броја отказа, односно олакшавања последица неизбежних отказа.

Друго, централна тема поступка консултовања послодавца и синдиката је управо могућност примена мера за запошљавање, и то (1) могућност другачије употребе свих или дела запослених који су вишак, на другим пословима у оквиру исте компаније, или кроз "солидарне уговоре" (*contratti di solidarietà*), или флексибилне форме организације радног времена (*forme flessibili di gestione del tempo di lavoro*), као и (2) могућност употребе пратећих мера усмерених на преквалификацију или доквалификацију отпуштених запослених (*la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati*)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Soc. 9. juillet 2015, no. 14-16009, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 172.

⁵⁷⁵ Legge 223/91, члан 4, став 3.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, члан 4, став 5.

Треће, у случају непостизања споразума између послодавца и синдиката, Биро за рад и максималну запосленост (*Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione*) у поступку медијације разматра могућност примене мера за запошљавање, уз право да даје и сопствене предлоге у том правцу⁵⁷⁷.

Закон је, дакле, *exempli causa*, прописао могуће мере за запошљавање вишка запослених, препуштајући колективним уговорима овлашћење да предвиде конкретне мере у складу са околностима које су условиле колективно отпуштање.

У доктрини се истиче да синдикати имају веома велику улогу у спречавању колективних отпуштања, поготову у средњим и великим компанијама, где се колективним уговорима, закључени на компанијском или фабричком нивоу, детаљно разрађује питање мера за спречавање вишка запослених⁵⁷⁸.

Приликом анализе мера за запошљавање у италијанском праву не треба изгубити из вида ни његов спецификум, о коме је већ претходно било речи, који се састоји у детаљном законском регулисању превенирања ситуација у којима ће послодавац уопште иницирати поступак колективног отпуштања, путем финансирања дела зарада из специјалног фонда *Cassa Integrazione Guadagni*, у случају кризе у пословању или потребе за реорганизацијом, која доводи до привременог престанка потребе за радом запослених или намеће потребу за скраћењем радног времена, чиме је спречен значајан број колективних отпуштања⁵⁷⁹.

4.6.1.3. Концепт мера за запошљавање у немачком праву

Немачко право такође садржи обавезу послодавца да, пре отказа уговора о раду, размотри све расположиве мере за одржавање континуитета запослења. Штавише, ова обавеза је интегрисана у саму дефиницију социјално оправданог отказа, имплементирану у §1 немачког Закона о заштити од отказа, будући да је немачки легислатор експлицитно прописао да отказ неће бити оправдан (1) уколико је запослени могао да настави са радом на другом радном месту у истом или другом погону компаније (*anderen Arbeitsplatz in demselben Betrieb oder in einem anderen Betrieb des Unternehmens*), као и (2) ако је запослење могло да се настави након разумне преквалификације или доквалификације или је даље запослење било могуће под измењеним условима, а запослени се са тим сагласио (*zumutbaren Umschulungs - oder*

⁵⁷⁷ *Ibid.*, члан 4, став 7.

⁵⁷⁸ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 135.

⁵⁷⁹ Више у: *Ibid.*, стр. 113-114.

Fortbildungsmaßnahmen oder eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers unter geänderten Arbeitsbedingungen).

Прописивање ове обавезе представља еманацију начела сразмерности, које је једно од четири конститутивна начела појма социјално оправданог отказа у немачком праву, према коме, уважавајући тешке последице отказа по запосленог, отказ може бити оправдан само као *ultima ratio* мера, уколико се све могућности за одржавање запослења размотре и утврди да ниједну блажу меру није могуће обезбедити.

4.6.1.4. Концепт мера за запошљавање у хрватском праву

За разлику од претходно анализираних законодавстава, у којима је на императиван и експлицитан начин прописана обавеза послодавца да размотре и примене све могуће мере за запошљавање ради спречавања отказа или свођења истих на најмању могућу меру, те да отказима прибегну искључиво у ситуацији када запосленом није могуће обезбедити ниједну меру за запошљавање, под претњом незаконитости отказа датог супротно наведеним правилима, хрватски законодавац се о мерама за спречавање отказа изражава много уопштеније и флексибилније, прописујући обавезу послодавца који намерава да искаже колективни вишак радника да (1) радничком већу у писаном облику достави одговарајуће податке, између осталог, о износу и начину обрачуна отпремнина и других давања радницима те мерама које је предузео ради збрињавања вишка радника, као и да (2) *током поступка саветовања с радничким већем, размотри и образложи све могућности и предлоге који би могли отклонити намеђавани престанак потребе за радом радника*⁵⁸⁰.

Овим је хрватски законодавац одступио не само од правних стандарда који постоје у законодавствима других држава које имају атрибуте социјалних, већ и у односу на сопствену правну традицију. Наиме, како се у хрватској правној теорији истиче, претходним Законом о раду из 2003. године била је прописана обавеза сваког послодавца који запошљава 20 или више запослених да пре отказивања уговора о раду размотри (1) могућност запослења радника на другим пословима, као и (2) могућност образовања и оспособљавања радника за рад на неким другим пословима, што је представљало услов законитости отказа. Важећим Законом о раду из 2014. године ова обавеза је избрисана, чиме су хрватски послодавци "ослобођени

⁵⁸⁰ ZRHR, чл. 127, ст. 3 и 4.

обавезе утврђивања и доказивања да немају других послова на којима могу запослити радника за чијим је радом на одређеним пословима престала потреба", као и "обавезе утврђивања и доказивања да радника није могуће образовати или оспособити за рад на неким другим пословима," што представља нормативну измену "која у Републици Хрватској значајно умањује социјалну димензију радног односа и готово да напушта досадашњи приступ о отказу уговора о раду као крајњем средству решавања насталог проблема".⁵⁸¹

Ипак, хрватска доктрина оцењује да начело *ultima ratio*, као основни принцип допуштености отказа, по коме се отказ сматра крајњом мером за решење проблема, налаже да послодавац преиспита све могуће мере за одржавање континуитета запослења⁵⁸². Ово становиште образлаже се и постојањем обавезе послодавца да обавести радничко веће о мерама које је предузео ради збрињавања вишка запослених, која имплицира дужност послодавца да спомене неке од елемената који су раније чинили обавезне елементе програма, било кроз објашњење да је неке од радника већ решио на неки од наведених начина, па их и не укључује у колективни вишак, било кроз обавештење да друге мере није имао могућности да спроведе, јер у противном не би имао о чему да информира радничко веће⁵⁸³.

4.6.2. Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање

4.6.2.1. Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање у француском праву

Принцип једнаког третмана запослених применљив је у односу на остваривање свих права садржаних у плану очувања запослења, па тако и на примену мера за очување континуитета запослења. Овај принцип, међутим, не треба разумети тако да сваки запослени коме прети опасност од отпуштања има право на сваку

⁵⁸¹ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 15-16.

⁵⁸² *Ibid.*, стр. 58.

⁵⁸³ Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 9. Аутор изражава мишљење да би, чак и ако не постоји обавеза разматрања мера за разматрање које су пре законодавне реформе биле обавезни елементи програма збрињавања вишка запослених (1. могућност промена у технологији и организацији рада у циљу збрињавања вишка радника; 2. могућност запошљавања радника на другим пословима, 3. могућност проналажења запослења код другог послодавца, 4. могућност рада у непуну радном времену, 5. могућност преквалификације или доквалификације радника), послодавац у сваком случају, у оквиру обавештења о предузетим мерама за збрињавање вишка запослених, морао дати радничком већу информацију о могућностима запошљавања радника на другим пословима, тако што би или обавестио радничко веће да других послова нема, или навео разлог немогућности запошљавања радника који је утврђен вишком на слободним пословима (нпр. недостатак квалификације и сл.). Аутор сматра ову обавезу неизоставном, без обзира на чињеницу да премештај више није услов за давање пословно условљеног отказа, будући да је запошљавање на другим пословима најчешћа и најреалнија мера за спречавање отказа у случају колективног вишка радника, о чему је послодавац дужан да води рачуна приликом обавештавања радничког већа.

расположиву меру за запошљавање, будући да реализација мере за запошљавање мора бити условљена стручним квалификацијама и радним искуством запосленог, као условима за могућност премештаја запосленог на послове који се нуде као мера, те да се приликом реализације мере за запошљавање мора имати у виду у ком организационом делу и на којим пословима је дошло до настанка проблема, односно потребе за колективним отпуштањима.

Наведени принцип је језгровито изражен у схватању Касационог суда, према коме "план очувања запослења може садржати посебне мере које су ограничене на одређени круг запослених само уколико су исте доступне свим запосленима у компанији који се налазе у истоветној ситуацији, осим када је разлика у третману оправдана објективним и важним разлозима, у ком случају услови за остваривање права на ове мере за запошљавање морају бити унапред дефинисани и подложни контроли"⁵⁸⁴.

4.6.2.2. Критеријуми за обезбеђивање мера за запошљавање у немачком праву

Као што је већ претходно било речи, послодавац је критеријуме социјалног избора, које је дужан применити приликом селекције запослених којима ће отказати уговоре о раду у конкуренцији више запослених за чијим радним местима престаје потреба, дужан да на исти начин примени и приликом селекције запослених којима ће, уместо отказа, омогућити неку од мера за запошљавање. Социјални избор се, по правилу врши на нивоу погона, али у случају када запослени из више погона конкуришу за ограничен број расположивих мера за запошљавање, социјални избор ће бити подигнут на ниво више погона.⁵⁸⁵

С друге стране, у случају постојања више различитих радних места која би хипотетички могла бити понуђена запосленом, критеријуми за избор радног места које ће бити конкретно понуђено су (1) способности запосленог за обављање одређених послова и (2) ефикасно коришћење радних способности запосленог у циљу ефикасног остварења планова предузећа.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ Soc. 12. juillet 2010, no. 09-15182, bull. civ. 2010, V, no. 166, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 171.

⁵⁸⁵ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 214.

⁵⁸⁶ *Ibid.*

4.6.3. Врсте мера за запошљавање

4.6.3.1. Врсте мера за запошљавање у француском праву

Француско право предвиђа широк спектар мера за запошљавање, усмерених на то да се: (1) спречи отказивање уговора о раду из економских разлога, (2) максимално редукује број отказа и (3) обезбеди што брже упошљавање запослених који су погођени отказима.

4.6.3.1.1. Превентивне мере ради спречавања настанка вишка запослених

Превентивне мере за спречавање отпуштања представљају различити механизми, предвиђени хетерономним и аутономним изворима права, чији је заједнички именилац постизање одређеног степена "флексибилности" радног односа, у циљу очувања стабилности запослења⁵⁸⁷. То се превасходно постиже кроз: (1) планове привременог управљања пословима и вештинама, (2) споразуме о интерној мобилности и о стабилности запослења и (3) офанзивне споразуме о очувању и развоју запослења.

Предузимање превентивних мера има, дакле, за циљ да спречи наступање ситуације у којој ће послодавац бити принуђен да одређене потребе пословања реализује кроз колективна отпуштања.

Усвајање планова привременог управљања пословима и вештинама (*plan de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences*) има за циљ повећање адаптабилности запослених на промене њихових послова, са аспекта радних задатака који их конституишу, те знања и вештина потребних за њихово обављање. Ово се постиже кроз обуке, осмишљене да обезбеде да се запослени прилагођавају променама на својим пословима или активностима које промовишу једнакост између жена и мушкараца, посебно кроз мере које побољшавају везу између радне активности и личног и породичног живота⁵⁸⁸. Настала као механизам за одржавање и очување запослења који се финансира, под одређеним условима, из јавних фондова, ова мера се сматра "глобалним антиципативним приступом" којима се на макро плану обезбеђује стабилност професионалних каријера запослених⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Michel Blatman, *op. cit.*, стр. 158.

⁵⁸⁸ *Code du travail*, D. 5121-4.

⁵⁸⁹ M. Blatman, *op. cit.*

Даље, превенцију колективних отпуштања могуће је постићи и мерама које су предмет колективног уговора који се може закључити ради задовољења потреба везаних за функционисање компаније или ради очувања или развоја запослења (*un accord de performance collective*)⁵⁹⁰. Наведене мере се састоје у: (1) промени трајања и организације радног времена, (2) промени износа примања запослених и (3) утврђивању могућности професионалне или географске мобилности унутар компаније, под условима прописаним законом и колективним уговором⁵⁹¹. Одредбе колективног уговора се аутоматски се замењују супротним и инкомпатибилним клаузулама уговора о раду, осим уколико запослени експлицитно писаним путем то одбије, у ком случају ризикује отказ уговора о раду из економских разлога⁵⁹².

Коначно, у компанијама са 300 или више запослених могуће је закључити трогодишњи споразум у циљу управљања пословима и каријерном развоју (*gestion des emplois et des parcours professionnels*), којим се могу, између осталог, предвидети: (1) успостављање напредног система управљања пословима и вештинама, као и пратеће мере, посебно у погледу обуке, валидације стеченог искуства, процене способности и додатне мере подршке за професионалну каријеру, (2) услови за професионалну и географску мобилност запослених унутар компаније (не дерогирајући могућност да утврђивање тих услова буде предмет колективног уговора ради задовољења потреба везаних за функционисање компаније или ради очувања или развоја запослења (*un accord de performance collective*), те да се овим споразумом додатно прецизира или допуни, као и (3) мере којима се стимулише скраћивање радног времена уз смањивање прекарних облика рада⁵⁹³.

⁵⁹⁰ *Code du travail*, члан L. 2254-2.

⁵⁹¹ Под професионалном и географском мобилношћу запослених подразумева се могућност премештаја запослених на друге послове и у друга места рада, уколико послодавац оцени да је исто у интересу процеса рада. Колективним уговором прописују се правила под којима ће послодавац моћи да врши ове премештаје, у циљу постизања флексибилније унутрашње организације, без потребе са редукцијом послова. Предмет уговора, стога, представљају и мере неопходне за реализацију таквих премештаја, као што су обуке запослених, те обезбеђење транспорта и смештаја у циљу обављања послова ван редовног географског центра живота и рада запосленог. Закључење оваквих споразума подложно је одређеним законским ограничењима, у смислу (1) постојања максималне удаљености места упућивања у односу на редовно место рада, при чему се мора водити рачуна о неопходности усклађивања професионалног и породичног живота запосленог, као и евентуалних ограничења запосленог у смислу инвалидитета или постојања других здравствених сметњи, као и (2) забране смањења зараде запосленог или његове професионалне деградације, који би били последица професионалне или географске мобилности. Више у: M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 159.

⁵⁹² *Code du travail*, L. 2254-2. Послодавац је дужан да појединачним дописима обавести запослене о закључењу и садржини колективног уговора, те праву запосленог да одбије дерогацију свог уговора о раду непосредном применом колективног уговора. Запослени може, у року од месец дана од дана пријема послодавчевог обавештења, писаним путем обавестити послодавца о одбијању непосредне примене колективног уговора. У том случају, послодавац може у року од два месеца од пријема обавештења о одбијању запосленог, покренути поступак отказа из економског разлога.

⁵⁹³ *Code du travail*, L. 2242-20.

4.6.3.1.2. Мере ради спречавања отпуштања вишка запослених

Ове мере послодавац је дужан да планира и спроведе када је потреба за колективним отпуштањима већ настала, односно поступак колективних отпуштања инициран, под претњом поништаја отказа као незаконитог. Њихово обезбеђивање има за циљ да се, иако је потреба за пословима које је запослени до тада обављао престала, запосленом обезбеди задржавање континуитета запослења на другим пословима код послодавца или у оквиру групе којој послодавац припада.

Француски легислатор је императивно прописао да је отпуштање из економских разлога дозвољено искључиво након што су предузети сви напори у циљу обуке запосленог и прилагођавања насталим изменама и након што је утврђено да је премештај запосленог неспроводив, како интерно, у оквиру организационе структуре послодавца на територији Француске, тако ни код другог послодавца у оквиру групе компанија у којој послодавац послује на истој територији, а чије су операције, делатност и подручје деловања такве да омогућују пермутације кадрова⁵⁹⁴.

4.6.3.1.2.1. Додатне обуке

Премештај запосленог на друге послове може бити условљен додатним обукама, како би запослени био оспособљен да обавља послове који му могу бити обезбеђени као мера за запошљавање, у ком је случају послодавац дужан да му обезбеди додатну обуку. Закон прописује начелну обавезу послодавца да обезбеде адаптирање запослених пословима које обављају, кроз праћење њихових способности за одржањем тих послова, посебно са аспекта њихове еволуције, као и технолошких и организационих промена⁵⁹⁵.

Истовремено, у јуриспруденцији Касационог суда заузет је и став да обавеза послодавца да запосленима обезбеђује додатне обуке није неограничена, већ да она постоји у одређеним разумним оквирима, који не намећу послодавцима прекомерне обавезе, што значи да *послодавац није дужан да запосленом обезбеди обуку којом запослени стиче нову квалификацију*⁵⁹⁶, потребну за обављање послова више категорије, *нити ће бити*

⁵⁹⁴ *Code du travail*, L. 1233-4.

⁵⁹⁵ *Code du travail*, L. 6321-1. Ова обавеза је, још пре законског прописивања, била дубоко укорењена у схватању француског Касационог суда, који је сматрао исту еманацијом генералне "обавезе поштовања уговора о раду у доброј вери". М. Blatman, *op. cit.*, стр. 161-162.

⁵⁹⁶ Soc. 17 mai 2006, no. 04-43022, нав. према: М. Blatman, стр. 162.

дужан да запосленом обезбеди обуку која би дуго трајала и изазвала високе трошкове⁵⁹⁷.

4.6.3.1.2.2. Премештај на друге послове

Обавеза послодавца да, пре отпуштања запосленог из економских разлога, размотри могућности његовог премештаја на друге послове, проистиче из уставне гаранције права на рад. С друге стране, ова обавеза се не сматра обавезом циља, већ само средства, тако да је послодавац дужан да покуша да обезбеди запосленом други посао, али само у оквирима потреба процеса рада и реалних могућности послодавца⁵⁹⁸.

Законске измене из децембра 2017. године⁵⁹⁹ биле су усмерене на смањење обима обавеза послодавца у вези премештаја запослених на друге послове, тако што је: (1) обавеза премештаја ограничена искључиво у односу на расположиве *послове код послодавца или унутар групе* којој послодавац припада и који се обављају на *територији Француске*⁶⁰⁰, (2) дефинисан појам "*групе којој послодавац припада*" на начин да се под групом сматрају повезана лица и зависна друштва у смислу Француског трговачког законика (*Code du commerce*), чиме је по први пут дошло до унификације појма групе компанија у радном и трговачком праву⁶⁰¹ и (3) *поједностављена процедура упућивања понуда*

⁵⁹⁷ Soc. 6 decembre 2007, no. 06-43346, нав. према М. Blatman, стр. 162.

⁵⁹⁸ *Ibid.*, стр. 162.

⁵⁹⁹ *Code du travail*, L. 1233-4, измењен Уредбом бр. 2017-1718 од 20. децембра 2017. године (*Ordonnance n°2017-1718 du 20 decembre 2017*) - чл. 1.

⁶⁰⁰ У јуриспруденцији Касационог суда обавеза премештаја запослених на друге послове је традиционално перципирана веома широко, тако да је услов за отпуштање било да је послодавац претходно испитао све могућности за одржавање континуитета запослења, укључујући и расположиве послове у иностранству, уколико се исти обављају унутар групе којој послодавац припада. Ово решење је наишло на критике у стручној јавности, са аргументацијом недостатка прагматизма и тешког терета који се тиме ставља на компаније и њихове групе, с обзиром да премештај на послове у иностранству укључује значајну административну процедуру (као што је контакт са другим компанијама у оквиру групе, прикупљање информација о свим расположивим пословима и слично), при чему су запослени у пракси углавном одбијали такве понуде. Стога је неколико законодавних интервенција, које су претходиле последњим изменама из децембра 2017. године, било усмерено у правцу ограничавања обавеза послодавца у погледу премештаја запослених. Тако је тзв. "Макроновим законом" из 2015. године, који је обавезу потраге за пословима ограничио на Француску, запосленом ипак била остављена могућност да тражи од послодавца да му достави понуде расположивих послова у иностранству. Међутим, како је и тако умањена обавеза и даље представљала значајан терет за послодавце (послодавац је морао обавестити запослене о понудама које може добити из иностранства, писаним путем, уз навођење назива послодавца, места рада, назива послова и податка о висини зараде, природи уговора о ангажовању и језику који ће се употребљавати у раду; запослени је имао право да постави захтеве у погледу услова, примана и локације; послодавац је морао да пошаље сваком запосленом одговарајућу понуду и сачека да се запослени изјасни о понуди, како би могао да му откаже уговор о раду), најновијом реформом је у целости укинута обавеза послодавца да екстратериторијално тражи послове, тако да иста сада постоји само на територији Француске. Овим је позиција послодавца значајно олакшана, јер више нису изложени високом ризику поништаја отказа због одсуства економског разлога, који је присутан када послодавац није предузео све могуће мере како би запосленима обезбедио премештај. Видети више у: R. Sands, *op. cit.*, стр. 8 и М. Blatman, *op. cit.*, стр. 166-167.

⁶⁰¹ Почев од већ поменутог случаја *Thomson Videocolor*, могућности за премештај послодавац је морао тражити унутар групе компанија, "чије делатности, организације и области рада дозвољавају пермутацију дела или свих запослених." Другим речима, дефиниција "групе компанија" у радном праву била је другачија од исте у компанијском праву: појам контроле је био небитан. Једино што је било важно у радноправном поимању "групе компанија" била је могућност пермутација запослених (односно могућност њихове размене) између компанија у

запосленима за премештај на друге послове, тако да обавештења о расположивим пословима и понуде за премештај не морају бити персонализовани и индивидуално достављени сваком запосленом, већ могу бити објављени путем средстава јавних комуникација у компанији⁶⁰².

С обзиром да, како је раније истакнуто, обавеза премештаја на друге послове представља обавезу средства, *услов* за њено испуњење је да послодавац или нека од компанија у оквиру групе којој послодавац припада има расположиве, односно *упражњене послове за којима има објективну потребу*. Интересантно је да се у пракси Касационог суда чак и *привремени послови сматрају мером* за запошљавање, коју је послодавац дужан да омогући запосленом⁶⁰³. Такође, послодавац може да као меру за запошљавање понуди и *прелазак на режим непуног радног времена*⁶⁰⁴. Коначно, послодавац може да обезбеди запосленом меру за запошљавање тако што ће створити посао за запосленог *модификацијом послова другог запосленог*, међутим, под условом да тај други запослени прихвати измене свог уговора о раду⁶⁰⁵. Принцип да се послови који би могли бити мера за запошљавање не могу стварати на штету других запослених, чији послови нису погођени отказима, изражен је и кроз став да *послодавац не може наметати запосленима одлазак у привремену пензију како би упразнио послове за запослене којима треба да откаже уговоре о раду из економских разлога*⁶⁰⁶.

Посао који је предмет премештаја мора бити у *оквиру исте категорије* као и посао који запослени обавља, или *еквивалентне категорије, што подразумева и једнака примања*. У јуриспруденцији Касационог суда већ је деценијама присутно правило,

групи. Користећи ову широку дефиницију, Касациони суд је под групом у смислу могућности премештаја посматрао компаније код којих је без икаквог утицаја било питање узајамног учешћа у капиталу, већ је било релевантно да ли су повезане фреквентним трговинским односима, франшизом и другим различитим уговорним аранжманима. Иако је овај приступ несумњиво пружао већу заштиту за запослене, исти је представљао извор значајних ризика за послодавце, јер се могући домаћај тражења могућности премештаја мењао у зависности од перцепције поступајућег судије, а последице по послодавца у случају утврђивања да нису биле испитане све могућности унутар групе су биле, како је већ речено, изједначаване са оним за случај отказа без постојања отказног разлога. R. Sands, *op. cit.*, стр. 9. Видети више у: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 164-166.

⁶⁰² Пре наведених реформи, послодавци су имали обавезу да запосленима упућују индивидуална обавештења и понуде за премештај, са персонализованим информацијама о расположивим пословима и у писаној форми, а у јуриспруденцији Касационог суда је пропуштање ове обавезе изједначавано са отказом без постојања отказног разлога, што је послодавце стављало у ситуацију да се баве оптерећујућом администрацијом и сталном несигурношћу у погледу оцене судова о ваљаности достављања ових аката запосленима. Реформа је послодавцима дала могућност избора за отпуштања након 1. јануара 2018. године, тако сада могу да бирају између: (1) Упућивања индивидуалних аката као и пре реформе и (2) истицања обавештења о расположивим пословима на интранет порталу или огласним таблама послодавца, без индивидуалних упућивања обавештења и понуда запосленима. R. Sands, *op. cit.*, стр. 8-9.

⁶⁰³ Soc. 5. mars 2014, no. 12-24456, Soc. 18. novembar 1998, no. 96-42991, bull. civ. 1998, V, no. 499, p. 372, нав. према: M. Blatman, стр. 163-164.

⁶⁰⁴ Soc. 4. juillet 2000, no. 98-44626, нав. према: M. Baltman, *op. cit.*, стр. 164.

⁶⁰⁵ Soc. 14. décembre 2005, no. 04-40021, Soc. 15. novembre 2006, no. 05-40408, bull. civ. 2006, V, no. 339, нав. према: M. Baltman, *op. cit.*

⁶⁰⁶ Soc. 28. novembre 2000, no. 98-46140, нав. према: , стр. M. Baltman, *op. cit.*

које је потом имплементирано и у законски текст⁶⁰⁷, да *послови ниже категорије* могу бити понуђени само уз изричит *пристанак запосленог*, под условом да послодавац није у могућности да му понуди послове исте или еквивалентне категорије.

Законом је прописано да *понуда за премештај* мора бити сачињена у *писаној форми* и прецизна⁶⁰⁸, а додатни захтев судске праксе је и да буде *чврста*, те да ће било каква условљавање реализације премештаја накнадним евалуацијама запосленог од стране групног директора или секторског руководиоца, чинити понуду незаконитом⁶⁰⁹.

4.6.3.1.3. Мере ради ублажавања последица отказа

Ове мере је послодавац дужан да предузме у ситуацији када је отпуштање запосленог извесно, јер му није могуће обезбедити премештај на друге послове код послодавца или у оквиру групе, а исте имају за циљ да се помогне запосленом у проналажењу новог запослења након престанка радног односа код послодавца.

Уговор о професионалној сигурности (*Le contrat de sécurisation professionnelle* - CSP) дужни су да понуде запосленима сви послодавци са мање од 1.000 запослених, као и предузећа у стечају или ликвидацији, а иста омогућава запосленима којима предстоји отпуштање из економских разлога, да у року од 12 месеци од отказа уживају погодности мера које обезбеђује служба за запошљавање, као и накнаду у вишем износу од накнаде за случај незапослености која се исплаћује из средстава службе за запошљавање (до 75% зараде упоредног радника), у чијем формирању учествују послодавци који су пустили запослене, а могу бити и радно ангажовани. Уколико запослени прихвати закључење уговора, радни однос престаје споразумно, након чега послодавац исплаћује запосленом законску или уговорну отпремнину и уплаћује на рачун службе за запошљавање износ који је једнак накнади зараде коју би запосленом исплатио током отказног рока.⁶¹⁰

Одсуство ради преквалификације (*Le congé de reclassement*) је мера коју су дужни да запосленима понуде сви послодавци који запошљавају најмање 1.000 запослених, изузев оних над којима је отворен поступак стечаја или ликвидације⁶¹¹, а има за циљ

⁶⁰⁷ *Code du travail*, L. 1233-4.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ Soc. 28. janvier 2015, no. 13-23440, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 168.

⁶¹⁰ Нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 184; Eric Roig, "Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) : procedure", публикација доступна на интернет страници <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/7500-le-contrat-de-securisation-professionnelle-csp-procedure>, 12.10.18.

⁶¹¹ *Code du travail*, L. 1233-71.

да омогући запосленима да у случају колективних отпуштања, у периоду до највише 12 месеци користе услуге јединице за подршку у његовом тражењу посла, као и све активности обуке које финансира послодавац, а могу бити и радно ангажовани. Уколико запослени прихвати понуду, упућује се на плаћено одсуство почев од дана прихвата понуде, без коришћења отказног рока предвиђеног за редован отказ код колективних отпуштања. У периоду коришћења одсуства ради преквалификације послодавац исплаћује запосленом пун износ зараде до истека редовног отказног рока, након тога се обавеза до истека плаћеног одсуства снижава на износ од 65% бруто зараде запосленог, а по истеку одсуства запослени има право на исплату редовне отпремнине прописане за отказ из економских разлога⁶¹².

Одсуство ради мобилности (*Le congé de mobilité*) представља меру која се може спровести код послодавца са најмање 300 запослених, код којих је закључен колективни уговор о привременом управљању пословима и вештинама (*La gestion prévisionnelle de l'emploi et des compétences - GPEC*). Уколико запослени прихвати упућивање на ово одсуство, уговор о раду се суспендује за време важења одсуства, тако да запослени нема радне обавезе, а по истеку одсуства се споразумно раскида на основу сагласности запосленог пре почетка одсуства. Током периода одсуства, запосленом се обезбеђују едукације и повремено радно ангажовање, а запослени има право на накнаду у износу који за време одсуства које кореспондира трајању редовног отказног рока не може бити нижи од зараде запосленог, док у периоду одсуства по истеку отказног рока не може бити нижи од 65% просечне бруто зараде остварене у 12 месеци које претходе одсуству. По истеку одсуства, запосленом припада накнада у висини коју одређује колективни уговор, а која не може бити нижа од законске или уговорне отпремнине прописане за случај колективних отпуштања. У литератури се указује да ова врста одсуства постаје све популарнија након последњих законских реформи из 2017. године, с обзиром да (1) ослобађа послодавца било каквих обавеза везаних за поступак колективног отпуштања, пошто је овај институт потпуно одвојен и (2) накнада која се исплаћује током одсуства за мобилност је изузета од пореза и социјалних доприноса у првих 12 месеци исплате⁶¹³.

⁶¹² Нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 185; Eric Roig, "*Le congé de reclassement et licenciement*", публикација доступна на интернет страници <https://droit-finances.commentcamarche.com/contents/1549-conge-de-reclassement-et-licenciement>, 12.10.18.

⁶¹³ Нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, R. Sands, *op. cit.*, стр. 10-11 и Eric Roig, "*Le congé de mobilité : définition et droits du salarié*", публикација доступна на интернет страници <https://droit-finances.commentcamarche.com/contents/1573-conge-de-mobilite-definition-et-droits-du-salarie>, 12.10.18.

4.6.3.1.4. Предност у случају потребе послодавца за новим запошљавањем

Запослени коме послодавац откаже уговор о раду из економских разлога има право да у року од једне године од дана престанка радног односа оствари предност у запошљавању, уколико код послодавца или другог правног лица у оквиру групе којој послодавац припада дође до потребе за новим запошљавањем на истим или другим пословима за које је запослени квалификован. Опсег овог права протеже се и на првенство запошљавања на пословима за које је запослени накнадно стекао потребне квалификације, након престанка радног односа код послодавца, под условом да запослени о стицању истих обавести послодавца.

Послодавац је дужан да (1) запосленог обавести о праву на првенство приликом новог запошљавања већ у самом акту којим га обавештава о отказу уговора о раду, као и да (2) запосленог редовно и благовремено обавештава о свим пословима који постану расположиви, а одговарају његовим квалификацијама.

Право првенства запослени има само ако је реч о новим запошљавањима, тако да у случају интерних трансфера запослени не може да се позива на ово право. У јуриспруденцији Касационог суда је, такође, заузет став да послови који су само привремено упражњени због породичног одсуства или годишњег одмора не могу бити сматрани расположивим пословима у односу на које бивши запослени имају предност у запошљавању⁶¹⁴.

4.6.3.1.5. Посебне обавезе послодавца са најмање 1.000 запослених

За послодавце који запошљавају најмање 1.000 запослених у француском праву важе посебне обавезе, што је последица перцепције да колективна отпуштања у овим компанијама изазивају поремећај на тржишту рада. Стога, поред већ наведених обавеза, ови послодавци имају обавезу да (1) покушају да избегну велика колективна отпуштања продајом организационих јединица чије је затварање планирано, купцу који ће моћи да гарантује одржавање активности и стабилност запослења у том организационом делу, под претњом обавезе повраћаја примљених субвенција⁶¹⁵, као и да (2) финансијски допринесу унапређењу запослености кроз

⁶¹⁴ M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 186-187.

⁶¹⁵ Обавеза покушаја продаје дела предузећа постоји у случају када ће, због затварања организационог дела са најмање 50 запослених, доћи до отпуштања најмање 10 запослених у периоду од 30 дана на нивоу тог организационог дела или целе компаније, при чему се са затварањем изједначава и географско измештање које има за последњу велика колективна отпуштања. У том процесу послодавац је дужан да од самог почетка активно

доприносе у минималном износу од две минималне бруто зараде за сваки отказ уговора о раду⁶¹⁶.

4.6.3.2. Врсте мера за запошљавање у италијанском праву

4.6.3.2.1. Превентивне мере ради спречавања настанка вишка запослених

4.6.3.2.1.1. Упућивање на плаћено одсуство или скраћивање радног времена

У италијанском праву је већ у периоду након Другог светског рада препозната потреба за спречавањем настанка вишка запослених у случају економских тешкоћа које резултирају смањењем потребе за радом запослених. Тај проблем је решен на легислативном нивоу, институционализовањем посебног фонда за индустријски сектор⁶¹⁷, већ поменуте *Cassa Integrazione Guadagni*, који се *формира из средстава послодавца и запослених*, у циљу надомешћивања дела зараде радницима током периода упућивања на привремено одсуство са рада или рада са скраћеним радним временом. *Овај фонд се током времена показао изузетно значајним механизмом за спречавање настанка вишка запослених*, посебно у периодима економских криза, јер је послодавцима коришћење средстава овог фонда помагало да превазиђу привремене кризе и изазове модерне индустријске економије, тиме што им је смањивало трошак радне снаге за чијим је радом привремено престала или смањена потреба.⁶¹⁸

сарађује са представницима запослених, покретањем поступка информисања и консултовања, а дужан је да о томе обавести и Директорат и локалне власти. Послодавац није дужан да по сваку цену прода наведени организациони део, али се у том случају излаже ризику повраћаја свих субвенција које је примио за оснивање, развој тог организационог дела, истраживања или јавне радове у последње две године. Опширније у: *Ibid.*, стр. 186-187.

⁶¹⁶ Послодавци који ангажују најмање 1.000 запослених имају обавезу да, након обавештавања јавне власти о планираним отпуштањима, израде студије о социјалним и територијалним последицама отпуштања и консултација са представницима локалне власти, допринесу стварању активности и развоју запослености, као и ублажавању ефеката отпуштања у другим компанијама, тиме што ће на рачун буџета платити накнаду у износу који буде утврђен уговором закљученим са надлежним органом, а која не може бити нижа од две месечне минималне бруто зараде по отказаном уговору о раду, изузев ако надлежна јавна власт дозволи смањење тог износа због економске ситуације у предузећу. *Ibid.*, стр. 185-186.

⁶¹⁷ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 115. Легислативним реформама извршеним у 2012. и 2015. години, коришћење средстава фонда је за ванредне намене проширено и ван индустријског сектора, тако да се сада примењује, и у грађевинској индустрији, занатском сектору, пољопривреди, безбедносним услугама и другим секторима, на послодавце који имају више од 15 запослених, док је у комерцијалном, логистичком и туристичком сектору фонд применљив на послодавце који запошљавају више од 50 запослених. Интервенција фонда је, такође, применљива на све послодавце из области авио-саобраћаја, аеродромске делатности, као и политичке партије и синдикате, без обзира на број запослених. Изузетно, средства фонда могуће је у одређеним случајевима усмерити и на послодавце који иначе не би остварили право на ову врсту финансирања, ако постоји сагласност са синдикатом и одобрење Министарства рада.

⁶¹⁸ Више о томе, укључујући и статистичке податке: Т. Треу, *op. cit.*, стр. 113-114.

Сврха коришћења средстава фонда може бити редовна и ванредна. Редовно се финансирају (1) *привремене тржишне потешкоће компаније* или (2) повремене тешкоће проузроковане догађајима независним од послодавца, као што су периоди лошег времена. Ванредна намена се односи на (3) *престанак активности* компаније или њеног огранка и (4) *"солидарне уговоре"*.

Из средстава фонда традиционално се исплаћује 80% зараде запосленог, уз постављање максимума који се утврђује на годишњем нивоу⁶¹⁹. Максимални период коришћења средстава за редовне намене је легислативном реформом из 2015. године ограничен на 13 консекутивних недеља или са прекидима у току 52 недеље. За ванредне намене је уведено ограничење од 24 месеца у случају реорганизације компаније, а 12 месеци у случају економске кризе у компанији.⁶²⁰

Послодавац је дужан да пре подношења захтева за коришћење средстава фонда, *информише синдикате о димензијама и трајању привремених одсустава или скраћења радног времена*, као и да са синдикатима испита који запослени би могли бити обухваћени наведеним мерама. У јуриспруденцији је заузет став да селекција запослених мора бити извршена применом одређених објективних критеријума, обично сениората, породичних обавеза запосленог, као и организационих потреба компаније, а Закон 223/1991 прописује да послодавац мора да примени критеријум ротације запослених које упућује на одсуства, осим ако је то немогуће са техничко-организационог аспекта⁶²¹.

4.6.3.2.1.2. Превентивне мере утврђене колективним уговорима

Колективним уговорима се предвиђају и друге врсте мера које имају за циљ спречавање колективних отпуштања, поготову у средњим и великим компанијама. Многи колективни уговори закључени на компанијском или фабричком нивоу баве се мерама за спречавање настанка вишка запослених, као што су премештај на друге

⁶¹⁹ *Ibid.*

⁶²⁰ *Ibid.* У сваком случају, једна производна јединица не може ни по ком основу користити средства фонда у периоду дужем од 24 месеца у периоду од пет година, што је изричито прописано, како би се спречила продужавања која су раније била присутна као одговор на социјалне притиске.

⁶²¹ *Ibid.*, стр. 116-117. Средства фонда за редовне намене се додељују на захтев послодавца, одлуком управе фонда у којој су заступљени (мањински) и синдикати. Средства за ванредне намене се додељују одлуком министра, након спроведеног поступка информисања и консултовања са представницима синдиката. Послодавац је дужан да достави детаљан план реорганизације, да наведе разлоге за интервенцију фонда, број запослених у питању, као и мере за решавање потенцијалног вишка.

послове, преквалификација и доквалификација, смањивање *outsourcing*-а, скраћивање радног времена.⁶²²

4.6.3.2.2. Мере ради спречавања отпуштања вишка запослених

Законска регулатива мера за запошљавање је у италијанском праву ограничена на прописивање, *esempti causa*, могућих мера за запошљавање, с тим што закон оставља учесницима колективног уговора могућност да споразумно утврде и друге врсте мера за запошљавање.

Закон, као могуће мере за запошљавање, прописује: (1) *премештај* запослених на друге послове у компанији и (2) *промену организације рада* која омогућава задржавање постојећег или претежног броја запослених у радном односу.

Премештај запослених на друге послове ограничен је на компанију и подразумева превасходно послове који су у истом рангу са пословима које запослени утврђен вишком обавља. Међутим, законом је изричито прописано да је колективним уговором, закљученим у поступку колективног отпуштања, *дозвољено предвидети премештај вишка запослених на ниже послове*, ако је то мера у циљу одржавања запослења свих или дела вишка запослених⁶²³.

Промена организације рада, као мера за запошљавање вишка запослених, усмерена је превасходно на "солидарне уговоре" (*contratti di solidarietà*) или флексибилне форме организације радног времена (*forme flessibili di gestione del tempo di lavoro*).

"*Солидарни уговори*" представљају посебну врсту организације рада, која је законом установљена још 1984. године, са циљем да се промовише *редукција радног времена свим запосленима*, као алтернатива упућивањима неких запослених на плаћено одсуство и колективним отпуштањима. Ова врста организације рада *мора бити предмет колективног уговора* код послодавца и у том случају фонд сноси 80% зарада за

⁶²² *Ibid.*, стр. 135. Веома популарна, законом предвиђена мера било је и превремено пензионисање, али је значај истог умањен законским реформама из 2011. и 2012. године, тако да је превремено пензионисање сада могуће само за лимитирани период и финансира се или од стране компаније или из средстава посебног фонда који постоји у неким секторима (банке, осигурања). Такође, могућност делимичног превременог пензионисања је предвиђена и Актом о стабилности из 2016. године.

⁶²³ *Legge* 223/91, члан 4, став 11. Ова могућност створена је законском реформом из 2015. године, чланом 3 став 1 Законодавне Уредбе број 81 од 15. јуна 2015. године и представља изузетак од члана 2013 Грађанског законика. Како се у литератури истиче, премештај запослених на ниже послове, путем колективних уговора закључених за време "стављања у мобилност" и/или колективног отпуштања, могућ је само у оквиру исте правне категорије ("плаве крагне", "беле крагне" и "извршно особље"). С. Bruni, *op. cit.*, стр. 17.

редуковано радно време у периоду од 36 месеци и обезбеђује послодавцу додатне бенефите, док за остатак радног времена запослени не примају никакву накнаду⁶²⁴.

4.6.3.2.3. Мере ради ублажавања последица отказа

4.6.3.2.3.1. "Стављање у мобилност"

Законом 223/1991 уведен је посебан тип социјалне заштите отпуштених запослених, који је постојао све до краја 2016. године и уведен је са циљем да се бенефицирана упућивања на плаћено одсуство и рад са скраћеним радним временом, финансирана из средстава фонда *Cassa Integrazione Guadagni*, користе само за привремене кризе у пословању, тако да, када послодавац по окончању кризе установи да неће моћи да врати на рад све запослене чије су зараде субвенционисане средствима овог фонда, покрене процедуру "стављања у мобилност" вишка запослених, која се есенцијално састоји у томе да послодавац спроводи поступак информисања и консултовања, идентичан поступку колективног отпуштања и ове запослене утврђује вишком којима се отказује уговор о раду, али им радни однос не престаје одмах, већ тек по истеку периода "стављања у мобилност"⁶²⁵.

Систему мобилности упућиване су многобројне критике, превасходно са аргументацијом да јавна администрација нема капацитет да средства фонда

⁶²⁴ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 117. Проф. Треу истиче да су "солидарни уговори" веома популарни у пракси, посебно у периоду економских криза. Додатни подстицај коришћењу ове врсте уговора уведен је законодавним реформама из 2015. године, којима је омогућено да запослени којима до услова за старосну пензију недостаје две године, могу да се определе за непуну радно време, уз право да за део радног времена који не раде остваре делимично право на пензију, при чему се доприноси и у том периоду кумулирају, јер послодавац мора да уплати у буџет допринос и за део радног времена за који запослени није радио.

⁶²⁵ Све до усвајања Закона 223/1991, "стављање у мобилност" је била практично једина опција за решавање вишка запослених, са циљем да се превенира губитак посла задржавањем (иако само формално), ових запослених у радном односу, до проналажења новог запослења. Такав систем се, међутим, показао илузорним, због чега је интенција законодавне интервенције из 1991. године била да се "мобилност" орачи, тако да након одређеног периода радни однос мора да престане. Више у: Gaetano Natullo, "Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L.N. 92/12)", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law* "Massimo D'Antona". IT-200/2014, стр. 6-8. Ови запослени су стављани на посебне листе мобилности, што им је омогућавало приоритет при новом запошљавању, будући да су послодавци, приликом нових запошљавања морали између 12 и 20% нових запослених, зависно од подручја, морали да бирају са те листе, али су, поред тога, имали право на смањење доприноса за социјално осигурање, уколико запослене са листе мобилности приме у радни однос на неодређено време. Додатна погодност за запослене стављене у мобилност била је право на тзв. "накнаду за мобилност" која је за првих 12 месеци била једнака накнади зараде коју је запослени претходно примао током периода плаћеног одсуства или рада са скраћеним радним временом, док је у периоду између 13 и 36 месеци "накнада за мобилност" износила 80% претходно исплаћиваног износа, при чему су право на мобилност у трајању преко 12 месеци имали само запослени са преко 40 и 50 година живота, с обзиром на могућности њиховог даљег запослења. Систем мобилности је финансиран из средстава (1) свих послодаваца који су, с обзиром на своју величину, имали приступ фонду *Cassa Integrazione Guadagni* и додатних доприноса послодаваца који су прибегавали колективним отпуштањима. F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 271.

искористи као важно средство индустријске политике, тако да иста служе само као пратећи инструмент за колективна отпуштања.⁶²⁶

4.6.3.2.3.2. Преквалификација и доквалификација

Законом је експлицитно прописана обавеза послодавца и синдиката да током поступка консултовања размотре могућност употребе пратећих мера усмерених на преквалификацију или доквалификацију отпуштених запослених (*la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati*)⁶²⁷.

4.6.3.3. Врсте мера за запошљавање у немачком праву

4.6.3.3.1. Мере ради спречавања настанка вишка запослених

За разлику од француског права, које мере превенције колективних отпуштања екстензивно уређује законским путем, ова материја се у немачком праву уређује социјалним дијалогом на индустријском и компанијском нивоу.

Мере превенције исказивања вишкова запослених су у немачком праву традиционално засниване на *редукцији радног времена* и сходном смањивању буџета зарада, са циљем да се криза савлада са што мање губитака радних места. Штавише, у једном периоду током двадесетих година прошлог века, закон је дозвољавао исказивање вишкова запослених искључиво уколико редукцијом радног времена није могао да превазиђе кризу у пословању. Овај модел се, императивно прописан, показао као промашај, што не значи да се редукција радног времена показала погрешним као метод превенције вишкова, већ само то да се овај метод не може показати успешним увек и по сваку цену. Да редукција радног времена има корисно дејство показало је искуство колективног преговарања у Немачкој средином деведесетих година прошлог века, када је као метод за превазилажење кризе, 1994. закључен колективни уговор за металску индустрију, са циљем спасавања радних места кроз редукцију радног времена и следствену редукцију зарада⁶²⁸.

⁶²⁶ Т. Трец, *op. cit.*, стр. 114.

⁶²⁷ Legge 223/91, члан 4, став 5.

⁶²⁸ М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 243-244. Колективним уговором било је предвиђено недељно радно време од 36 часова и минимални износ зараде, уз остављање тзв. *отворене клаузуле*, према којој послодавци и савети запослених могу компанијским споразумом одступити од колективног уговора на један од два начина: (1) први начин односи се на све запослене и подразумева редукцију радног времена до 30 часова недељно и пропорционално смањење зараде, уз обавезу послодавца да се уздржи од отпуштања за време важења

Поред редукције радног времена, веома значајан метод је и увођење *скраћеног радног времена уз делимичне субвенције* Агенције за запошљавање. Услов за активирање ове мере је (1) привремени престанак потребе за радом из економских разлога најмање 1/3 запослених чије зараде учествују у укупном буџету зарада са више од 10% и (2) немогућност превазилажења кризе упућивањем запослених на одсуства или флексибилним радним временом, односно када је криза везана за сезоналитет или карактеристике делатности. За време увођења скраћеног радног времена, запослени примају накнаду за рад у том режиму од Агенције за запошљавање, с тим што социјални партнери могу одлучити да исплате разлику како би запослени имали што мањи губитак прихода.⁶²⁹

4.6.3.3.2. Мера ради спречавања отпуштања вишка запослених

4.6.3.3.2.1. Премештај на друго радно место

Немачки легислатор је могуће врсте мера за запошљавање дефинисао на врло уопштен и имплицитан начин, прописујући да запосленом не може бити отказан уговор о раду ако му је могуће обезбедити континуитет запослења кроз премештај на друго радно место у исти или други погон истог предузећа, чак и ако то укључује потребу за преквалификацијом, доквалификацијом или изменом уговорених услова рада.

Врло је важно већ на самом почетку рећи да *о премештају запосленог послодавца не може одлучити сам, већ у поступку саодлучивања са саветом запослених*, а у случају изостанка сагласности савета запослених на предложени премештај, послодавац се може обратити радном трибуналу или арбитражи ради доношења одлуке која замењује сагласност савета запослених⁶³⁰. Обавеза послодавца да размотри премештај запосленог који остаје без радног места није, међутим, везана за постојање савета запослених, тако да је послодавац у сваком случају дужан да размотри могућност премештаја запосленог који је изложен опасности од отказа и не може се

компанијског споразума; (2) други начин односи се на групу запослених или део предузећа и подразумева такође могућност скраћења радног времена до 30 часова недељно, али је могућност смањења зараде лимитирана и мора се вршити према правилима прописаним у гранском колективном уговору.

⁶²⁹ Matthias Knuth, Gernot Mühge, Johannes Kirsch, "Managing restructuring in Germany, Innovation and learning after the financial crisis", *IRENE Policy Paper* no. 7/2014, стр. 13-14.

⁶³⁰ §§ 95 и 99 BetrVG.

те обавезе ослободити позивањем на то да у предузећу није основан савет запослених⁶³¹.

Пре почетка дубље анализе треба указати да се у литератури истиче да је економска криза у 2008. и 2009. години показала запањујућу успешност функционисања тзв. унутрашњег тржишта рада у немачким компанијама, захваљујући коме је криза вишка запослених успела да се реши без значајног броја отказа од стране послодавца. Ово се посебно односи на велике послодавце, код којих су вишкови запослених, као одговор на реструктурирања и кризе, права реткост.⁶³²

Премештај на друго радно место односи се пре свега на друго радно место у *оквиру погона* у коме је запослени радио, али се обавеза послодавца да запосленом обезбеди премештај не ограничава на погон, већ на цело предузеће, *односно послодавца у целини*. Немачки послодавац, за разлику од француског, нема *a priori* обавезу да запосленом тражи запослење ван оквира предузећа, чак и ако послује у оквиру групе, већ је дужан да разматра само мере за запошљавање о којима може сам одлучивати⁶³³.

Премештај запосленог на друго радно место могућ је, сагласно критеријуму прихватљивости, као једном од основних начела отказног права, уз испуњење следећих услова: (1) да послодавац у својој организационој структури има *слободно радно место*, (2) да запослени *испуњава услове за обављање послова на новом радном месту* и (3) *да је слободно радно место упоредиво са радним местом запосленог*⁶³⁴.

Обавеза послодавца да запосленом понуди даље запослење на другим пословима искључиво уколико код послодавца постоји слободно радно место значи да (1) послодавац није дужан да отвори ново радно место које му објективно не треба само како би збринуо запосленог који је вишак, (2) нити је запослени овлашћен да захтева од послодавца да откаже уговор о раду другом запосленог како би њему обезбедио даље запослење (*tzv. Freikündigung*).⁶³⁵ Слободним радним местом сматра

⁶³¹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 129.

⁶³² M. Knuth, G. Mühge, J. Kirsch, *op. cit.*, стр. 14, 18.

⁶³³ BAG 23.3.2006 AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Konzern. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 210. Савезни радни суд је у овом спору, одлучујући о обавези послодавца, који послује као независно правно лице у оквиру концерна (*Konzernunternehmen*), да запосленом обезбеди премештај код другог послодавца у оквиру концерна, заузео став да оваква обавеза, по правилу не постоји, али се у одређеним околностима могу допустити изузеци. То може бити случај када је запосленом од заснивања радног односа утврђена обавеза привременог упућивања у друге компаније у оквиру групе, или претходно запослење у другој компанији у оквиру групе, али само ако је послодавац у могућности да запосленом обезбеди посао код другог послодавца. European Network of Legal Experts, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, стр. 1, <http://www.labourlawnetwork.eu>, стр. 69.

⁶³⁴ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 213.

⁶³⁵ BAG 3.2.1977, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung; BAG 17.3.2005, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 211.

искључиво оно које је послодавцу *стварно потребно*, чије обављање, дакле, у структури послодавца има одређену перспективу. Оцена се врши на основу околности које постоје у тренутку отказа, тако да се слободним радним местима сматрају она која у *тренутку отказа нису заузета* или која ће *пре истека отказног рока бити на располагању*, што, примера ради, може бити случај уколико ће се до истека отказног рока одређено радно место упразнити због одласка другог запосленог у пензију или због тога престанка рада другог запосленог коме је послодавац раније планирао да откаже уговор о раду⁶³⁶.

Услов да запослени испуњава услове за обављање послова на новом радном односи се на то да *запослени мора поседовати стручне и личне способности и знања за слободно радно место*, тако да по протеклу одређеног времена за увођење у посао може без проблема да испуњава радне задатке⁶³⁷.

Упоредивим радним местом сматра се *радно место са неизмењеним условима рада* у односу на претходно уговорене. Упоредивост радног места процењује се према садржини уговора о раду, при чему се као релевантни могу узети критеријуми истоветности и континуитета радног места, о којима је раније било речи.

4.6.3.3.2.2. Измена уговорених услова рада

Уколико послодавац није у могућности да проблем у организацији рада реши путем једностраних налога или понудом премештаја на упоредиве послове, запосленом понуди радно место са неизмењеним условима рада, може запосленом пре отказа понудити радно место са измењеним условима рада, уколико исто постоји и уколико је према објективним критеријумима прихватљиво за запосленог. Понуда измењених услова рада сматра се прихватљивом само ако одговара личним и стручним способностима запосленог, што се оцењује према објективном критеријуму, односно узимањем у обзир карактеристика претходног радног места и социјално-економског статуса запосленог⁶³⁸.

⁶³⁶ BAG 6.6.1984, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према, S. Laleta, *op. cit.*

⁶³⁷ BAG 24.6.2004, AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према, S. Laleta, *op. cit.*, стр. 212.

⁶³⁸ Консеквентно, "радно место сматра се неприхватљивим када са становишта разумног послодавца, с обзиром на почетни профил радног места као и економски и социјални статус радника, не долази у обзир за радника упоредивих карактеристика". S. Laleta, *op. cit.*, стр. 213. Тако се, по правилу, неће сматрати прихватљивом могућношћу запослења када се раднику, раније запосленом на месту главног руководиоца, нуди место стручног радника, на коме би био подређен руководиоцима служби или тимова којима је раније био надређен.

Измена услова рада може се односити на различите елементе радног односа и по правилу подразумева погоршавање услова рада запосленог, кроз рад на нижем радном месту, рад са непуним радним временом, смањење права из колективног уговора, или смањење зараде. Новија пракса Савезног радног суда, упркос различитим ставовима доктрине и раније јуриспруденције, стоји на становишту да *послодавац није у обавези да запосленима обезбеди очување запослења унапређењем на боље радно место*, чак и уколико се мере доквалификације или преквалификације чине прихватљивим⁶³⁹. Преговарање о изменама уговорених услова рада врши се у неформалном поступку, а сам споразум добија облик измена и допуна, односно анекса постојећег уговора о раду или новог уговора о раду. *Послодавац не може да откаже уговор о раду запосленом који прихвати премештај на послове са лошијим условима рада*, а евентуални такав отказ био би сматран ништавим⁶⁴⁰.

4.6.3.3.2.3. Отказ са понудом измењеног уговора о раду

Ако запослени не прихвати понуду за измену уговорених услова рада, а према оцени послодавца нема услова за наставак радног односа под постојећим условима, послодавац је принуђен да запосленом да отказ са понудом измењеног уговора о раду. Циљ овог отказа није престанак радног односа, већ напротив, његов наставак на основу новог уговора о раду, којим ће бити измењени раније уговорени услови рада. "У складу с начелом сразмерности послодавац може изрећи отказ с понудом измењеног уговора само ако не постоји могућност измене постојећих услова рада применом неких других, мање драстичних средстава"⁶⁴¹.

Понуда која се запосленом доставља уз отказ може се односити на *различите битне услове рада*, као што су промена радног места, места рада, радног времена⁶⁴² или зараде. У немачком праву је дуго било спорно може ли послодавац посегнути за оваквим отказом ради промене врсте радног односа из радног односа на неодређено у радни однос на одређено време, али је Савезни радни суд на крају заузео став да је

⁶³⁹ BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 212.

⁶⁴⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 129.

⁶⁴¹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 361.

⁶⁴² У јуриспруденцији немачких судова заузет је став да послодавац код кога дође до смањења обима посла има право избора између смањења броја запослених и скраћења радног времена са пуног на непуно радно време, како би се задржао већи број запослених у радном односу, те да суд није овлашћен да у случају спора цени целисходност обичног отказа, односно отказа са понудом измењеног уговора о раду ради скраћења радног времена одређеном броју запослених. BAG 22.4.2004, AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 360.

то начелно могуће када је радни однос на неодређено време постао објективно немогућ и једина преостала могућност је рад на одређено време⁶⁴³.

Отказ са понудом измењеног уговора о раду садржи, дакле, две изјаве воље послодавца: (1) *изјаву о отказу уговора о раду* и (2) *понуду за наставак радног односа под измењеним условима*, које морају бити дате у писаном облику и временски и стварно повезане, што значи да морају бити истовремено дате и да морају бити у узрочно-последичној вези. Понуда, притом, мора бити јасна и конкретизована, како би запослени могао прихватам понуде да настави рад код послодавца, без потребе за даљим појашњавањима.⁶⁴⁴

Запослени понуду може прихватити, одбити или прихватити са резервом, односно задржавањем права на тужбу ради заштите од отказа са понудом измењеног уговора о раду. Уколико запослени, међутим, није сагласан са понудом, а не жели да ризикује губитак посла, он може прихватити понуду са резервом, у ком случају наставља да ради код послодавца под условима из понуде и за то време може водити спор ради поништаја отказа са понудом измењеног уговора о раду. У случају поништаја отказа са измењеним уговором о раду, запослени наставља рад код послодавца под условима из првобитног уговора о раду, а уколико отказ остане на снази, запослени наставља рад под условима из понуде. Коначно, запослени који не жели да ради под понуђеним условима може понуду да одбије и поднесе тужбу ради поништаја отказа. Оно што је веома важно за очување права запослених је то да је немачки суд у случају спора ради поништаја отказа, без обзира да ли је запослени прихватио понуду са резервом или ју је одбио, преиспитује законитост и оправданост саме понуде, са аспекта њене неопходности и прихватљивости, тако да запослени ужива заштиту од незаконите понуде за измену уговорених услова рада, без обзира да ли је исту одбио и остао без запослења или ју је, притиснут животним обавезама, прихватио и наставио рад код послодавца.⁶⁴⁵

4.6.3.3.2.4. Доквалификација или преквалификација

Прописивањем обавезе послодавца да запосленом обезбеди доквалификацију или преквалификацију додатно се афирмише принцип концепт социјално оправданог отказа, као *ultima ratio* мере, јер послодавац запосленом може

⁶⁴³ BAG 25.4.1996, AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 352.

⁶⁴⁴ Више у: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 348-354.

⁶⁴⁵ Више у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 144-145; S. Laleta, *op. cit.*, стр. 356, 358-359.

отказати уговор о раду тек ако запосленог ни уз одговарајућу обуку није могуће прилагодити његовим претходним пословима или га распоредити на друго радно место. Као и код премештаја, тако и о евентуалној доквалификацији или преквалификацији послодавац саодлучује са саветом запослених, при чему у одсуству договора одлучује обавезујућа арбитража⁶⁴⁶.

У складу са начелом сразмерности, обавеза на доквалификацију и преквалификацију није неограничена, већ постоји уколико су испуњене следеће претпоставке: (1) да су мере преквалификације и доквалификације *прихватљиве за послодавца* и (2) да *постоје расположиви послови* у предузећу које запослени може да обавља по окончању обуке и (3) да *запослени пристане* на примену тих мера.⁶⁴⁷

Претпоставка прихватљивости мера доквалификације и преквалификације за послодавца значи да *послодавац није дужан да запосленом омогући било коју од ових мера ако му тиме могу настати оптерећења која за њега нису прихватљива*. Међутим, појам и критеријуми за утврђивање прихватљивости мера преквалификације и дошколовања за послодавца нису утврђени, тако да се, у одсуству јасних правила, "прихватљивост утврђује на основу оцене свих околности појединачног случаја, одмеравањем интереса, те узимањем у обзир низа критеријума створених у литератури и јуриспруденцији"⁶⁴⁸.

Друга претпоставка увођења мера преквалификације или доквалификације је *постојање слободног радног места* на које запослени може бити распоређен након додатних обука, при чему то *радно место мора бити истог нивоа* као и претходно радно место запосленог⁶⁴⁹. Стога ће се сматрати оправданим отказ због хитних оперативних потреба предузећа, ако се у тренутку давања отказа није могла "са довољном сигурношћу" предвидети могућност запошљавања запосленог на одговарајућем радном месту у складу са новостеченим квалификацијама⁶⁵⁰.

Немачко право изричито прописује пристанак радника на мере образовања, као једну од претпоставки њихове ваљаности⁶⁵¹.

⁶⁴⁶ §97 (2) Закона о саветима запослених (Betriebsverfassungsgesetz - BetrVG).

⁶⁴⁷ BAG 7.2.1991, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр: 214.

⁶⁴⁸ Критеријумима прихватљивости мера сматрају се нарочито: очекивани трошкови преквалификације; способност радника за преквалификацију и тиме условљена успешност мера; претходно трајање радног односа запосленог у предузећу, али и очекивано трајање радног односа тог запосленог у будућности (сматра се да дужина трајања рада у будућности мора кореспондирати терету који обука има за послодавца у организационом и економском смислу); могућност коришћења рада тог запосленог за време провођења мера; постојање образовних установа (укључујући могућност образовања унутар погона); величина и економски положај погона; спремност радника да и сам учествује у трошковима образовања, број других запослених код послодавца који већ имају потребне квалификације које запослени тек треба да стекне и др. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр: 215.

⁶⁴⁹ BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁶⁵⁰ BAG 7.2.1991, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

⁶⁵¹ S. Laleta, *op. cit.*, стр: 216.

4.7. Учесће представника запослених у одлучивању о колективном отпуштању

4.7.1. Појам и начин одређивања представника запослених

4.7.1.1. Појам и начин одређивања представника запослених у француском праву

Свако колективно отпуштање, које у француском праву подразумева отпуштање двоје или више запослених из економских разлога, подразумева учешће представника запослених, с тим што се обим и квалитет њиховог учешћа у поступку колективног отпуштања разликују у зависности од тога да ли је у периоду од 30 дана (1) да ли је планирано отпуштање 10 или мање запослених и (2) да ли компанија броји 50 или мање запослених.

Адресат комуникације са послодавцем у свим овим поступцима је *социјално-економски комитет (comité social et économique)*, који се у складу са законом формира у свакој компанији која броји најмање 11 запослених⁶⁵². У компанијама у којима је формиран *централни* социјално-економски комитет учествује и овај орган у ситуацијама када обим отпуштања превазилази овлашћења руководиоца социјално-економских комитета организационих делова, односно ако колективно отпуштање обухвата запослене у различитим организационим деловима, без обзира да ли је реч о колективним отпуштањима до 10 запослених, или је реч о "великим колективним отпуштањима".⁶⁵³

Поред тога, у поступку колективног отпуштања важну улогу, паралелно са социјално-економским комитетима који се организују код послодавца, имају и *репрезентативни синдикати*, будући да је низ питања релевантних за планирање и спровођење поступка колективног отпуштања могуће, у складу са законом, уредити закључењем колективног уговора.

⁶⁵² Чланом L. 2311-2 Законика о раду прописано је да се социјално-економски комитет обавезно организује у свим компанијама са најмање 11 запослених, док је одредбама чланова L. 1233-8, L. 1233-29 и L. 1233-30 прописана обавеза послодавца да о свим намераваним колективним отпуштањима обавести социјално-економски комитет. Ово унифицирање представничких тела запослених је последица законске реформе из 2017. године, док је у претходном периоду постојао велики број различитих представника запослених, чије су се надлежности у поступцима колективног отпуштања узајамно преплитале, у зависности од броја запослених који ће бити обухваћени колективним отпуштањем и укупног броја запослених у компанији.

⁶⁵³ *Code du travail*, L. 1233-9 и L. 1233-36.

4.7.1.2. Појам и начин одређивања представника запослених у италијанском праву

За разлику од претходна три посматрана правна система, у којима синдикати немају никакву или барем не значајну улогу у поступцима колективних отпуштања, у италијанском праву *синдикати* су искључиво надлежни за партиципацију у овој врсти поступака.

Уколико код послодавца постоје компанијске синдикалне организације, које су организоване и функционишу на нивоу послодавца, у поступку колективног отпуштања тада учествују (1) *овлашћени представници синдиката у компанији*, или (2) *структурна удружења која припадају најрепрезентативнијим конфедерацијама* на националном нивоу, с тим што комуникација са овим удружењима може бити вршена и преко уније послодавца којој компанија припада⁶⁵⁴. У јуриспруденцији Касационог суда заузет је став да, уколико код послодавца постоји само један синдикат, његова се репрезентативности не мора утврђивати⁶⁵⁵.

4.7.1.3. Појам и начин одређивања представника запослених у немачком праву

Законом о саветима запослених императивно је прописана обавеза послодавца да о сваком планираном отказу, било редовном или ванредном, претходно консултује *савет запослених*, под претњом ништавости отказа датог без претходно спроведених консултација⁶⁵⁶. Право савета запослених на партиципацију у поступку колективног отпуштања додатно је потврђено Законом о заштити од отказа, којим се детаљно уређује обим и начин остваривања учешћа савета запослених у поступцима колективних отпуштања⁶⁵⁷.

Савети запослених се оснивају *на нивоу погона*, као најважније организационе јединице у немачком радном праву, а запослени имају право на њихово оснивање без обзира на број запослених код послодавца⁶⁵⁸. У предузећима у којима постоји

⁶⁵⁴ Legge 223/91, чл. 4, ст. 2.

⁶⁵⁵ Пресуда Касационог суда 24025/2013.

⁶⁵⁶ § 102 (1) BetrVG.

⁶⁵⁷ § 117 KSchG.

⁶⁵⁸ Особеност немачког права чини законско искључење чланова извршног особља, односно менаџмента, из састава савета запослених, тако да њихови интереси не могу бити заступљени кроз савет запослених, без обзира што и они могу бити запослени у компанији. Посебно проблематичан аспект овог искључења представља гломазна и недовољно јасна дефиниција менаџмента дата у Закону о саветима запослених, услед чега је линија демаркације прилично маглопита и води потенцијалном ускраћивању права значајном броју запослених. Наиме, према § 5 Закона о саветима запослених, извршним особљем сматрају се запослени који по свом статусу и уговору о раду: (1) имају овлашћење да на своју одговорност запошљавају и отпуштају запослене у име и за рачун послодавца; (2) имају генерално овлашћење или пун капацитет заступања (прокуру), или (3) есенцијално носе друга задужења од значаја за постојање предузећа, која су им поверена због њихове нарочите стручности или

више погона обавезно је формирање *компанијских савета запослених*, а уколико више компанија послује у оквиру групе, односно концерна, компанијски савети могу оформити *групни савет запослених*. Иако је основно правило да су савети запослених на нивоу погона преваходно надлежни за партиципацију по свим социјалним, кадровским и економским питањима из делокруга савета запослених, те да компанијски савети запослених ову надлежност преузимају само по питањима која превазилазе оквиру погона или су им делегирани од стране савета запослених погона⁶⁵⁹, у јуриспруденцији Савезног радног суда постоји схватање да *код масовних отпуштања, у зависности од њихове магнитуде, надлежност за консултације треба поверити компанијским или групним, а не погонским саветима запослених*⁶⁶⁰.

У циљу обезбеђивања ефикасности њиховог функционисања, послодавац сноси све трошкове рада савета запослених, укључујући у одређеним случајевима и ангажовање експерата из одређених области⁶⁶¹.

Законским прописима је предвиђена искључива надлежност савета запослених у поступцима колективног отпуштања, док *синдикатима није признато право на партиципацију у овим поступцима*. Како закон прописује само право, али не и обавезу оснивања савета запослених код послодавца, нити постоји било каква санкција уколико се савет запослених не оснује⁶⁶², може се догодити да код послодавца који планира да спроведе колективно отпуштање не постоји савет запослених, у ком случају се поставља питање на кога послодавац треба да адресира законом

знања, а могу самостално да доносе одлуке или имају велики утицај на њихово доношење. Одређено разграничење покушао је да начини Савезни радни суд, прецизирајући да су из структуре савета запослених искључени једино запослени који имају управљачке функције, који уживају значајна дискрециона овлашћења при доношењу одлука и који, са аспекта суштинске природе својих функција, имају супротстављену улогу запосленима које представља савет запослених. Сходно томе, средњи менаџмент и истраживачки кадар не представља менаџмент који је искључен из састава савета запослених (BAG, 23.01.1986 – 6 ABR 51/81, *Arbeitsrechtliche Praxis*, No. 32 §5 BetrVG 1972; 25.10.1989 – 1 ABR 76/79, *Arbeitsrechtliche Praxis*, No. 42 §5 BetrVG 1972). Опширније у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 227-230.

⁶⁵⁹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 225, 236-237.

⁶⁶⁰ BAG 20.9.2012 – 6 AZR 155/11, нав. према: R. Cosio, F. Curcuruto, V. Di Cerbo, G. Mammone (Eds.), *op. cit.*, стр. 201.

⁶⁶¹ Опширније о саветима запослених у: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 232-239. Њихово право партиципације садржи безмало сва овлашћења која ово право у теорији подразумева: почев од права на информисање и консултовање, преко права контроле и вета, па до најважнијег – права саодлучивања, а спектар њихове надлежности је изузетно широк и обухвата: кадровска, економска и социјална питања. *Кадровска питања* односе се на планирање кадрова и стручно образовање и усавршавање, као и запошљавање, *премештаје или отпуштање запослених*. Економска питања дефинишу се као сва питања која се односе на економску политику менаџмента, као што су инвестиције, производња, маркетинг и тако даље. Социјална питања су она која се односе на социјалне последице економских одлука. *Право саодлучивања* постоји у законом одређеном броју случајева који се односе на *кадровска* (на пример, утврђивање колективних смерница за избор запослених у случају колективних отпуштања) и *социјална* питања (на пример, мере за отклањање, умањење или компензовање додатног терета и стреса који запосленима проузрокује увођење технолошких промена), док по економским питањима имају искључиво право на информисање и евентуално консултовање. Међутим, већ и сама чињеница да су социјална питања, у којима савет надлежности ужива право на саодлучивање у блиској и често неодојивој вези са економским питањима, чини савет запослених изузетно утицајним телом у поступцима колективног отпуштања.

⁶⁶² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 224.

предвиђене информације, односно ко би му био саговорник у поступку консултација? Претежни део немачке доктрине стоји на становишту да послодавац није обавезан ни по немачком, нити по комунитарном праву да оснива *ad hoc* представничка тела запослених само за потребе колективних отпуштања, што значи да у овом случају колективно отпуштање може да се спроведе без поступка информисања и консултовања⁶⁶³. Овакво схватање представља посебан проблем када се има у виду да се савети запослених релативно ретко оснивају⁶⁶⁴ и то углавном код великих послодаваца⁶⁶⁵. Такође, наведено становиште трпи критику и са аспекта јуриспруденције Европског суда правде у примени Директиве број 98/59/ЕЗ, оличене у већ спомињаној пресуди донетој у спору *Commission v. United Kingdom* (C-383/92 од 8. јуна 1994. године), која упозорава на недопустивост стварања законских могућности послодавцима да искључе представнике запослених из поступка колективних отпуштања.

4.7.1.4. Појам и начин одређивања представника запослених у хрватском праву

Као и у претходно анализираним правима, тако и у хрватском праву, у складу са изричитим законским одредбама, право учешћа у поступцима *колективних отпуштања, односно колективних вишкова радника, има радничко веће*⁶⁶⁶, *које запослени могу основати код послодавца који има најмање 20 запослених, а може бити основано на нивоу послодавца као целине или на нивоу организационих јединица*⁶⁶⁷.

Међутим, за разлику од немачког права, где је надлежност савета запослених

⁶⁶³ Нав. према: R. Cosio, F. Curcuruto, V. Di Cerbo, G. Mammone (Eds.), *op. cit.*, стр. 201.

⁶⁶⁴ Према истраживању из 2004. године, свега 13.5% од укупног броја немачких компанија са преко пет запослених је имало савете запослених. Но без обзира, око половине од укупног броја запослених ради у компанијама са саветима запослених, тако да је свеукупна покривеност задовољавајућа, али су носници тога велике компаније. Више о томе: Karen Ullmann, Silke Bothfeld, „The German Employment Protection Act – How does it work in company practice?“ *WSI-Diskussionspapier No. 161, Wirtschafts und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf*, 2008, стр. 26.

⁶⁶⁵ Више о томе у: John T. Addison, Lutz. Bellmann, Claus Schnabel and Joachim Wagner, *German Works Councils Old and New: Incidence, Coverage and Determinants*, IZA Discussion Paper No. 495, 2002.

⁶⁶⁶ ZRHR, чл. 127, ст. 3 и 4. Како радничко веће може бити основано код послодавца који заступа 20 или више запослених (чл. 140), то значи да у случају колективног вишка радника, код сваког послодавца постоји хипотетичка могућност партиципације, с обзиром да је пензус за колективно отпуштање 20 или више запослених, без обзира на број запослених код послодавца. Предлог за оснивање радничког већа може дати најмање 20% радника или чак и синдикат (чл. 141, ст. 2). Број чланова радничког већа пропорционалан је броју запослених код послодавца, а његов састав је базиран на равномерној заступљености свих организационих јединица и категорија радника (чл. 142). Као ни у немачком праву, тако ни у хрватском праву у радничко веће не могу бити бирани чланови управе, односно управних и надзорних органа послодавца, изузев представника запослених у тим телима), као ни други запослени са посебним овлашћењима за одлучивање о правима, обавезама и одговорностима запослених, нити чланови породица ових лица (чл. 145).

⁶⁶⁷ ZRHR, чл. 143. Уколико су радничка већа организована по организационим јединицама, могуће је формирати главно радничко веће на нивоу послодавца, али искључиво ако радничка већа постоје у свим организационим јединицама код послодавца, у ком случају оснивањем главног радничког већа престају да постоје радничка већа организационих делова.

у овим поступцима искључива, у хрватском праву *синдикати* могу преузети сва права и обавезе радничких већа у представљању радника⁶⁶⁸, тако да се запосленима обезбеђује партиципација у поступку решавања колективног вишка радника увек када код послодавца постоји радничко веће или синдикат, чиме се подиже лествица заштите запослених.

С друге стране, за разлику од француског права, где су овлашћења социјално-економског комитета и синдиката комплементарна, у хрватском праву је *улога синдиката супсидијарна*, односно они учествују у овим поступцима само ако код послодавца није основано радничко веће.

Дакле, тек уколико код послодавца није основано радничко веће, његове надлежности преузима синдикат, односно синдикални повереник који мора бити у радном односу код послодавца, кога може изабрати синдикат који мора у чланству имати најмање пет запослених код послодавца, а уколико код послодавца постоји више синдиката који испуњавају те услове, повереника бирају споразумно⁶⁶⁹. Синдикалне поверенике могу изабрати само синдикати који имају најмање пет запослених код послодавца, а синдикални повереник мора бити у радном односу код послодавца⁶⁷⁰.

Тек ако код послодавца не постоји ни радничко веће, нити синдикат који има право да, у складу са законом, изабере синдикалног повереника, колективни вишак радника моћи ће да се спроведе без партиципације запослених у одлучивању⁶⁷¹. Ово законско решење изложено је критикама у хрватској доктрини, као несагласно Директиви 98/59/ЕС, те се указује на пресуду Европског суда правде у спору *Commission v. United Kingdom* (C-383/92 од 8. јуна 1994. године), којом је суд изразио став да обавеза информисања и консултовања постоји и у оним предузећима где

⁶⁶⁸ ZRHR, чл. 153, ст. 3, 4. Изузетно, синдикати немају право избора у органе послодавца, у које могу бити бирани искључиво чланови радничких већа, у складу са чланом 164. истог закона. Сарадња радничког већа и синдиката је вишедимензионална: (1) синдикат може да предлаже кандидате за радничко веће (чл. 146, ст. 1), (2) радничко веће дужно је обавештавати све синдикате о свом раду и примати предлоге и иницијативе синдиката, односно сарађивати са свим синдикатима код послодавца у циљу заштите и унапређења интереса запослених (чл. 152, чл. 153, ст. 1), (3) функција у радничком већу није неспојива са функцијом у синдикату, тако да члан радничког већа може несметано наставити рад у синдикату (чл. 153, ст. 2).

⁶⁶⁹ ZRHR, чл. 153.

⁶⁷⁰ ZRHR, чл. 187, ст. 2 и 4.

⁶⁷¹ VSRH, Rev-2113/01 од 27.02.2002. Нав. према: Џ. Потоцњак, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 75. Ипак треба приметити да ни у том случају радници неће остати необавештени о предстојећим колективним отпуштањима, нити ће им бити ускраћена могућност расправе о томе, с обзиром на изричиту обавезу послодавца код кога није основано радничко веће упркос постојању услова за његово формирање (20 или више запослених у радном односу), да два пута годишње, у правилним временским размацама, сазове скуп радника ради обавештавања и расправе о стању и развоју послодавца (члан 163 хрватског Закона о раду). Дакле, чак и у том случају, доћи ће до својеврсне партиципације запослених, иако не у класичном одређењу колективног радног права, будући да се иста не одвија преко артикулисаних радничких представника, те ни квалитет информација и консултација не кореспондира онима које има радничко веће, односно синдикални представник.

радници нису организовани и да је дужност државе чланице да, у циљу испуњења обавеза из Директиве, уреди начин избора радничких представника које ће послодавац обавестити о намераваним отказима и саветовати се са њима о том питању⁶⁷².

4.7.2. Права представника запослених

4.7.2.1. Права представника запослених у француском праву

4.7.2.1.1. Право на информисање

Без обзира на обим колективног отпуштања и величину послодавца, сваки послодавац код кога постоји обавеза оснивања социјално-економског комитета дужан је да у случају планираног колективног отпуштања овом комитету достави следеће информације: (1) економске, финансијске или техничке *разлоге* за планирана отпуштања, (2) планирани *број отказа*, (3) *професионалне категорије* које ће бити погођене отпуштањима и предложене *критеријуме* за селекцију запослених, (4) *број запослених* у радном односу на неодређено време и број запослених ангажованих на одређено време, (5) *период* у коме ће бити отказани уговори о раду, (6) предложене економске *мере* и (7) *последице* колективног отпуштања на здравље, безбедност и услове рада запослених, уколико се исте могу предвидети⁶⁷³.

Поред наведених информација, послодавац који планира "велико колективно отпуштање", што значи најмање 10 запослених у периоду од 30 дана, дужан је да, уколико редовно *запошљава мање од 50 запослених*, представницима запослених достави и *обавештење о планираним мерама за запошљавање*⁶⁷⁴, а ако редовно *запошљава најмање 50 запослених* дужан је да представницима запослених достави и *план*

⁶⁷² S. Laleta, *op. cit.*, стр. 253-254. Као могуће *de lege ferenda* решење, проф. Поточњак предлаже да се пропише обавеза послодавца да у таквом случају о обавештењу о предстојећем колективном вишку радника упути на скупу радника, те да се на том скупу изаберу представници који ће учествовати у поступку консултовања. *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit.*, стр. 473.

⁶⁷³ *Code du travail*, L. 1233-10, 1233- 31. Све до легислативне реформе Законика о раду из 2017. године, била је предвиђена генерална обавеза послодавца да се о свим важним одлукама управе, које имају утицаја на безбедност и здравље запослених или њихово запослење, консултује са одбором за безбедност и здравље на раду, а такође је и експлицитно прописана обавеза консултација са овим одбором приликом доношења плана за очување запослења. У јуриспруденцији француских судова, важност консултовања са овим одбором у процесима реструктурирања и планова смањења броја запослених, објашњавана је тиме да колективна отпуштања могу створити проблеме у безбедности и здрављу запослених, и то како оних који су погођени отказима, тако и запослених који настављају да раде. M. Vlatman, *op. cit.*, стр. 149. Овај одбор је законодавном реформом престао да постоји, а његове надлежности пренете су на социјално-економске комитете.

⁶⁷⁴ *Code du travail*, L. 1233-32.

очувања запослења⁶⁷⁵. Важно је приметити да код ових отпуштања, послодавац има обавезу информисања представника запослених о предстојећим колективним отпуштањима и обавезу достављања плана очувања запослења *без обзира да ли је код њега формиран социјално-економски комитет* или не, чиме је француски законодавац потврдио своју одлучност да запослени морају бити упознати са детаљима планираног колективног отпуштања пре него што им се послодавац обрати са информацијом о индивидуалним отказима⁶⁷⁶.

4.7.2.1.2. Право на консултовање

Послодавац који планира да прибегне колективном отпуштању дужан је да, без обзира на обим планираних отказа и величину послодавца, са представницима запослених одржи *састанак*, на који их позива истовремено са достављањем релевантних информација о планираном колективном отпуштању⁶⁷⁷.

У случају када је планирано *мање од 10* запослених у периоду од 30 дана, социјално-економски комитет је дужан да своје мишљење о планираним отпуштањима достави у року од *месеца дана* почев од првог састанка са послодавцем, а поступак консултовања сматраће се уредно спроведеним и окончаним и уколико у том року мишљење не буде достављено⁶⁷⁸.

С друге стране, у случају колективног отпуштања које обухвата *најмање 10* запослених у периоду од 30 дана, послодавац је дужан да социјално-економском комитету остави *дужи рок за достављање мишљења* и то најмање (1) *два месеца* када је планирано *до 100* отказа, (2) *три месеца* када је планирано између 100 и 249 отказа и (3) *четири месеца* када је планирани број отказа најмање *250*. И у овом случају ће се у случају недостављања мишљења у прописаном року поступак консултовања сматрати уредно спроведеним и окончаним⁶⁷⁹. Код ових отпуштања, послодавац је *дужан да одговори* на мишљење и предлоге представника запослених у погледу предложених мера за запошљавање⁶⁸⁰.

Додатно, законом је предвиђена могућност да се у случају "великих

⁶⁷⁵ *Ibid.*

⁶⁷⁶ *Ibid.*, L. 1233-49.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, L. 1233-10 и 1233-31.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, L. 1233-8. У складу са одредбом члана L. 1233-29, социјално-економски комитет се за то време може састати два пута, у размаку који не може бити дужи од 14 дана.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, L. 1233-30. Социјално-економски комитет се може у том периоду састати најмање два пута, са размацима који не могу бити краћи од 15 дана.

⁶⁸⁰ *Ibid.*, L. 1233-33.

колективних отпуштања" законско право на консултовање *додатно унапреди аутономним изворима* права, односно компанијским, групним или гранским уговорима, којима се могу утврдити: (1) посебна *правила сазивања* социјално-економског комитета ради информисања о економским и финансијским условима пословања компаније, (2) право социјално-економског комитета да послодавцу достави *алтернативне предлоге* у односу на планирано реструктурирање које утиче на стабилност запослења и да од послодавца захтева образложен одговор на своје предлоге, као и (3) право социјално-економског комитета да тражи *експертизу*⁶⁸¹.

У случају "*великих колективних отпуштања*" код послодаваца који имају *најмање 50 запослених*, социјално-економски савет има право да већ на првом састанку са послодавцем захтева *асистенцију експерта* из области финансија и рачуноводства, као и области безбедности и здравља на раду ради оцене потенцијалних ефеката реорганизације на услове рада, са циљем да се омогући репрезентативним синдикатима да са послодавцем испреговарају колективни уговор о садржини плана очувања запослења⁶⁸².

Код колективних отпуштања која обухватају најмање 10 запослених у периоду од 30 дана код послодаваца који имају најмање 50 запослених, *централни предмет консултација је план очувања запослења ('le plan de sauvegarde de l'emploi')*, чије је доношење услов законитости "*великих колективних отпуштања*" код ове врсте послодаваца.

С обзиром да план очувања запослења може (и превасходно треба) да буде предмет колективног уговора између послодавца и репрезентативних синдиката⁶⁸³, у случају *иницирања преговора за закључење тог колективног уговора, поступак консултовања тече паралелно са колективним преговорима*⁶⁸⁴. Иницирање преговора за закључење колективног уговора о очувању плана запослења ни у ком случају не суспендује рад социјално-економског комитета нити искључује његову улогу у поступцима колективног отпуштања, већ само ограничава консултативну улогу социјално-

⁶⁸¹ *Ibid.*, L. 1233-21, 1233-22.

⁶⁸² *Ibid.*, L. 1233-34 и 1233-35. Како би се избегло да асистенција експерта проузрокује озбиљна кашњења колективних отпуштања, законодавац је прописао прецизне рокове за подношење захтева послодавцу да експерту достави информације, рокове за поступање послодавца и рокове за достављање извештаја социјално-економском комитету и синдикатима, при чему се све радње морају спровести тако да се извештај експерта достави најкасније 15 дана пре истека рока за достављање мишљења социјално-економског комитета послодавцу.

⁶⁸³ *Ibid.*, L. 1233-24-1. Наведени колективни уговор може закључити послодавац са једном или више репрезентативних синдикалних организација које су добиле најмање 50% гласова у првом кругу избора чланова социјално-економског комитета, а о почетку преговора за закључење овог колективног уговора се без одлагања обавештава надлежна јавна власт.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, L. 1233-30.

економског комитета на питања која нису предмет колективног уговора⁶⁸⁵.

План очувања запослења за свој основни предмет има мере за запошљавање, и то: (1) *интерни премештај* на друге послове исте или еквивалентне категорије, односно ниже категорије уз пристанак запосленог, (2) *наставак свих или дела активности* компаније којима се спречава затварање одређених делова, (3) *развој нових активности* компаније, (4) *екстерно запошљавање*, посебно у оквиру јавних програма подршке повећању запослености, (4) активности које стимулишу *оснивање нових предузећа или обнову ранијих пословних активности* од стране запослених, (5) *обуке и прилагођавање послова* у циљу подршке интерним премештајима и екстерном запошљавању, као и (6) *скраћивање радног времена*, реорганизација рада и редукција прековременог рада којима се омогућава очување дела послова чије је гашење планирано⁶⁸⁶.

Поред самог плана очувања запослења, колективни уговор којим се стипулише овај план може такође предвидети: (1) *поступак информисања и консултовања социјално-економског комитета*, посебно у случају планираног преноса једног или више делова компаније у циљу заштите одређеног броја послова, (2) *редослед и начин примене примене критеријума* за селекцију запослених, (3) *динамику отказивања уговора о раду*, (4) *број радних места за којима је престала потреба* и захтеване квалификације за те послове и (5) *поступак за спровођење мера* обуке, адаптације и премештаја на друге послове у складу са законом⁶⁸⁷.

У случају да, услед одсуства овлашћених синдиката или немогућности постизања договора, *не дође до закључења колективног уговора о садржини плана очувања запослења, исти ће донети послодавац, након спроведеног поступка консултовања* са социјално-економским комитетом, са свим обавезним елементима које би морао садржати колективни уговор⁶⁸⁸. Уколико колективни уговор о очувања плана запослења буде закључен, али истим не буду целовито обухваћени сви обавезни елементи тог плана, послодавац ће донети план очувања запослења којим ће супституисати недостајуће елементе колективног уговора⁶⁸⁹.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, L. 1233-46.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, L. 1233-61 и L. 1233-62.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, L. 1233-24-2.

⁶⁸⁸ Интересантно је приметити да је све до законских измена из 2013. године, извршених Законом о сигурности запослења број 2013-504 од 14. јуна 2013. године, надлежност за доношење плана очувања запослења имао искључиво послодавац, тако да је исти представљао једностранни акт, који је послодавац сачињавао по окончању процеса информисања и консултовања савета запослених, те да је тек наведеном легислативном реформом уведена могућност закључења колективног уговора са репрезентативним синдикатима, чији је предмет план очувања запослења. Нав. према: М. Blatman, стр. 169.

⁶⁸⁹ *Code du travail*, L. 1233-57-3.

Ефективно спровођење и окончање поступка информисања и консултовања представља услов за верификовање колективног уговора о садржини плана очувања запослења и поступку отказивања уговора о раду од стране Директората, односно за издавање сагласности Директората на план очувања запослења који изради послодавац у одсуству колективног уговора⁶⁹⁰.

4.7.2.2. Права представника запослених у италијанском праву

4.7.2.2.1. Право на информисање

Послодавац је дужан да пре започињања колективних отпуштања писаним путем синдикат обавести⁶⁹¹ о: (1) *разлозима* настанка вишка запослених; (2) разлозима техничке, организационе или производне природе који указују на немогућност примене мера за отклањање или смањивање потребе за колективним отпуштањем; (3) броју запослених који представљају *вишак*, пословима које ти запослени обављају у компанији⁶⁹² и њиховим професионалним квалификацијама; (4) укупном броју *редовно запослених* у компанији; (5) *роковима* у којима ће бити извршено смањење броја запослених; (6) евентуалним *мерама* предвиђеним за санирање последица планиране редукције броја запослених на социјалном плану; (7) методологији обрачуна *накнада* које послодавац планира да исплати запосленима, а које нису предмет закона или колективних уговора⁶⁹³.

У доктрини се указује да послодавац приликом достављања информација мора поштовати опште принципе поступања у доброј вери и фер понашања, те да сходно томе треба да настоји да синдикатима обезбеди конкретне и корисне информације, које могу да им омогуће јасно разумевање стања у компанији и намере послодавца у односу на сваког запосленог који представља вишак⁶⁹⁴. Штавише, комуникација треба да буде таква да омогући синдикату да компетентно успостави

⁶⁹⁰ M. Blatman, стр. 149.

⁶⁹¹ У складу са чланом 4, став 15бис Закона 223/1991, послодавац је обавезан да синдикатима омогући партиципацију у поступку колективног отпуштања без обзира на то да ли је одлуку о почетку поступка колективног отпуштања донео непосредно послодавац или лице које има контролу над њим, тако да се послодавац не може ослободити ове обавезе позивањем на то да му контролна компанија није обезбедила довољан ниво информација који би му омогућио отварање социјалног дијалога.

⁶⁹² Касациони суд је оценио незаконитим поступак колективног отпуштања у коме је послодавац обавестио синдикат о категоријама запослених у којима ће се исказати вишак (радници, пословође, службеници, менаџери и директори), с обзиром да закон захтева достављање информација о пословима и квалификацијама запослених који ће бити утврђени вишком. Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 265.

⁶⁹³ Legge 223/1991, чл. 4, ст. 3.

⁶⁹⁴ C. Bruni, *op. cit.*, стр. 14-15.

контролу над планираном редукцијом броја запослених, укључујући и процену могућности усвајања алтернативних мера за спречавање отказа⁶⁹⁵.

Прописивање обавезе послодавца на достављање овако детаљних информација има за циљ да веже послодавца аргументацијом којом је у поступку колективног отпуштања оправдао потребу за отказима, тако да послодавац у евентуалном радном спору не може да оправданост отказа аргументује другачијим разлозима⁶⁹⁶.

Ипак, закон предвиђа да недостаци иницијалне комуникације могу бити отклоњени закључењем колективног уговора у поступку консултација са синдикатом⁶⁹⁷, чак и ако колективни уговор не буде био закључен са свим синдикатима који су адресати комуникације, тако што ће у текст колективног уговора бити унета посебна клаузула, тзв. *sanatoria*⁶⁹⁸. У литератури се указује да ова клаузула не може бити паушална, већ мора садржати или (1) изричито одређење недостатака иницијалне комуникације и заједничку намеру да исти буду превазиђени или (2) конклюдентно превазилажење недостатака, тиме што ће се из понашања учесника колективног уговора закључити да су током поступка консултовања иницијални недостаци комуникације испитани и продискутовани⁶⁹⁹. Треба, међутим, умати у виду да клаузула *sanatoria* може да отклони само недостатке иницијалне комуникације, али не и недостатке који се појаве у неким другим фазама поступка колективног отпуштања⁷⁰⁰, као ни да санира потпуно одсуство иницијалних информација⁷⁰¹. Коначно, наведена клаузула може бити садржана искључиво у колективном уговору закљученом током трајања поступка колективног отпуштања, а не пре његовог започињања или након његовог окончања⁷⁰².

4.7.2.2.2. Право на консултовање

Колективно отпуштање мора бити спроведено кроз поступак консултовања са синдикатима, детаљно уређеним Законом 223/1991, који има за *циљ* да обезбеди синдикатима - кроз заједничко испитивање са послодавцем - пун *увид у разлоге* који

⁶⁹⁵ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 265.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, стр. 13.

⁶⁹⁷ Legge 223/91, чл. 4 ст. 12.

⁶⁹⁸ F. Curcuruto, *op. cit.*

⁶⁹⁹ Pasqualino Albi, "La Riforma Monti-Fornero e i licenziamenti collettivi", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*. IT-161/2012, стр. 3.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр.

⁷⁰² P. Albi, *op. cit.*, стр. 4.

ДОВОДЕ ДО НАСТАНКА ВИШКА ЗАПОСЛЕНИХ, ЊИХОВУ *каузалну везу са престанком потребе* за радом запослених и *неминовност* колективног отпуштања⁷⁰³. Неспровођење претходних консултација са синдикатима чини отказе незаконитим и штавише ће бити сматрано антисиндикалним деловањем, у складу са чланом 28 Закона 300/1970 (тзв. "Раднички закон"). Међутим, дијалог послодавца и синдиката не мора да буде крунисан споразумом, тако да послодавац у случају неуспеха поступка консултовања, може несметано да настави са поступком колективног отпуштања⁷⁰⁴.

Поступак консултовања започиње на захтев синдиката у року од седам дана од дана пријема прописаних информација послодавца о намераваном колективном отпуштању. Закон овај поступак назива "поступак заједничког испитивања" (*un esame congiunto tra le parti*), а предмет консултовања су (1) *разлози* који су допринели настанку вишка запослених; (2) разматрање могућности *премештаја* свих или дела вишка запослених на друге послове у компанији, евентуално уз коришћење солидарних уговора (*contratti di solidarietà*) или кроз флексибилну организацију радног времена (*forme flessibili di gestione del tempo di lavoro*), а уколико на претходно наведени начин није могуће избећи отпуштања, (3) разматрање могућности пратећих социјалних мера, посебно *преквалификације или доквалификације* запослених којима ће уговори о раду бити отказани (*riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati*). У поступку консултовања, синдикатима, на њихов захтев, може бити обезбеђена асистенција експерта.⁷⁰⁵

Поступак консултовања окончава се у року од *45 дана*⁷⁰⁶ почев од дана пријема писаних информација послодавца о планираном колективном отпуштању. О исходу тог поступка послодавац је дужан да писаним путем обавести провинцијални Биро за рад и максималну запосленост (*Ufficio Provinciale del lavoro e della massima occupazione comunicazione*), уз обавезу да у случају неуспеха преговора у обавештењу наведе и разлоге непостизања договора⁷⁰⁷.

У случају непостизања договора послодавца и синдиката о питањима која су прописана као предмет консултација⁷⁰⁸, активира поступак обавезне медијације, који

⁷⁰³ *Ibid.*, стр. 11.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ *Legge 223/91*, чл. 4 ст. 5.

⁷⁰⁶ Уколико је број запослених који су потенцијални вишак мањи од 10, наведени рок се, у складу са чланом 4 став 8 Закона 223/1991, смањује на половину.

⁷⁰⁷ *Legge 223/91*, чл. 4 ст. 6. Овом законском одредбом прописано је да обавештење Бироу могу да доставе и синдикати.

⁷⁰⁸ У литератури се истиче да се поступак обавезне медијације мора покренути не само у случају неуспеха преговора између послодавца и синдиката, већ и у случају када синдикат није у законском року (од 7 дана) захтевао спровођење поступка консултовања или тзв. заједничког испитивања. С. Bruni, *op. cit.*, стр. 15.

се води пред Бироом⁷⁰⁹ и може трајати најдуже 30 дана⁷¹⁰.

У случају постизања договора о питањима која су предмет консултовања, закључује се *колективни уговор*, којим се уређује начин решавања вишка запослених, отпуштањем запослених или избегавањем отпуштања кроз примену алтернативних мера⁷¹¹.

У случају окончања поступка консултовања без постизања договора, послодавац је слободан да *једнострано донесе коначну одлуку* о решавању вишка запослених; ипак, закон подстиче послодавце на постизање консензуса са синдикатима предвиђањем различитих погодности, као што су смањивање трошкова отпуштања у случају постизања договора или обезбеђивање алтернативних решења, као што су солидарни уговори, планови превременог пензионисања и слично⁷¹².

Тек по окончању целокупног поступка консултовања послодавац је овлашћен да запосленима откаже уговоре о раду, упућивањем појединачних аката о отказу уговора о раду и уз поштовање отказног рока⁷¹³. Такође, послодавац је дужан да у року од седам дана почев од дана слања отказа запосленима достави Бироу, Регионалној комисији за запошљавање и релевантним струковним удружењима, личне и професионалне податке о запосленима и критеријумима на основу којих је извршена селекција запослених који су добили отказ⁷¹⁴.

Италијански законодавац није прописао обавезу доношења програма решавања вишка запослених, односно било које врсте социјалног програма⁷¹⁵.

4.7.2.3. Права представника запослених у немачком праву

4.7.2.3.1. Уводне напомене

Ради бољег разумевања учешћа савета запослених у поступцима колективног отпуштања, треба већ на самом почетку указати да је право на партиципацију

⁷⁰⁹ Закон прописује да се поступак води пред Бироом провинције, али се у литератури истиче да се поступак може водити непосредно пред Министарством рада, уколико се вишак запослених исказује у организационим деловима који се налазе у различитим провинцијама истог региона или различитим регионима. *Ibid.*

⁷¹⁰ Уколико је број запослених који су потенцијални вишак мањи од 10, наведени рок се, у складу са чланом 4 став 8 Закона 223/1991, смањује на половину.

⁷¹¹ С. Вгупи, *op. cit.*, стр. 16.

⁷¹² Т. Треу, *op. cit.*, стр. 134.

⁷¹³ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 260.

⁷¹⁴ Члан 4 став 9 Закона 223/1991.

⁷¹⁵ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 134.

паралелно уређено нормама индивидуалног радног права, садржаним у Закону о заштити од отказа (*Kündigungsschutzgesetz* - *KSchG*) и нормама колективног радног права, садржаним у Закону о саветима запослених (*Betriebsverfassungsgesetz* – *BetrVG*), што чини поступање послодавца додатно комплексним, јер одредбе колективног права, које на уопштен начин уређују положај савета запослених, нису идентичне одредбама индивидуалног права, које је фокусирано на колективна отпуштања, али су, са друге стране, у одређеној мери сличне и компатибилне са правилима колективног отпуштања.

Међутим, док је одредбама Закона о заштити од отказа прописано само право на информисање и консултовање⁷¹⁶, одредбама Закона о саветима запослених признато је савету запослених и право на саодлучивање по одређеним питањима, што у случају непостизања споразума активира веома интересантне методе решавања радних спорова, укључујући ту и обавезујућу арбитражу.

Стога је у поступку колективног отпуштања, под претпоставком да послодавац испољи намеру да испуни своје обавезе у складу са заштитним одредбама колективног и индивидуалног права, могуће и дозвољено паралелно спроводити поступке уређене одредбама оба наведена закона⁷¹⁷. Штавише, успешно окончање поступка прописаног одредбама колективног права биће сматрано испуњењем обавеза послодавца и са аспекта индивидуалних правила о заштити од отказа⁷¹⁸, о чему ће у наставку бити више речи.

4.7.2.3.2. Право на информисање

Одредбама Закона о заштити од отказа прописана је обавеза послодавца који планира колективно отпуштање да о тој намери *благовремено* и *писаним путем обавести* савет запослених, достављањем одговарајућих информација, које морају садржати најмање следеће елементе: (1) *разлоге* планираних отпуштања, (2) број и занимања запослених које *планира да отпусти*, (3) број и занимања запослених које *редовно запошљава*, (4) *период* у коме намерава да откаже уговоре о раду, (5) планиране *критеријуме* за селекцију запослених којима ће отказати уговоре о раду и (6)

⁷¹⁶ §17 (3a) Закона о заштити од отказа експлицитно прописује, у складу са Директивом 98/59/EЗ, да обавеза информисања и консултовања савета запослених, као и обавеза обавештавања Агенције за запошљавање, постоји независно од тога да ли је одлуку о колективним отпуштањима донео послодавац или компанија која га контролише, те да се послодавац не може ослободити обавезе информисања, позивањем да му контролна компанија није доставила све релевантне информације.

⁷¹⁷ BAG 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, AP KSchG 1969 § 17 no. 44. Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*, стр. 202.

⁷¹⁸ M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*

критеријуме за обрачун *отпремнина*⁷¹⁹.

Немачки законодавац није ближе определио шта значи појам "благовремено"⁷²⁰, већ прописује да послодавац мора савету запослених доставити све прописане информације најкасније две недеље пре него што о предстојећим отпуштањима обавести надлежну јавну власт (Агенцију за запошљавање - *Agentur für Arbeit*)⁷²¹, при чему је копију обавештења које упути Агенцији за запошљавање послодавац такође дужан да достави и савету запослених.

Међутим, као што је већ речено, обавезе послодавца нису омеђене нормама индивидуалног радног права којима је уређено колективно отпуштање, већ је послодавац дужан да поступи и у складу са нормама колективног радног права којима је уређена партиципација савета запослених.

Стога је послодавац који планира колективно отпуштање дужан да, поред информација експлицитно одређених Законом о заштити запослења, у складу са Законом о саветима запослених достави и све додатне информације које савет запослених затражи⁷²².

Додатно, у складу са § 111 Закона о саветима запослених, *послодавац који редовно запошљава више од 20 запослених са правом гласа* (за савет запослених), дужан је да благовремено и свеобухватно *информише* савет запослених о планираним оперативним променама које могу имати изразито негативне последице по запослене или значајан број запослених, тзв. "*суштинским променама у погону*" (*Betriebsänderung*). Под овим променама подразумевају се: (1) *смањење операција* или затварање целог погона, односно његових кључних делова, (2) *географско измештање* целокупног процеса рада или његових кључних делова, (3) *стајање и подела* погона, (4) *суштинске промене* у организацији рада у погону, његовој делатности или уређајима, као и (5) *увођење потпуно нових* радних метода и производних процеса⁷²³.

Наведена листа несумњиво показује да је појам суштинских промена у погону знатно шири од дефиниције колективног отпуштања, односно да суштинске промене у погону не морају подразумевати и колективно отпуштање (на пример,

⁷¹⁹ §17 (2) KSchG.

⁷²⁰ M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*, стр. 201-202. У литератури се истиче да, с обзиром да је сврха информисања у томе да се савету запослених омогући равноправно и квалитетно консултовање о начинима за спречавање отказа или њихово свођење на најмању могућу меру, као и за отклањање штетних последица отказа који су неминовни, "благовременост" треба да подразумева обавезу послодавца да савету запослених достави све наведене информације пре него што је донео коначну одлуку о планираним колективним отпуштањима, тако да савет запослених на основу примљених информација може квалитетно да учествује у поступку консултација и да предлоге који стварно могу да утичу на формирање става послодавца.

⁷²¹ §17 (3) подсекција 3 BetrVG.

⁷²² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 140. Ово произилази из одредби §80 (2) BetrVG.

⁷²³ §111 Закона о саветима запослених.

отпуштање значајног броја запослених које није везано за период од 30 дана не сматра се колективним отпуштањем, али извесно представља смањење операција), али да *колективно отпуштање извесно представља суштинску промену у погону, конкретно смањење операција*, независно од тога да ли је редукција радне снаге истовремено праћена и редукцијом опреме у погону⁷²⁴.

Стога свако колективно отпуштање код послодавца који има више од 20 запослених са правом гласа, ствара за тог послодавца додатну обавезу информисања савета запослених из §111 Закона о саветима запослених, која мора бити извршена *благовремено*, што значи у раној фази планирања организационих промена и *свеобухватно*, што подразумева упознавање савета запослених са конкретним плановима који имају негативне импликације за запослене, као и свим могућим алтернативама или модификацијама које су претходно узете у обзир или их послодавац још увек разматра у моменту достављања информација⁷²⁵.

4.7.2.3.3. Право на консултовање

Закон о заштити од отказа прокламује право савета запослених на консултовање, али не садржи детаљну разраду тог права, већ се ограничава на одређивање садржине консултација, експлицитно прописујући да су исте усмерене на спречавање отказа, њихово редуковање или отклањање штетних последица отказа⁷²⁶ и имплицитно прописујући право савета запослених на давање писаног мишљења поводом информације послодавца о планираним колективним отпуштањима⁷²⁷.

Сврха консултација послодавца и савета запослених *није постизање договора* о колективним отпуштањима, већ је ограничена на то да послодавац, пре доношења коначне одлуке, саслуша и размотри компетентно и одговорно мишљење и узме га у обзир. С друге стране, сврха давања писаног мишљења, које је послодавац дужан да уз обавештење о планираним колективним отпуштањима достави Агенцији за запошљавање, је претежно у томе да се Агенцији омогући да процени постоје ли алтернативе отказима и које су мере разматране у циљу отклањања негативних

⁷²⁴ Више о томе: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 239.

⁷²⁵ *Ibid.*, стр. 240.

⁷²⁶ §17 (2) KScgG.

⁷²⁷ §17 (3) KschG.

последица по запослене⁷²⁸.

Закон о заштити од отказа *не прописује правила преговарања, нити период трајања преговора* након кога послодавац може оценити преговоре неуспешним и наставити поступак пред Агенцијом за запошљавање. Савезни радни суд оцењује да приликом одређивања наведеног рока може бити *индикативан период од две недеље*, прописан као минималан протек времена између достављања информација савету запослених и обавештавања Агенције за запошљавање о колективним отпуштањима⁷²⁹.

4.7.2.3.4. Специфична права савета запослених у случају "суштинских промена у погону"

Поред наведене обавезе консултовања прописане нормама индивидуалног радног права којима је уређено колективно отпуштање, нормама колективног радног права прописане су посебне обавезе које послодавац има у случају доношења економских одлука које могу имати суштински неповољне последице по запослене или значајан број запослених, односно већ поменуте тзв. "*суштинске промене у погону*". Ове обавезе *не могу се stricto sensu, квалификовати као обавезе консултовања, јер под одређеним условима садрже и прерогативе саодлучивања* и *vice versa* не могу се квалификовати као право савета запослених на саодлучивање, јер је могућност саодлучивања условљена различитим факторима. Стога је за разумевање ових облика партиципације најцелесходније назвати их њиховим именом и засебно објаснити.

4.7.2.3.4.1. "Помирење интереса" (*Interessenausgleich*)

По достављању информација о увођењу суштинских промена у погону, послодавац је дужан да покуша да са саветом запослених постигне тзв. "помирење интереса" којим се утврђује *да ли мере које је планирао менаџмент уопште треба да буду спроведене* и, ако је то случај, начин њихове имплементације.

Од посебне важности је право послодавца и савета запослених, посебно утврђено Законом о заштити од отказа, да овим споразумом утврде *листу запослених*

⁷²⁸ BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47. Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, стр. 203. Стога ови аутори сматрају да мишљење треба да садржи барем: (1) изјаву савета запослених да је његово право на информисање и консултовање испоштовано, те (2) да ставови наведени у мишљењу представљају коначне ставове савета запослених, или да се савет запослених одриче права да коментарише мере.

⁷²⁹ BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202. Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, стр. 202. Аутори сматрају да овако ригидан временски оквир не узима у обзир специфичне интересе и све аспекте колективних отпуштања, те да се у том смислу не би могао сматрати довољним са аспекта јуриспруденције Европског суда правде.

којима ће, у име помирења интереса, бити отказани уговори о раду. Утврђивање ове листе производи три значајне правне последице: (1) ствара се законска претпоставка да сви наведени откази представљају *социјално оправдане отказе* због хитних оперативних потреба предузећа, чиме се терет доказивања да отказ није био узрокован хитним оперативним потребама предузећа у овом случају пребацује на запосленог који то тврди (док је у редовним случајевима тај терет доказивања на послодавцу)⁷³⁰, (2) извршен социјални избор запослених који су се нашпи на листи подложен је судској контроли само у случају "*крупних грешака*" и (3) споразум о "*помирењу интереса*" *супституише мишљење савета запослених* којим се окончава поступак консултација.⁷³¹ Наведене погодности чине закључивање споразума о "*помирењу интереса*" примамљивим за послодавце и у пракси се показују као снажан мотиватор за озбиљно приступање преговорима ове врсте⁷³², чиме је немачки законодавац, не задирући у слободу предузетништва, дао снажан подстицај развоју социјалног дијалога и превенцији радних спорова без икаквог притиска државе на индустријске односе.

Уколико се послодавац и савет запослених договоре о "*помирењу интереса*", закључују о томе споразум у писаној форми, који мора бити потписан од стране овлашћених представника⁷³³.

У случају да договор не буде постигнут, а не реши се у поступку медијације или арбитраже коју свака страна има право да захтева, *послодавац је даље слободан* да донесе економске одлуке и мере које сматра пословно оправданим.⁷³⁴

4.7.2.3.4.2. Доношење социјалног плана

Независно од тога да ли је менаџмент испунио своју обавезу да информиса савет запослених и покуша да постигне "*помирење интереса*", савет запослених има право да у случају увођења суштинских промена у погону, захтева од послодавца доношење тзв. "*социјалног плана*"⁷³⁵, у циљу компензације или умањења негативних економских последица које за запослене наступају због планираних пословних промена.

⁷³⁰ К. Ullmann, S. Bothfeld, *op. cit.*, стр. 15.

⁷³¹ §1 (5) KSchG. Треба притом имати у виду да се наведена правила неће примењивати уколико је након "*помирења интереса*" дошло до значајне промене материјалне ситуације.

⁷³² Нав. према: М. Eylert, R. Schinz, стр. 202.

⁷³³ §112 (1) Закона о саветима запослених.

⁷³⁴ §§112 (2) и (3) BetrVG. Више у: М. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 240. М. Eylert, R. Schinz, стр. 202.

⁷³⁵ §112 (1) BetrVG.

Разлика између "помирења интереса" и "социјалног плана" састоји се у томе што се споразумом о помирењу интереса утврђује које од планираних мера ће се спровести и начин њихове имплементације, као и листа запослених који услед тога постају вишак, док се *социјалним планом утврђују мере за спречавање отказа и олакшавање радног и социјално-економског положаја* запосленима који су на основу критеријума социјалног избора или листе садржане у споразуму о "помирењу интереса" већ утврђени као вишак, исплатом одређене компензације или мерама усмереним на њихово даље запошљавање.

Социјални план није само документ који садржи финансијску компензацију, већ *може такође садржати планове за преквалификацију или доквалификацију, премештај запослених на друге послове или у друге погоне истог предузећа*, као и друге мере за одржавање континуитета запослења вишка запослених⁷³⁶. Штавише, указује се да је висока стопа незапослености крајем деведесетих година двадесетог века допринела развоју различитих модела социјалних планова, кроз социјални дијалог синдиката и унија послодаваца, који дају приоритет обукама и реинтеграцији у радни однос у односу на финансијске пакете⁷³⁷, а могу бити делимично финансирани и из средстава Агенције за запошљавање⁷³⁸.

За разлику од плана очувања запослења у француском праву, социјални план ни под којим условима *не може бити једностранни акт послодавца*, већ је увек и искључиво предмет споразума између послодавца и савета запослених.

Уколико послодавац и савет запослених постигну договор о усвајању социјалног плана, дужни су да га сачине у писаној форми и исти има правно дејство компанијског споразума⁷³⁹. *У случају да до договора не дође, спор ће на захтев било које од страна решити арбитражни комитет*, који у овом случају (за разлику од спора насталог у преговорима о "помирењу интереса") решава на правно обавезујући начин за обе

⁷³⁶ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 241.

⁷³⁷ Тако, указује се на пример из 1998. године, када је након ликвидације предузећа из сектора хемијске индустрије, основано ново предузеће, чији је искључиви циљ био запошљавање бивших запослених ликвидираних предузећа, који нису нашли посао нигде стекли услове за пензију, са идејом да након две године, захваљујући обукама, нађу послове у "нормалним предузећима", те да су такав пример следила и предузећа из сектора банкарства, саобраћаја итд. Нав. према: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.* Посебно интересантан и актуелан модел, који је све чешће предмет социјалних планова, јесте прелазак запослених у тзв. "трансферне компаније". Суштина овог модела је у томе да се запосленом који је вишак нуди прелазак у трансферну компанију, заснивањем радног односа на одређено време. Запослени који на ово пристане, у замену за одрицање од права на заштиту од отказа добија продужење радног односа преко отказног рока који би имао, као и помоћ у проналажењу новог запослења коју му пружа трансферна компанија на начин који је, како се у литератури наводи, ефикаснији од методологије Агенције за запошљавање. Прихватањем преласка у трансферну компанију запослени, по правилу, не губи право на отпремнину утврђену социјалним планом, већ прелазак у трансферну компанију представља додатну вредност за запосленог, али и за послодавца, који тиме елиминира ризик спора са тим запосленим. M. Knuth, G. Mühge, J. Kirsch, *op. cit.*, стр. 16.

⁷³⁸ M. Weiss, M. Schmidt., стр. 242.

⁷³⁹ §112 (1) BetrVG.

стране, тако да арбитражна одлука замењује делове социјалног плана о којима стране нису постигле споразум или споразум у целини⁷⁴⁰. Прописивање обавезне арбитраже представља додатни стимуланс развоју квалитетног социјалног дијалога и превенцији радних спорова, јер ниједна страна не може унапред знати хоће ли арбитражном одлуком бити задовољени њени интереси или интереси друге стране.

Обавезна арбитража се, међутим, не примењује код свих послодаваца и у свим случајевима увођења суштинских промена у погон у смислу §111 Закона о саветима запослених, већ је немачки законодавац прописао изузетке у којима правно дејство арбитражне одлуке није обавезујуће, већ представља само предлог решења спора, чиме се улога арбитраже у спору око "социјалног плана" изједначава са њеном улогом у спору око "помирења интереса".

Први изузетак од обавезне арбитраже везан је за *врсту суштинских промена у погону* и *број запослених на које се рефлектују*. Тако, арбитража неће бити обавезна када се (1) суштинске промене у погону састоје искључиво у смањењу операција или затварању целог погона, односно његових кључних делова, а (2) за своју једину последицу имају отпуштање запослених због оперативних потреба предузећа у одређеном броју/проценту који је у односу на укупан број запослених у погону виши од прага за колективно отпуштање, које представницима запослених даје само право на консултовање, а не и саодлучивање⁷⁴¹.

Други изузетак од обавезне арбитраже односи се на *дужину постојања компаније*. Тако, арбитража неће бити обавезна код новооснованих послодаваца у прве четири године након оснивања, без обзира на врсте пословних промена и размере потенцијалних отпуштања⁷⁴².

Прописивањем наведена два изузетка од обавезне арбитраже, а имајући у виду њене последице, може се закључити да је немачки законодавац очигледно хтео да олакша положај послодаваца који одлуче да кризу у пословању реше колективним

⁷⁴⁰ §112 (4) BetrVG.

⁷⁴¹ §112a (1) BetrVG. У питању су отпуштања: (а) у погонима који редовно запошљавају више од 20 и мање од 60 запослених – 20% или најмање 6 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је пет запослених), (б) у погонима који редовно запошљавају најмање 60 и мање од 250 запослених – 20% или најмање 37 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 10% или најмање 25 запослених), (в) у погонима који редовно запошљавају најмање 250 и мање од 500 запослених – 15% или најмање 60 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 10% или најмање 25 запослених) и (г) у погонима који редовно запошљавају 500 или више запослених – 10% или најмање 60 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 30 запослених). Законом је изричито предвиђено да се приликом обрачунавања наведеног прага са отказима због оперативних потреба предузећа изједначавају и споразумни престанци радног односа иницирани од стране послодавца због увођења наведених пословних промена. Законом је изричито предвиђено да се приликом обрачунавања наведеног прага са отказима због оперативних потреба предузећа изједначавају и споразумни престанци радног односа иницирани од стране послодавца због увођења наведених пословних промена.

⁷⁴² §112a (2) Закона о саветима запослених.

отпуштањем запослених испод одређеног цензуса, као и послодаваца који се у првим годинама свог пословања прилагођавају тржишној утакмици увођењем разноврсних промена које се могу негативно одразити на положај запослених. Ипак, док се изостављање нових послодаваца може оправдати као мера државне подршке новим инвестицијама, у литератури се истиче да је постављањем цензуса за обавезну арбитражу изнад цензуса колективног отпуштања законодавац значајно смањio број колективних отпуштања у којима постоји обавеза доношења социјалног плана⁷⁴³, чиме је, чини се без јасног основа, велики број запослених лишен заштите и права која се могу утврдити искључиво социјалним планом.

4.7.2.4. Права представника запослених у хрватском праву

4.7.2.4.1. Право на информисање

Након што утврди постојање колективног вишка радника, послодавац је дужан да о тој чињеници обавести радничко веће, тако што ће писаним путем доставити најмање следеће податке: (1) *разлоге* због којих би могла престати потреба за радом радника, (2) број укупно *запослених* радника, (3) број, занимање и послови радника за чијим би радом могла *престати потреба*, (4) *критеријуме* за одабир тих радника, (5) износ и начин обрачуна *отфремнина* и других давања радницима за чијим радом престаје потреба и (6) *мере* које је послодавац предузео ради збрињавања вишка радника⁷⁴⁴.

С обзиром да је обавеза информисања у функцији консултовања са радничким већем, које по слову закона мора бити благовремено, у доктрини се указује да информације о колективном вишку радника морају бити дате у што ранијим фазама доношења одлуке о колективном вишку радника.⁷⁴⁵

⁷⁴³ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 241. Указује се да је све до законских измена из 1985. године, када је уведен овај цензус, праг за обавезу доношења социјалног плана у случају увођења суштинских промена у погону, у пракси Савезног радног суда био утврђиван испод прага колективног отпуштања, тако да је свако колективно отпуштање било подложно доношењу социјалног плана. Као пример се наводи да је Савезни радни суд сматрао да код послодаваца са преко 500 запослених, обавеза доношења социјалног плана постоји у случају отпуштања најмање 5% од укупног броја запослених, што је 25 запослених, дакле испод прага за колективно отпуштање, које код послодаваца са преко 500 запослених износи 30 запослених.

⁷⁴⁴ ZRHR, чл. 127, ст. 3.

⁷⁴⁵ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 86.

4.7.2.4.2. Право на консултовање

Послодавац који утврди могућност настанка колективног вишка радника дужан је да спроведе поступак консултовања⁷⁴⁶ са радничким већем, чији су предмет могуће мере којима би се смањила потреба за престанком рада радника, али и друге околности важне за престанак уговора о раду већег броја радника (критеријуми избора радника којима ће престати уговори о раду, број и динамика престанака уговора о раду, могућности за преквалификацију или доквалификацију радника, отпремнине и друга права која ће остварити радници којима престају уговори о раду).⁷⁴⁷ Овакав закључак произилази из законске одредбе, према којој током поступка саветовања са радничким већем, послодавац мора размотрити и образложити све могућности и предлоге који би могли отклонити намеравани престанак потребе за радом радника⁷⁴⁸.

Циљ консултација је, по слову закона, *постизање споразума између послодавца и радничког већа, чији је предмет отклањање или смањење потребе за престанком рада радника*⁷⁴⁹. Међутим, иако поступак консултација треба да води том циљу, *закључење споразума није услов законитости отказа* радницима који су обухваћени колективним вишком радника⁷⁵⁰, јер радничко веће нема право саодлучивања о колективним вишковима радника, изузев у односу на стављање трудница или особа које користе породичку или родитељску подршку на листу запослених који представљају колективни вишак, о чему послодавац није властан да одлучи без сагласности радничког већа⁷⁵¹.

Хрватски законодавац није детаљно уредио сам поступак консултовања у случају колективног вишка радника, већ је само прописао да исти мора бити спроведен *благовремено*, упућујући на општа правила о поступку саветовања са

⁷⁴⁶ У складу са чланом 150, став 7 хрватског Закона о раду, послодавац је дужан да спроведе поступак консултовања са радничким већем и у случају када, након окончања тог поступка, коначну одлуку о вишку радника и престанку потребе за њиховим радом не доноси тај послодавац, већ ентитет који над њим има владајући утицај у складу с посебним прописом

⁷⁴⁷ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁷⁴⁸ ZRHR, чл. 127, ст. 4.

⁷⁴⁹ ZRHR, čl. 127, st. 1.

⁷⁵⁰ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁷⁵¹ Запослени који уживају наведену врсту заштите таксативно су наведени у члану 34 став 1 хрватског Закона о раду. Право радничког савета на саодлучивање у поступку консултовања о колективном вишку радника постоји искључиво у овом случају, али зато радничко веће има право саодлучивања у даљем току поступка решавања вишка запослених, и то приликом индивидуалног отказивања уговора о раду одређеним категоријама запослених које је послодавац имао право да без сагласности запослених стави на списак радника за чијим радом престаје потреба, али нема право да им откаже појединачне уговоре о раду без сагласности радничког већа. Ова категорија запослених наведена је у члану 150 став 1 тачке 1 до 5 истог закона.

радничким већем⁷⁵².

Притом, закон не садржи ближе одређење момента почетка консултовања, али чињеница да оно треба да буде спроведено благовремено индикује да консултовање треба започети у што ранијим фазама доношења одлуке о колективном вишку радника (фази нацрта те одлуке)⁷⁵³, тим пре што послодавац има обавезу да се са радничким представницима консултује "пре доношења сваке одлуке важне за положај радника", а одлука о колективном вишку радника спада у ту категорију⁷⁵⁴.

Закон о раду не прописује посебан рок трајања консултација о колективним вишковима радника, али садржи одредбе које утичу на динамику и укупно трајање поступка⁷⁵⁵. Наиме, ако споразумом послодавца и радничког већа није другачије одређено, радничко веће дужно је да у року од осам дана од доставе законом прописаних података достави послодавцу своје коначно мишљење о колективном вишку радника и мерама које послодавац намерава да предузме у циљу умањење броја отказа и мерама које ће применити на раднике којима ће престати уговори о раду⁷⁵⁶. У случају да се радничко веће у овом року не изјасни, сматра се да нема примедби и предлога⁷⁵⁷. Током поступка консултовања, послодавац је дужан да радничком већу на његов захтев, а пре коначног изјашњења о планираној одлуци, омогући одржавање *састанка*, на коме је дужан да образложено одговори на мишљења и предлоге радничког већа⁷⁵⁸.

Хрватски закон је све до легислативних измена из 2014. године прописивао обавезу послодавца да, у случају колективног вишка радника, по окончању консултација са радничким већем, донесе тзв. *програм збрињавања вишка радника*, који је по својој садржини био веома сличан програму решавања вишка запослених у Републици Србији, с тим што је учешће радничких представника било још интензивније, а надлежна служба запошљавања могла је и да одложи спровођење отказа за најдуже три месеца, у случају постојања оправданих разлога економске или социјалне природе, или ако је на радника у том раздобљу могуће применити мере активне политике запошљавања. Обавеза доношења програма је укинута, с обзиром да је оцењено да није давала резултате у смислу стварног решавања проблема радника, попут запошљавања на другом месту и других мера, већ је само оптерећивала послодавце својом сложености и процедуралним проблемима, а

⁷⁵² ZRHR, чл. 150, ст. 3, т. 10.

⁷⁵³ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁷⁵⁴ ZRHR, чл. 150, ст. 3, т. 10.

⁷⁵⁵ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁷⁵⁶ ZRHR, чл. 150, ст. 5 у вези ст. 3, т. 10.

⁷⁵⁷ ZRHR, чл. 150, ст. 6.

⁷⁵⁸ ZRHR, чл. 150, ст. 2.

захваљујући дуготрајности целог процеса, послодавци су често спречавани да спасу "здрави део предузећа"⁷⁵⁹.

4.8. Учесће јавне власти у спречавању и ублажавању последица колективног отпуштања

4.8.1. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти

4.8.1.1. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у француском праву

Обавеза обавештавања надлежне јавне власти - Регионалног директората за компаније, заштиту конкуренције, заштиту потрошача, рад и запошљавање (*Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi* – "Directe"), о планираним колективним отпуштањима, постоји увек, без обзира на број отказа и величину послодавца, с тим што садржајно варира у зависности од броја запослених чије се отпуштање планира и величине послодавца⁷⁶⁰.

Тако, у случају колективног отпуштања мање од десет запослених у периоду од тридесет дана, послодавац писаним путем о томе обавештава Директорат у року од осам дана од дана експедовања отказа запосленима, достављањем података о послодавцу, личним и професионалним подацима о запосленима, датуму обавештавања запослених о отказима и записника са састанка одржаног са представницима запослених⁷⁶¹.

С друге стране, сваки послодавац који има обавезу формирања социјално-економског комитета⁷⁶², а планира отпуштање 10 или више запослених у периоду од 30 дана, дужан је да о намераваним отпуштањима обавести Директорат већ на самом почетку поступка информисања и консултовања са представницима запослених, те да ово тело континуирано обавештава о целом току тог поступка и доставља документацију коју размењује са саветом запослених током поступка⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 6-7.

⁷⁶⁰ Повреда ове обавезе је прекршајно санкционисана, у складу са чланом R. 1238-2 и чланом L. 1238-2 Законика о раду.

⁷⁶¹ *Code du travail*, D. 1233-3, L. 1233-19 и L. 1233-20.

⁷⁶² У складу са чланом L. 1233-51 Законика о раду, када предложено отпуштање имплицира обавезу консултација са централним социјално-економским комитетом, надлежна за обавештавање је филијала Директората према седишту компаније.

⁷⁶³ *Code du travail*, L. 1233-46, L. 1233-48 и L. 1233-50. То конкретно значи да послодавац обавештава Директорат, најраније дан након првог састанка са представницима запослених, о (1) сазивању, (2) дневном реду и (3) пословнику састанка, као и о (4) намери иницирања преговора за закључење колективног уговора о очувању запослења, уколико иста постоји. Даље, током целог поступка колективног отпуштања, послодавац има континуирану обавезу да (1) све информације које доставља представницима запослених приликом позива на састанке, истовремено достави и Директорату, као и да му доставља (2) записнике са свих састанака, који

Послодавац који има обавезу доношења плана очувања запослења дужан је да исти достави Директорату⁷⁶⁴.

4.8.1.2. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у италијанском праву

Послодавац је дужан да током целог поступка планираног колективног отпуштања доставља одговарајуће информације надлежном органу јавне власти - Бироу за рад и максималну запосленост (*Ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione*)⁷⁶⁵, под претњом ништавости отказа.⁷⁶⁶ Информације морају бити достављене у писаној форми⁷⁶⁷ и садрже различите податке, у зависности од фазе поступка. *Прву информацију* о планираном колективном отпуштању Биро добија већ на самом почетку поступка, када му послодавац доставља копију информација достављеним синдикатима⁷⁶⁸. *Другу информацију* о планираном колективном отпуштању Биро добија по окончању прве фазе поступка консултовања - интерних консултација послодавца и синдиката у трајању до 45 дана, када је послодавац дужан да обавести Биро о исходу тог поступка, са образложењем разлога непостизања договора, у случају неуспеха консултација⁷⁶⁹, како би Биро могао да се припреми за медијацију. *Трећу информацију* Биро добија у року од седам дана од упућивања запосленима појединачних аката о отказу и та информација садржи личне и професионалне податке о запосленима, као и критеријумима на основу којих су ови запослени одабрани за отказивање уговора о раду⁷⁷⁰.

Сврха достављања ових информација је да се Бироу омогући контрола легитимитета спроведених радњи, посебно у погледу примене критеријума⁷⁷¹, те

обухватају мишљења, сугестије и предлоге представника запослених, а уколико савет запослених захтева асистенцију експерта у поступку, послодавац је дужан да и о томе обавести Директорат, као и да му достави сачињену експертизу, заједно са свим евентуалним изменама иницијалног плана отпуштања.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, L. 1233-49. Ова обавеза постоји чак и уколико није формиран савет запослених, у ком случају је дужан да истовремено са обавештењем о планираним отпуштањима Директорату достави и (1) план очувања запослења, као и (2) информације које је по закону обавезан доставити представницима запослених у случају колективног отпуштања 10 или више запослених у периоду од 30 дана.

⁷⁶⁵ Уколико се вишак запослених исказује у организационим деловима који се налазе на територији различитих провинција истог региона или у различитим регионима, према члану 4 став 15 Закона 233/1991 надлежан је регионални Биро за рад и максималну запосленост, односно Министарство за рад и социјалну сигурност.

⁷⁶⁶ Нав. према: F. Curcuruto, стр. 266. Ова последница објашњава се значајем партиципације овог органа у поступку, као медијатора између социјалних партнера.

⁷⁶⁷ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 260.

⁷⁶⁸ *Legge 223/91*, чл. 4 ст. 4. Ове информације достављају се Бироу одмах по достављању синдикатима.

⁷⁶⁹ *Legge 223/91*, чл. 4 ст. 6.

⁷⁷⁰ *Legge 223/91*, чл. 4 ст. 9.

⁷⁷¹ У јуриспруденцији италијанских судова постоји став да достављање Бироу само листе отпуштених радника, са навођењем договорених критеријума за селекцију запослених, па чак ни образлагање редоследа примене одређених критеријума, није довољно, будући да је потребно омогућити Бироу да изврши контролу да ли су сви запослени са одређеним карактеристикама били уврштени у примену критеријума, као и да ли су критеријуми правилно примењени. Пресуде Касационог суда 16805/2003 и 3603/2010, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.* Начин

поштовања евентуално постигнутих договора са синдикатом⁷⁷², као и предузимање мера подршке у односу на запослене који су добили отказ⁷⁷³.

4.8.1.3. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у немачком праву

Послодавац је дужан да одмах по окончању консултација са саветом запослених о планираном колективном отпуштању, а свакако *пре достављања обавештења о отказу*⁷⁷⁴ уговора о раду било ком запосленом, о предстојећем отпуштању писаним путем обавести и надлежни орган јавне власти - Агенцију за запошљавање (*Agentur für Arbeit*)⁷⁷⁵, *под претњом ништавости отказа*⁷⁷⁶.

Минимум информација које мора садржати обавештење Агенцији представљају информације идентичне онима које се достављају савету запослених, с тим што послодавац није дужан да Агенцију обавештава о критеријумима за обрачун отпремнина.

Уз наведено обавештење, послодавац је дужан да приложи и копију обавештења о планираном колективном отпуштању које је доставио савету запослених, као и мишљење савета запослених, а уколико савет запослених није дао

примене критеријума мора бити наведен и у случају примене само једног критеријума, како би запослени могао да схвати због чега је избор пао на њега уместо на неког од његових колега и евентуално оспори законитост отказа. Пресуда Касационог суда 2011/12196, нав. према: F. Curcuruto, стр. 266.

⁷⁷² F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 260.

⁷⁷³ Пресуда Касационог суда 1722/2009, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 266.

⁷⁷⁴ У литератури се указује да је све до одлуке Европског суда правде донете у случају *Junk* (Пресуда C-188/03, *Irntraud Junk v. Wolfgang Kubnel* од 27.01.2001., ECLI:EU:C:2005:59), Савезни радни суд сматрао да је отказ дат вишку запослених био ништав само ако Агенцији није достављено обавештење о планираним колективним отпуштањима пре истека отказног рока. Овакво становиште је било засновано како на традиционалној немачкој терминологији и разлици између термина "*Kündigung*" (отказ) и "*Entlassung*" (вишак запослених), као и циљу обавештавања Агенције, у складу са §§17 и 18 KSchG, – проналажењу новог запослења вишку запослених, а не заштити вишка запослених од отказа. Међутим, након наведене одлуке Европског суда правде, којом је јасно изражен став да обавештавање које се врши након доношења коначне одлуке о отказима лишава Директиву њеног корисног дејства, Савезни радни суд је променио своју праксу. Истина, у једном периоду Савезни радни суд је од примене нове праксе изузимао отказе дате пре објављивања одлуке у спору *Junk*, али је Савезни уставни суд оценио да Савезни радни суд нема овлашћења да пружа заштиту у супротности са корисним дејством Директиве, тако да се сада сваки отказ који је запосленом саопштен пре обавештавања Агенције сматра аутоматски ништавим. Нав. према: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 141; M. Eylert, R. Schinz, стр. 205.

⁷⁷⁵ §17 (1) и (3) KSchG.

⁷⁷⁶ Отказ уговора о раду, уколико је саопштен запосленом пре достављања обавештења Агенцији за запошљавање, сматраће се аутоматски ништавим, те никакво накнадно обавештавање Агенције, чак и ако је учињено пре истека отказног рока, неће моћи да конвалидира ништави отказ. Такође, пропуст послодавца да о планираном колективном отпуштању обавести Агенцију за запошљавање, резултираће аутоматском ништавошћу свих отказа. BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11; 21.03.2012 – 2 AZR 60/12, ZIP 2013, 1589; 20.02.2014 – 2 AZR 346/12 – BAGE 147, 237. Са претходно наведеним се, као разлог ништавости, у јуриспруденцији Савезног радног суда изједначава и достављање неуредног обавештења Агенцији (којим се сматра обавештење које не садржи све обавезне елементе, не садржи приложено мишљење савета запослених или садржи непотпуно мишљење савета запослених), тако да отказ неће моћи да конвалидира накнадно уређивање обавештења, извршено након обавештавања запосленог о отказу. BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, DB 2012, 2167; 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47; 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 – NZA 2015, 881; BAG 21.03.2013 – 2 AZR 6/12, BAGE 142, 202; 22.11.2012 – 2 AZR 955/13 – NZA 2015, 881; BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202; 22.11.2012 – 2 AZR 371/11 – BAGE 144, 47; BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366. Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, стр. 205.

писано мишљење, послодавац је дужан да достави доказ да је најмање две недеље пре подношења обавештења Агенцији, прописно обавестио савет запослених о намери колективног отпуштања⁷⁷⁷.

4.8.1.4. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти у хрватском праву

Након окончања поступка консултовања са радничким већем, односно синдикатом ако је он преузео функције радничког већа, послодавац је о спроведеном консултовању и његовим резултатима дужан обавестити надлежну јавну службу запошљавања - Завод за запошљавање, односно његову надлежну подручну службу. У обавештењу о спроведеном консултовању послодавац је дужан да Заводу достави све податке које је био дужан да достави и радничком већу, податке о трајању и исходу консултација са радничким већем, као и да приложи писано мишљење радничког већа, ако му је оно достављено.⁷⁷⁸.

4.8.2. Мере за ново запошљавање отпуштених радника

4.8.2.1. Мере за ново запошљавање отпуштених радника у француском праву

Директорат нема надлежност да код колективних отпуштања мањег обима, које обухвата до 10 запослених у периоду од 30 дана, чини било какве сугестије у погледу мера за запошљавање запослених за чијим пословима престаје потреба, већ је његова улога ограничена на једноставно евидентирање података о послодавцима који врше колективна отпуштања и запосленима који остају без посла, те њиховим квалификацијама и радном искуству.

У случају "великог колективног отпуштања" код послодавца који немају обавезу доношења плана очувања запослења, јер имају мање од 50 запослених, Директорат је овлашћен да послодавцу писаним путем достави своје *мишљење о предложеним мерама за запошљавање*, као и да му укаже на постојање процедуралних неправилности које су утврђене током поступка провере. *Послодавац није везан*

⁷⁷⁷ §17 (3) KschG. Према ставу јуриспруденције, исто важи и уколико је мишљење савета запослених непотпуно. BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202. Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, стр. 203.

⁷⁷⁸ ZRHR, чл. 127, ст. 5. С обзиром да закон прописује право радничког већа да Заводу достави своје примедбе и предлоге у вези послодавчевог обавештења, у хрватској доктрини се изражава став да је послодавац дужан да копију наведеног обавештења достави и радничком већу. Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 87-88.

запажањима *Директората*, али је дужан да му писаним путем одговори на све конкретне примедбе и нема право да започне са достављањем индивидуалних аката о отказу пре него што Директорату упути наведени одговор. Копија целокупне наведене комуникације Директората и послодавца доставља се и представницима запослених⁷⁷⁹.

Код послодаваца који имају обавезу доношења плана очувања запослења, Директорат има овлашћење да на основу размотрене економске ситуације у компанији, а најкасније пре последњег састанка послодавца и социјално-економског комитета, *предложи измене и допуне овог плана у погледу мера за запошљавање*. Предлог Директората упућује се послодавцу и социјално-економском комитету, а послодавац је дужан да исти размотри и достави образложени одговор. Уколико код послодавца не постоји социјално-економски комитет, претходно наведена комуникација Директората и послодавца се доставља запосленима непосредно, на адресу њиховог радног места⁷⁸⁰.

4.8.2.2. Мере за ново запошљавање отпуштених радника у италијанском праву

У складу са изричитом законском одредбом, Биро је овлашћен је да у поступку обавезне *медијације* између послодавца и синдиката у случају непостизања договора у току поступка консултација, разматра могућности примене мера за запошљавање прописаних законом или предложених од стране социјалних партнера, па и да сам *предложи имплементацију одређених мера*⁷⁸¹.

Бироа није овлашћен да преиспитује мере за запошљавање или предлаже посебне мере уколико су у поступку консултација послодавац и синдикат закључили колективни уговор.

4.8.2.3. Мере за ново запошљавање отпуштених радника у хрватском праву

На основу примљеног обавештења послодавца о колективном вишку

⁷⁷⁹ *Code du travail*, L. 1233-53 и 1233-56. Директорат је надлежан да верификује: (1) да су представници запослених били информисани, окупљени и консултовани у складу са законом и колективним уговором или другим споразумом, (2) да су предвиђене мере усмерене на избегавање или редукацију отказа, односно ново запошљавање запослених чији се откази нису могли избећи, у складу са законом и колективним уговором или другим споразумом, те (3) да ће се наведене социјалне мере заиста и спровести.

⁷⁸⁰ *Ibid.*, L. 1233-57.

⁷⁸¹ *Legge 223/91*, чл. 4, ст 7. Улога Бироа, међутим, није императивна, тако да не постоји могућност наметања било каквих мера за запошљавање која је било којој од страна у спору неприхватљива.

радника, Завод може, у складу са овлашћењима из Закона о посредовању при запошљавању и правима за време незапослености, *предузети неку од мера активне политике запошљавања* (на пример, предложити послодавцу спровођење програма образовања и оспособљавања радника који прелазе на нове производне програме или на нове технологије, усавршавање запослених ради одржавања запослености и слично) ради отклањања или ублажавања проблема колективног вишка радника. У хрватској доктрини се изражава став да наведене мере Завод може спровести *само у договору са послодавцем*, у року од тридесет дана од дана пријема обавештења послодавца.⁷⁸²

4.8.3. Одлагање и забрана колективних отпуштања

4.8.3.1. Одлагање и забрана колективних отпуштања у француском праву

Поред овлашћења које се односи на предлоге у погледу мера за запошљавање, Директорат има надлежност да изврши дискрециону оцену усклађености овог плана са законом и може својом одлуком забранити његову реализацију.

Уколико је план очувања запослења предмет *колективног уговора* између послодавца и репрезентативних синдиката, Директорат *валидира* план, док у случају да је план очувања запослења садржан у једностраном *акту послодавца*, Директорат издаје *сагласност*⁷⁸³.

Директорат ће *валидирати* план очувања запослења садржан у колективном уговору након што утврди његову *формалну усклађеност* са законом, која се односи на потребна овлашћења потписника колективног уговора, обезбеђивање партиципације социјално-економског комитета и предвиђање мера за запошљавање и механизма контроле њихове имплементације⁷⁸⁴.

Међутим, када је план очувања запослења једностран акт послодавца, Директорат је надлежан да у поступку издавања *сагласности*, поред утврђивања формалне усклађености плана са законом, цени и да ли је исти са свих аспеката *довољан за испуњење циљева* доношења овог плана. У складу са наведеним, Директорат ће издати сагласност на план очувања запослења након што утврди *материјалну*

⁷⁸² Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 88.

⁷⁸³ *Code du travail*, L. 1233-57-1.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, L. 1233-57-2.

усклађеност плана са одредбама закона и колективних уговора, *квалитет партиципације* социјално-економског комитета приликом доношења плана⁷⁸⁵ и *адекватност мера* за запошљавање предвиђених планом очувања запослења са аспекта (а) средстава доступних послодавцу или групи којој припада, (б) искоришћавања свих могућности обуке запослених и адаптације послова и у циљу обезбеђивања сигурности запослења и мера интерног премештаја⁷⁸⁶ и (в) прецизности и конкретности мера предвиђених планом прецизне и конкретне⁷⁸⁷.

Директорат доставља послодавцу *образложену одлуку*⁷⁸⁸ о валидацији колективног уговора о плану очувања запослења, односно о сагласности на план очувања запослења сачињен од стране послодавца, у року од 15 дана почев од дана достављања колективног уговора, односно 21 дан почев од дана достављања компетираног плана очувања запослења. *Ћутање* Директората има правно дејство *позитивне одлуке*, односно издате валидације или сагласности⁷⁸⁹.

Против одлуке Директората може се поднети тужба Административном суду, у року од два месеца почев од пријема те одлуке. Право на подношење тужбе имају послодавац, сви синдикати и њихови савези, запослени, као и савет запослених. Уколико Административни суд не донесе одлуку у року од три месеца, може се изјавити жалба Административном апелационом суду, а уколико ни овај суд не одлучи у року од три месеца, спор решава Државни савет, који није ограничен

⁷⁸⁵ У пракси Државног савета искристалисан је став да Директорат неће издати сагласност на план уколико представницима запослених није омогућено да се изјасне (1) на предложени план и поступак реорганизације и (2) на планирана колективна отпуштања и план очувања запослења. Државни савет указује на нарочиту одговорност Директората да се побрине да представницима запослених буду достављене све релевантне информације и да им се пружи сви потребни одговори, како би им било омогућено да формирају целовиту представу о планираном реструктурирању и последицама по запослене и формирају компетентно мишљење по оба питања из своје надлежности. Ово подразумева и да, уколико су представници запослених тражили асистенцију експерта, Директорат мора утврдити да је експерту омогућено да у целости изврши свој задатак и омогући представницима запослених да своје мишљење формирају на бази комплетног познавања чињеница. Акт Државног савета од 22. Јула 2015. године, број 385816 и Акт Државног савета од 21. октобра 2015. године, број 382633, А, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*, стр. 154, 175.

⁷⁸⁶ *Code du travail*, L. 1233-57-3. Државни савет оцењује да се, узимајући у обзир реалне могућности компаније, могу сматрати адекватним све мере које, директно или индиректно, доприносе очувању сигурности запослења и новог запошљавања запослених, чак и ако су исте делимично обезбеђене путем јавног финансирања. М. Blatman, *op. cit.*, стр. 176.

⁷⁸⁷ Тако, Административни суд у Марсеју сматра да је правилна одлука Директората о одбијању плана уколико исти садржи број и природу послова који могу бити предмет интерног премештаја, али не садржи ни имплицитну индикацију места њиховог обављања. (Одлука Административног суда у Марсеју од 26. августа 2015. године, број 15МА02165). Нав. према: М. Blatman, *op. cit.*

⁷⁸⁸ Државни савет оцењује да обавеза образложења одлуке подразумева да иста мора садржати правни и чињенични основ, тако да особа која се обавештава о одлуци може јасно разумети разлоге њеног доношења. С друге стране, Директорат није дужан да посебно одлучује о сваком елементу плана за чију је оцену надлежан, нити да образлаже поступак доношења одлуке о одобравању или одбијању плана. Нав. према: М. Blatman, *op. cit.*

⁷⁸⁹ *Code du travail*, L. 1233-57-4. О својој одлуци Директорат у истовремено обавештава послодавца, социјално-економски комитет и репрезентативне синдикате који су потписници колективног уговора о плану очувања запослења. Такође, о одлуци Директората, односно изостанку исте, обавештавају се сви запослени појединачно, поштанском поштом на адресу њиховог радног места или на други начин из кога се може утврдити датум пријема обавештења.

никаквим роком за одлучивање⁷⁹⁰.

Уколико Директорат *одбије* валидацију или одобрење, послодавац који жели да поново предложи план дужан је да достави *нови захтев, уз претходно уређење плана у складу са закључцима Директората и по претходно спроведеном поступку консултација са социјално-економским комитетом*⁷⁹¹.

4.8.3.2. Одлагање колективних отпуштања у италијанском праву

Биро за рад и максималну запосленост нема овлашћење да формално забрани, па чак ни одложи спровођење колективног отпуштања. Међутим, до фактичког одлагања планираног отпуштања долази увек када социјални партнери у поступку консултација не закључе колективни уговор, будући да се тада, по истеку 45 дана прописаних за преговоре, активира поступак медијације пред Бироом, чије је максимално трајање 30 дана. Како је овај поступак обавезан, исти суштински одлаже планирано колективно отпуштање за време трајања медијације којом руководи Биро, а најдуже 30 дана⁷⁹².

4.8.3.3. Одлагање колективних отпуштања у немачком праву

Агенција за запошљавање *не може да забрани* колективно отпуштање, већ *само да одложи* престанке радног односа за максимално два месеца.

Наиме, у складу са §18 Закона о заштити од отказа, запосленом не може престати радни однос пре истека месец дана од достављања обавештења о планираним колективним отпуштањима Агенцији за запошљавање, осим уз изричиту сагласност Агенције која може бити и ретроактивно дата. У индивидуалним случајевима, престанак радног односа се може одложити за максимално два месеца од дана обавештавања Агенције.

Одлуку о одлагању престанака радног односа доноси Агенција за запошљавање, која ће пре доношења одлуке саслушати послодавца и савет запослених и одлуку донети *узимајући у обзир интересе послодавца и запослених који су*

⁷⁹⁰ *Ibid.*, L. 1235-7-1. Иако Законик о раду право на правни лек против одлуке Директората признаје само послодавцу и већинским синдикатима који су закључили колективни уговор о плану очувања запослења и запосленима, Државни савет је ово право својевремено признао и савету запослених, синдикатима који нису потписници колективног уговора, као и савезима синдиката. Нав према: R. Cosio, F. Curcuruto, V. Di Cerbo, G. Mammone (Eds.), стр. 177.

⁷⁹¹ *Code du travail*, L. 1233-57-7.

⁷⁹² *Legge 223/91*, чл. 4, ст. 7 Закона 223/1991.

погођени отказима, јавни интерес, као и ситуацију на тржишту рада, посебно у релевантном сектору индустрије.⁷⁹³

У случају одлагања, Агенција може одобрити послодавцу увођење непуног радног времена у периоду од достављања обавештења о планираном колективном отпуштању па до истека рока до кога је престанак радног односа одложен, уколико послодавац није у могућности да запосленима обезбеди пуну уписаност до истека наведеног рока⁷⁹⁴. Пропорционално смањење зараде може се, међутим, извршити само за период између момента када би радни однос престао у складу са законом или уговором и момента престанка радног односа у складу са одлуком Дирекције.

Овако ограничена овлашћења Агенције за запошљавање су, како се наводи у литератури, резултат искустава из двадесетих година прошлог века, када је Немачку потресала економска криза, што је довело до успостављања надлежности јавне власти да забрани колективно отпуштање. Међутим, забране не само да нису довеле до спашавања радних места, већ су произвеле контраефекат, јер се убрзао колапс компанија и додатно порастао број колективних отпуштања, што је показало да економски фактори не могу бити игнорисани нормама радног права и довело до схватања да су флексибилна правила много адекватнија од оних ригидних.⁷⁹⁵

4.8.3.4. Одлагање колективних отпуштања у хрватском праву

Запосленом који је утврђен вишком *не може престати радни однос* пре протеча 30 дана од дана достављања обавештења о колективном вишку радника надлежној служби за запошљавање, односно Заводу⁷⁹⁶.

Завод има право да најкасније до истека наведеног тридесетодневног рока

⁷⁹³ §20 KSchG. Одлуку о одлагању престанка радног односа до 50 запослених доноси менаџмент Агенције, док у случају колективног отпуштања већих размера одлуку о одлагању доноси трипартитна комисија Агенције за запошљавање, која у свом саставу има чланове именоване од стране послодавца, запослених и јавне власти и одлуке доноси простом већином гласова.

⁷⁹⁴ Овим овлашћењем се дерогира правило из §87 Закона о саветима запослених, према коме се непуно радно време може увести искључиво у договору послодавца и савета запослених, без обзира ко иницира његово увођење. Споразумом се утврђује следеће: увођење непуног радног времена, почетак и завршетак овог режима, групе запослених на које ће бити примењено и сл. У случају спора, одлучује арбитражни комитет, чија је одлука обавезујућа за обе стране. Нав. према: М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 140, 236-237.

⁷⁹⁵ Нав. према: М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 139. У том периоду колективно отпуштање је допуштано искључиво уколико је послодавац могао да докаже да ни смањењем радног времена (али не испод 24 часа недељно) и пропорционално зараде, није могао да спречи настанак потребе за колективним отпуштањем. Оваква регулатива се показала неодрживом и убрзо, у оквирима економске кризе која је потресала Немачку двадесетих година прошлог века, резултирала потпуним контраефектом: уместо да се број колективних отпуштања смањило, он се мултиплицирао и убрзао колапс компанија, које нису могле да се боре са тржишним изазовима без могућности редукације радне снаге. Прописи су убрзо промењени, драстичним смањењем надлежности државне власти: она више није могла да забрани отпуштања, већ само да их одложи за неколико недеља, и то у екстремним и ретким случајевима.

⁷⁹⁶ ZRHR, чл. 128, ст.1.

наложи послодавцу да одложи спровођење отказивања⁷⁹⁷ уговора о раду свим или само појединим радницима који су утврђени као вишак, за још највише 30 дана, уколико након периода одлагања отказа може обезбедити наставак запослења радника⁷⁹⁸.

4.9. Право на отказни рок у случају отказа

4.9.1. Отказни рок у француском праву

Послодавац који намерава да запосленом откаже уговор о раду из економских разлога дужан је да запосленом омогући отказни рок између обавештења о отказу и ефективног престанка радног односа, током кога теку сва права и обавезе из радног односа, с тим што се запосленом може оставити слободан одређени део радног времена у циљу тражења новог запослења⁷⁹⁹.

Отказни рок не може почети да тече пре него што послодавац, након спровођења отказног поступка, достави запосленом акт којим га обавештава о престанку радног односа⁸⁰⁰.

Код колективног отпуштања до 10 запослених у периоду од 30 дана, послодавац образложено обавештење о отказу може послати запосленом најмање седам дана (код менаџмента 15) након одржавања индивидуалног састанка са запосленим намењеног саопштавању разлога отпуштања⁸⁰¹.

У случају да обим колективних отпуштања превазилази 10 запослених у периоду од 30 дана, послодавац који нема обавезу доношења плана очувања запослења може обавештење о отказу послати запосленом најраније 30 дана након обавештавања Директората о планираним отпуштањима. Послодавац који има

⁷⁹⁷ Синтагма "одлагање спровођења отказивања" се сматра у правној теорији проблематичном и предлаже њена замена синтагмом "одлагање престанка радног односа", будући да код постојеће формулације остаје нејасно да ли послодавац има право да пре истека 30 дана од обавештавања Завода вишку запослених достави акте о отказу и не. Ипак, ослањајући се на пресуду Европског суда правде у случају *Junk*, којом се суд изјаснио да се отказни не смеју дати пре спровођења саветовања са радничким представницима и обавештавања надлежног тела јавне власти, али да се након тога отказни могу дати и отказни рок може тећи, само што радни однос не сме престати пре протека прописаног рока, проф. Поточњак сматра да је то решење применљиво и у хрватском праву, те да са истим треба ускладити и законску формулацију. *Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", op. cit., стр. 255-257.*

⁷⁹⁸ ZRHR, чл. 128, ст. 2. Проф. Поточњак сматра да би одлука о одлагању морала да буде сачињена у форми управног акта против кога је дозвољена судска заштита, с обзиром на ограничење Уставних гаранција (слободе предузетништва, слободе рада) која су последица доношења те одлуке. *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", op. cit., стр. 88-89.*

⁷⁹⁹ Наведени подаци садржани су и у бази података ОЕБС о прописима у области очувања запослења (*Employment Protection Regulation – EPL*), на снази на дан 1. фебруар 2013. године: <https://www.oecd.org/els/emp/France.pdf>, 18.10.2018. године, стр. 1.

⁸⁰⁰ *Code du travail*, L. 1234-3.

⁸⁰¹ *Ibid.*, L. 1233-11, 1233-12, 1233-13, L. 1233-15, 1233-16 и 1233-17.

обавезу доношења плана очувања запослења може обавештење о отказу послати запосленом најраније 30 дана ⁸⁰² након добијања валидације/сагласности Директората на израђени план⁸⁰³.

Запослени који су у радном односу *између шест месеци и две године* имају законско право на *месец дана* отказног рока, у коме имају право на исплату зараде, док запослени који су у радном односу *најмање две године* имају законско право на *два месеца* отказног рока. Колективним уговором може бити признато право на отказни рок запосленима који не испуњавају услове за отказни рок, као што може бити продужено и трајање отказног рока у односу на законом прописани минимум⁸⁰⁴.

4.9.2. Отказни рок у италијанском праву

У италијанском праву отказни рок почиње да тече од момента достављања образложеног акта о отказу⁸⁰⁵.

Закон утврђује минимално трајање отказног рока од 15 дана и максимално трајање од четири месеца⁸⁰⁶. Дужина трајања отказног рока често је предмет колективних уговора, којима се уређује у зависности од квалификација запосленог и трајања радног односа код послодавца.

Отказни рок може бити замењен накнадом зараде за тај период, у ком случају, према преовлађујућем мишљењу, запослени током отказног рока нема обавезу рада, али сва права која су условљена трајањем радног односа настављају да теку до истека отказног рока⁸⁰⁷.

4.9.3. Отказни рок у немачком праву

Отказни рок предвиђен је и у немачком праву и исти почиње да тече након што послодавац обавести Агенцију за запошљавање о предстојећим колективним отпуштањима и спроведе поступак консултовања или саодлучивања са саветом запослених о индивидуалним отказима.

⁸⁰² Овај рок износи између 30 и 60 дана у случају када представници запослених нису захтевали учешће финансијског саветника, док у случају учешћа саветника исти износи између 44 и 74 дана. нав. према: Извод из базе података ОЕБС о прописима у области очувања запослења (*Employment Protection Regulation – EPL*), <https://www.oecd.org/els/emp/France.pdf>, 18.10.2018. године, стр. 4.

⁸⁰³ *Code du travail*, L. 1233-38, 1233-39, 1233-42 и 1233-43.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, L. 1234-1.

⁸⁰⁵ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 125.

⁸⁰⁶ *Legge 1825/1924*.

⁸⁰⁷ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 123-124.

Питање отказног рока у Немачкој је уређено одредбама Грађанског законика (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), који као *минималан отказни рок* за све запослене, изузев за приправнике, прописује *четири недеље*. Након навршене две године запослења код послодавца, отказни рок се продужава на месец дана и након тога периодично повећава за још по месец дана (након навршених 5, 8, 10, 12 и 15 година у радном односу), да би свој *максимум* досегао након навршених 20 година код послодавца, када отказни рок износи *седам месеци*.⁸⁰⁸

Колективним уговорима се отказни рок може продужити, али и смањити, што је последица разумевања немачког легислатора да учесници колективног уговора у одређеном тренутку и конкретној бранши, могу боље да процене адекватан отказни рок од закона, којим је рок униформно прописан унапред и на генералан начин⁸⁰⁹.

4.9.4. Отказни рок у хрватском праву

Отказни рок прописан је у хрватском праву и исти почиње да тече након што је запосленом достављен образложени отказ уговора о раду⁸¹⁰, чијем издавању претходи обавештавање Завода за запошљавање и поступак консултација или саодлучивања са саветом запослених о индивидуалним отказима.

У случају колективног вишка радника, минимални отказни рок износи *две недеље* (ако је радни однос код послодавца непрекидно трајао мање од годину дана). Након навршене године запослења код послодавца, отказни рок се продужава на месец дана и након тога периодично повећава за још по две недеље (након навршених 2, 5 и 10 година у радном односу), да би свој максимум досегао након навршених 20 година код послодавца, када отказни рок износи *три месеца*.⁸¹¹ Додатно, законским изменама из 2003. године је уведено продужење отказног рока за запослене са навршених 20 година непрекидног радног стажа код послодавца, уколико имају навршених 50 и више година живота, тако да ће запослени са навршених 50 година живота имати додатне две недеље отказног рока (дакле, три месеца и две недеље), а радник са навршених 55 година живота додатних

⁸⁰⁸ §622 Грађанског законика. Изузетно од четворонедељног законског минимума, запослени на пробном раду, који може трајати максимално 6 месеци, имају право на отказни рок у трајању од две недеље.

⁸⁰⁹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 124.

⁸¹⁰ ZRHR, чл. 121, ст. 1.

⁸¹¹ ZRHR, čl. 122, st. 1. Приметно је да је начин уређења трајања отказног рока с обзиром на радни стаж уређен у доброј мери преузимањем модела §622 немачког Грађанског законика, с тим што је дужина трајања отказног рока преполовљена.

месец дана отказног рока (дакле, укупно четири месеца)⁸¹². Коначно, радници са инвалидитетом у случају утврђења вишком имају право на додатних месец дана отказног рока, у складу са Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом.

Колективним уговором, правилником о раду или уговором о раду, могуће је, у интересу радника, продужити отказни рок изнад законског минимума⁸¹³.

Послодавац је дужан да запосленом током отказног рока омогући да ради и да му за исплаћује зараду у висини утврђеној уговором о раду који је отказан⁸¹⁴. У складу са изричитом законском одредбом, запослени током отказног тока може одсуствовати са рада најмање четири сата недељно ради тражења новог запослења, за које време му је послодавац дужан исплатити накнаду зараде⁸¹⁵. Послодавац може запосленог и да у целости ослободи обавезе рада током отказног рока, с тим што запослени задржава право на накнаду зараде у пуном износу уговорене зараде⁸¹⁶.

Хрватски законодавац је посебно предвидео одређене околности чијим наступањем долази до застоја отказног рока, током кога отказни рок не почиње да тече или се његов ток зауставља, с тим што по престанку застоја рок наставља да тече тамо где је претходно заустављен.⁸¹⁷ Застој отказног рока може, у зависности од околности, трајати све време њиховог постојања или ограничено време, након кога радни однос престаје, независно од тога да ли су престале и околности које су изазвале застој⁸¹⁸.

⁸¹² *Ibid.*, чл. 122, ст. 2. У вези са наведеним, проф. Поточњак истиче да је скраћивање отказних рокова, извршено новелама из 2003. године, учињено ради смањења трошкова отказа и следственог повећања конкурентности хрватских послодаваца, односно хрватске привреде, као легитимног циља те реформе. Истиче, међутим, да су у највећој мери скраћени отказни рокови управо старијим радницима који су претходно били дуго времена запослени код истог послодавца (на половину), уз задржавање истих или мање скраћених отказних рокова за раднике са краћим непрекидним стажом код истог послодавца. У том смислу, оцењује да је оправданост таквог решења упитна с обзиром на потребу за већим степеном заптите старијих радника са дужим стажом код послодавца. *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 34.*

⁸¹³ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit.*

⁸¹⁴ VSRH, Revr-97/04-2 од 07.04.2004. Revr-1160/01-2 од 07.10.2003. Нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit.*

⁸¹⁵ ZRHR, чл. 122, ст. 5.

⁸¹⁶ Ово произилази из одредбе члана 122 става 4 хрватског Закона о раду, према којој је раднику који је током отказног рока ослобођен обавезе рада послодавац дужан да исплати накнаду зараде и призна сва остала права као да је радио до истека отказног рока.

⁸¹⁷ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 37.*

⁸¹⁸ ZRHR, чл. 121, ст. 2-5. Тако, до неограниченог застоја отказног тока долази у случају наступања околности које представљају апсолутну забрану отказивања уговора о раду. До ограниченог застоја отказног рока, у трајању од најдуже 6 месеци, долази у случају наступања привремене неспособности за рад која није проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу. С друге стране, до застоја отказног рока не долази током протекла годишњег одмора, плаћеног одсуства и привремене неспособности за рад радника кога је послодавац радника током отказног рока ослободио обавезе рада.

4.10. Право вишка запослених на отпремнину

4.10.1. Отпремнина у француском праву

Право на отпремнину има запослени који је најмање осам месеци провео у непрекидном радном односу на неодређено време код послодавца⁸¹⁹. Запослени за првих 10 година у радном односу код послодавца има право на отпремнину у износу од $\frac{1}{4}$ месечне зараде по години рада у радном односу код послодавца, док за радни однос преко 10 година остварује право на $\frac{1}{3}$ месечне зараде по години рада у радном односу код послодавца⁸²⁰. Евентуални прекиди уговора о раду су без утицаја на обрачун отпремнине⁸²¹.

Иако се обрачунава према годинама које је запослени провео у радном односу код послодавца, отпремнина не представља зараду, тако да њена исплата у висини минимума прописаног законом не подлеже обрачуну доприноса за социјално осигурање, као ни порезу на доходак грађана. Отпремнина се може кумулирати са накнадом коју запослени има право за случај губитка посла у складу са прописима о осигурању за случај незапослености⁸²².

4.10.2. Отпремнина у италијанском праву

Италијанско право не познаје посебне отпремнине за случај колективног отпуштања, већ се отпремнина исплаћује запосленом у случају престанка радног односа по било ком основу.

Отпремнина, заправо, представља неку врсту *кумулиране зараде*, која је приближна износу месечне зараде за сваку годину проведenu у радном односу код послодавца, која се ставља са стране и кумулира, да би се исплатила запосленом по престанку радног односа. Законом су прописани изузеци од правила о кумулацији отпремнине, када запослени током трајања радног односа може захтевати да му одређени део у

⁸¹⁹ *Code du travail*, L. 1234-9. Француско право не познаје посебан институт отпремнине за случај отказа из економског разлога, нити колективног отпуштања, већ се и у том случају отпремнина обрачунава на исти начин као и у свим другим случајевима престанка радног односа (послодавац неће дуговати отпремнину само у случају престанка радног односа због тешке повреде радне обавезе, односно радне дисциплине). Нав. према: Извод из базе података Међународне организације рада о прописима држава чланица у области прописа о очувању запослења, https://www.ilo.org/dyn/eplex/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=187, 19.10.2018. године.

⁸²⁰ *Ibid.*, L. 1234-2.

⁸²¹ *Ibid.*, L. 1234-11.

⁸²² J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 169.

висини до 70% отпремнине буде авансно исплаћен⁸²³.

4.10.3. Отпремнина у немачком праву

Немачки легислатор није прописао обавезу послодавца који прибегава колективним отпуштањима да запосленима исплати отпремнину, нити је условио законитост отказа исплатом било каквог износа.

Истини за вољу, немачки легислатор јесте прописао да се социјалним планом утврђује износ компензације која има за циљ ублажавање негативних последица колективних отпуштања и дао смернице за утврђивање њеног износа од стране арбитражног комитета⁸²⁴, тако да се не може рећи да отпремнина у свом традиционалном значењу једнократног давања социјално-економске природе, које треба да помогне запосленом да одржи неки животни стандард у периоду тражења новог запослења, није позната немачком закону. Међутим, обавеза њене исплате није прописана законом, већ постоји само када је утврђена социјалним планом, који има карактер компанијског споразума. Дозвољено је социјалним планом утврдити градације нивоа отпремнина у зависности од година стажа осигурања или година живота запосленог, уколико су послодавац и савет запослених овакво утврђивање извршили с обзиром на разлику у конкурентности различитих категорија на тржишту рада, а овакво поступање не сматра се дискриминацијом⁸²⁵.

Немачко право предвиђа једну врло интересантну врсту исплате, која се назива "право на компензацију за случај вишка запослених" (*Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung*), која је *sui generis* природе и не представља отпремнину у њеном традиционалном значењу, већ хибрид отпремнине и компензације за одрицање од права на тужбу ради поништаја отказа. Наиме, у складу са §1а Закона о

⁸²³ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 136-137. Услов за ову исплату је да је запослени најмање 8 година у радном односу код послодавца, да претходно није подносио такав захтев, те да захтев подноси у здравствене сврхе или ради куповине прве куће или ради уплате у пензиони фонд. Легислативном реформом из 2015. године уведена је и могућност запосленом да захтева исплату дела отпремнине за одређену календарску годину на месечном нивоу, као вид увећања зараде, али се иста због неповољног фискалног третмана ретко користи.

⁸²⁴ §12 (1) и (5) BetrVG.

⁸²⁵ М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 138. Истраживања извршена у 2001. години показала су да запослени у радном односу до две године скоро никада не добијају отпремнину, а да отпремнину добија тек сваки други запослени који је у радном односу више од 20 година. Иста истраживања показала су да се отпремнине ретко исплаћују од стране немачких послодавца, односно да су биле исплаћене у свега 15% од укупног броја отказа од стране послодавца, при чему цифре значајно варирају између малих, средњих и великих послодавца. Тако, док су код малих послодавца отпремнине биле исплаћене у свега 5.2% случајева, код великих послодавца отпремнине су исплаћиване у 38% случајева, што се тумачи тиме да се савети запослених оснивају углавном код великих послодавца, којих код малих и средњих послодавца нема у великом броју, а постојање социјалног плана којим се отпремнине утврђују је условљено управо постојањем савета запослених. Нав. према: К. Ullmann, S. Bothfeld, *op. cit.*, стр. 31-32.

заштити од отказа, послодавац који отпушта запосленог због хитних оперативних промена може у обавештењу о отказу навести да ће запослени имати право на отпремнину уколико не поднесе тужбу ради поништаја отказа до истека рока за њено подношење⁸²⁶. Износ отпремнине која запосленом припада у том случају једнак је $\frac{1}{2}$ месечне зараде запосленог помножене годинама у радном односу код послодавца, при чему се период преко навршених шест месеци заокружује на годину.

4.10.4. Отпремнина у хрватском праву

Право на исплату отпремнине приликом престанка радног односа има сваки запослени који има навршене две године непрекидног рада⁸²⁷ код послодавца, осим ако се уговор о раду отказује из разлога условљених понашањем радника⁸²⁸, што је у складу са концепцијом отпремнине, као давања које има за циљ ублажавање штетних последица губитка запослења.

Отпремнина не може бити нижа од $\frac{1}{3}$ просечне зараде коју је радник остварио у последња три месеца која претходе престанку радног односа за сваку навршену годину рада код послодавца⁸²⁹. Законом је одређен и максимални износ отпремнине, у висини шест просечних месечних зарада које је запослени остварио пре престанка радног односа, с тим што овај износ може бити повећан колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду⁸³⁰.

Отпремнина има повлашћени фискални третман, тако да је до прописаног износа неопорезива⁸³¹.

⁸²⁶ §4 Закона о заштити од отказа прописује да овај рок износи три недеље почев од дана пријема обавештења о отказу.

⁸²⁷ Према мишљењу Министарства за рад и социјално старање, под непрекидним радом сматра се и период мировања радног односа. Нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 69.*

⁸²⁸ ZRHR, чл. 126, ст. 1. Веома је интересантно, са аспекта српског законодавства, приметити да према прописима који су важали до 1995. године, радник који је одбио распоред на за њега одговарајуће послове (с обзиром на стручну спрему) није имао право на отказни рок и отпремнину, што је управо решење које има и Закон о раду Републике Србије. Важећи хрватски закон је, искључивањем од права на отпремнину само радника којима је уговор о раду отказан због њиховог понашања, имплицитно признао право на отпремнину и у овом случају. У правној доктрини се изражава став да је право на отпремнину у случају одбијања измена уговора о раду у складу са уговорном природом радног односа, која подразумева да измена уговора о раду треба да буде прихватљива обема странама, због чега, у случају када послодавац покуша да једнострано измени уговор о раду, а запослени то не прихвати, отказ уз понуду измењеног уговора о раду, који послодавац неспорно има право да изрекне, не може имати исте последице као било који други редован отказ. *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 70-71.*

⁸²⁹ ZRHR, чл. 126, ст. 2. У складу са мишљењима Министарства надлежног за рад и социјално старање и праксом Уставног суда Републике Хрватске, запосленом који није радио, већ примио накнаду зараде током последња три месеца, отпремнина се обрачунава на основу зараде коју би остварио да је радио, а не према накнади зараде која му је исплаћена. Нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 69-70.*

⁸³⁰ ZRHR, чл. 126, ст. 3.

⁸³¹ Нав. према: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 72.*

У одлуци послодавца о отказу може се, али не мора одредити отпремнина⁸³², с тим што обавеза исплате отпремнине свакако доспева последњег дана радног односа. Законитост одлуке о отпремнини, међутим, не утиче на законитост одлуке послодавца о отказу уговора о раду⁸³³.

5. Правни режим колективног отпуштања у домаћем праву

5.1. Уводна разматрања

Домаће право не користи термин "колективно отпуштање", већ ове процесе назива "вишак запослених"⁸³⁴, што је термилолошко наслеђе из предтранзиционог периода, када је настала синтагма "технолошки вишак".

Сматрамо да наведени термин заслужује ревизију, не толико са аспекта потребе за термилолошком хармонизацијом са Директивом 98/59/ЕЗ у оквиру процеса еуроинтеграција, већ због потребе за успостављањем дистинктивности између масовних отпуштања, која подразумевају комплекснији поступак, од појединачних отказа који су детерминисани истим разлозима - чињеницом да код послодавца постоји већи број запослених него што му је потребан, тако да се и ти запослени с правом могу назвати *вишак запослених*.

5.2. Појам и разлози колективног отпуштања

Домаће право не садржи појмовно одређење института вишка запослених, већ се ограничава на дефинисање његових битних квантитативних, временских и структуралних обележја, тако што прописује обавезу послодавца да донесе програм решавања вишка запослених ако утврди да ће због *технолошких, економских или организационих промена*⁸³⁵ у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време, и то за најмање (а) 10 запослених код послодавца који има у радном односу *више од 20 и мање од 100* запослених на неодређено време,

⁸³² *Ibid.*

⁸³³ VSRH, Rev-1368/01 од 23.01.2001. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*

⁸³⁴ Закон о раду – ЗР (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/2017 – одлука УС), део XI.

⁸³⁵ Домаћи законодавац није дефинисао појам технолошких, економских и организационих промена, за разлику од, на пример, шпанског права, у које су законским реформама из 2012. године имплементирани дефиниције економских, техничко-технолошких, организационих и производних промена које су услов колективних отпуштања, што је учињено с обзиром да су недовољно дефинисани разлози колективних отпуштања доводили до спорова и правне несигурности. Нав. према: A. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 28-29.

10% запослених код послодавца који има у радном односу *најмање 100 и највише 300* запослених на неодређено време и *30* запослених код послодавца који има у радном односу *преко 300* запослених на неодређено време, с тим да је програм решавања вишка запослених дужан да донесе и послодавац који утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена доћи до престанка потребе за радом најмање *20* запослених у оквиру периода од *90 дана*, без обзира на укупан број запослених код послодавца⁸³⁶.

Битна обележја института вишка запослених, изражена кроз обавезу доношења програма решавања вишка запослених уколико послодавац утврди да ће у периоду од *30 дана* доћи до престанка потребе за радом одређеног процента запослених у односу на укупан број запослених код послодавца или, алтернативно, ако утврди да ће у периоду од *90 дана* доћи до престанка потребе за радом *20* запослених, без обзира на укупан број запослених код послодавца, несумњиво говоре да је у домаће право интегрисана комунитарна концепција колективних отпуштања. На жалост, изостала је целовита и доследна имплементација, што резултира низом недоумица у примени и нижим нивоом гаранција права у случају вишка запослених у односу на ниво права гарантован радницима Европске уније.

5.2.1. Проблеми везани за одређивање обавезе доношења програма решавања вишка запослених

Процесни проблеми везани за неконзистентну имплементацију правила комунитарних права јављају се на различитим нивоима, али као најкрупније проблеме издвајамо проблем међусобног односа критеријума за квалификацију вишка запослених и проблем утврђивања престанака радног односа релевантних за квалификацију вишка запослених.

5.2.1.1. Проблем међусобног односа критеријума за квалификацију вишка запослених

Приликом прописивања критеријума за квалификацију вишка запослених домаћи законодавац се није определио за један од два алтернативно постављена критеријума предвиђена Директивом и препуштена избору држава чланица, већ је

⁸³⁶ ЗР, чл. 153.

оба наведена критеријума кумулативно одредио као услов за доношење програма решавања вишка запослених⁸³⁷. Такав начин уређења не ствара проблем код послодаваца који имају између 20 и 200 запослених, који су дужни да донесу програм увек када отпуштају најмање 10 запослених без обзира на период у коме се врше отпуштања, али проблем настаје код послодаваца који имају преко 200 запослених, јер услед кумулативно прописаних критеријума постаје нејасно у ком случају имају обавезу доношења програма.

Наиме, према првом критеријуму, сваки послодавац који запошљава више од 200 запослених има право да у периоду од 30 дана без програма отпусти између 20 и 29 запослених, у зависности од конкретног броја запослених⁸³⁸. Међутим, према другом критеријуму свако отпуштање најмање 20 запослених у периоду од 90 дана подлеже обавези доношења програма, без обзира на конкретан број запослених код

послодавца⁸³⁹. С обзиром да је период од 30 дана несумњиво конзумиран периодом од 90 дана, основано се намеће питање да ли послодавац који запошљава 200 и више запослених уопште може искористити своје право да према првом критеријуму без програма отпусти између 20 и 29 запослених у року од 30 дана, или је то право дерогирано другим критеријумом, који би тада добрим делом лишио смисла први критеријум?

У разрешењу ове дилеме треба имати у виду да су оба критеријума прописана као критеријуми истог значаја и да се не види законски основ да се било ком од њих да приоритет. Истовремено, основано би било претпоставити да законодавац није тенденциозно прописао два критеријума која се логичком хеременеутиком узајамно дерогирају. Претходна два аргумента наводе, стога, на могући закључак да је интенција законодавца била да оба критеријума егзистирају паралелно и независно један од другог, тако да је један применљив на отпуштања у периоду од 30 дана, а други на отпуштања у периоду од 90 дана. Међутим, ово закључивање није без недостатака, јер се не може утврдити било какав рационалан разлог за успостављање таквог система у унутрашњем законодавству једне државе, посебно када се има у виду

⁸³⁷ Идентично решење је својевремено усвојила Република Словенија, Законом о раду донетим 2002. године. Уочивши бројне проблеме које је таква методологија створила у пракси, словеначки законодавац је приликом доношења новог Закона о раду из 2013. године напустио кумулативни концепт и определио се за критеријум престанка радног односа у периоду од 30 дана одређеног процента запослених у односу на укупан број запослених код послодавца. Видети више у: [Zakon o delovnih razmerjih \(predlog\)](http://www.iusinfo.si/download/razno/ZDR_060912.doc), www.iusinfo.si/download/razno/ZDR_060912.doc, 10.10.2017, чл. 95 предлога закона и образложење измена, стр. 133; као и *Zakon o delovnih razmerjih (Uradni list Republike Slovenije, št. 21/2013)*, чл. 98 тог закона.

⁸³⁸ Критеријуми из чл. 153, ст. 1, т. 2 и 3 ЗР.

⁸³⁹ Критеријум из чл. 153, ст. 2 ЗР.

да је Директивом 98/59/ЕЗ државама чланицама остављена могућност избора како би им се омогућило да одаберу критеријум за који сматрају да са аспекта националног привредног окружења, степена незапослености, те величине претежног броја послодаваца, обезбеђује оптималан баланс између неопходне заштите права запослених за случај колективних отпуштања и могућности флексибилног прилагођавања послодаваца условима тржишта.

У одсуству логичног образложења за истовремену егзистенцију два паралелна критеријума за квалификацију колективног отпуштања у домаћем праву, аутор овог рада сматра да је постојеће решење *последица некритичког преписивања текста Директиве* у важећи закон, те да правила тумачења нејасних законских одредби налажу примену начела *in favorem laboratoris*, као основног принципа радног права, што доводи до закључка да *други критеријум представља коректив првог критеријума* и лишава га пуне примене. Последица наведеног је да *ниједан домаћи послодавац не може да без обавезе доношења програма решавања вишка запослених отпусти више од 19 запослених*, без обзира на укупан број запослених код тог послодавца и евентуално краћи временски оквир отпуштања од 90 дана, *с тим што обавеза доношења програма може настати и код отпуштања мањег броја запослених код послодаваца који имају до 200 запослених*. Ово закључивање засновано је на чињеници да, како је период од 30 дана конзумиран периодом од 90 дана, обавеза израде програма важи за свако отпуштање 20 и више запослених у временском оквиру од 90 дана, без обзира на то у ком интервалу у оквиру тог периода је отпуштање спроведено. Другачије схватање о "паралелној и независној егзистенцији", резултирало би тиме да послодавац који има преко 300 запослених може кроз три сукцесивна отпуштања у периоду од по 30 дана да у 90 дана без програма отпусти укупно 87 запослених, што би било у директној супротности са ултимативно постављеним другим критеријумом и сматрамо да не постоји методологија која би такво тумачење чинила одрживим.

С друге стране, оскудна јуриспруденција Врховног касационог суда инклинира супротном становишту⁸⁴⁰, без посебног елаборирања разлога оваквог закључивања, чиме се ускраћује заштита великом броју запослених, будући да се таквим приступом омогућава свим послодавцима са више од 200 запослених да скраћивањем периода отпуштања на 30 дана континуирано избегавају обавезу

⁸⁴⁰ Примера ради, ревизијским одлукама у предметима Рев2 723/2016 27.04.2017. године, Рев2 1300/2016 29.06.2017. године, те Рев2 392/2014 од 3.12.2014. године, Врховни касациони суд се експлицитно изјаснио да послодавац који запошљава више од 300 запослених може да у периоду од 30 дана без обавезе доношења програма решавања вишка запослених отпусти до 30 запослених.

доношења програма решавања вишка запослених и тиме отпуста недопустиво велики број запослених без икаквог учешћа представника запослених и надлежне власти у тим процесима, што сматрамо да, упркос неконзистентном начину прописивања, никако није могла бити интенција законодавца.

Не елаборирајући даље ово питање, очигледно је да постојећи концепт кумулације критеријума за квалификацију вишка запослених носи висок степен правне несигурности и чини неопходним да се *de lege ferenda* домаћи законодавац определи за онај критеријум који је примерен профилу домаће привреде, структури послодаваца и тржишта рада. У том погледу корисна су запажања која је у односу на решење хрватског права, према коме се колективним отпуштањем сматра престанак потребе за радом најмање 20 запослених у периоду од 90 дана, дао проф. Потољњак, оценивши да у условима преминације малих и средњих послодаваца на тржишту, што је карактеристика и домаћег привредног окружења, примена критеријума процента отказа у периоду од 30 дана у односу на укупан број запослених код послодавца обезбеђује заштиту већем кругу запослених⁸⁴¹.

5.2.1.2. Проблем утврђивања основа престанка радног односа релевантних за квалификацију вишка запослених

Обавеза доношења програма решавања вишка запослених постоји ако послодавац утврди да ће због технолошких, економских и организационих промена доћи до *престанка потребе за радом* запослених на неодређено време. С друге стране, престанак потребе за радом запослених на неодређено време због технолошких, економских и организационих промена код послодавца законом је прописан као оправдан *отказни разлог* због потреба на страни послодавца и то је *једини контекст* у коме се *престанак радног односа везује за престанак потребе за радом запосленог*. Додатно, Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, као једини "вишак запослених", који по престанку радног односа остварује посебна права, предвиђа запослене којима је *уговор о раду отказан*⁸⁴², имплицирајући сваки други основ проглашења вишком супротним том закону.

Ово ствара проблем у примени закона, јер остаје нејасно да ли је послодавац,

⁸⁴¹ Ž. Potočnjak, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", *op. cit.*, стр. 246.

⁸⁴² 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), чл. 67, ст. 1, т. 1.

приликом процене обавезе доношења програма решавања вишка запослених, дужан да узме у обзир (1) само оне запослене којима због престанка потребе за радом услед технолошких, економских и организационих промена намерава да *откаже* уговор о раду или је дужан да узме у обзир (2) све запослене којима ће у оквиру реорганизације *престати радни однос*, без обзира да ли ће правни основ престанка радног односа бити отказ од стране послодавца или неки други ваљани основ, на пример, споразумни раскид, отказ од стране запосленог уз исплату стимулативне отпремнине или превремена пензија.

Наведена дилема се намеће с обзиром да је концепт вишка запослених преузет из комунитарног права, које приликом квалификације колективних отпуштања узима у обзир све престанке радног односа који нису везани за личност запосленог, под условом да послодавац планира да отпусти најмање петоро запослених, те се оправдано поставља питање шта је домаћи законодавац имао у виду и на исто нема одговора, јер осим лапидарно употребљене синтагме о "престанку потребе за радом", као условом за доношење програма, законодавац ни на једном месту не индикује друге евентуалне основе престанка радног односа који би за потребе доношења програма били изједначени са отказима.

У домаћој јуриспруденцији није изражен став по овом питању, а у пословној пракси српски послодавци узимају у обзир искључиво број планираних отказа, чиме се смањује обим заштите запослених у односу на комунитарне стандарде. Наведено чини неопходним да *de lege ferenda* домаћи законодавац јасно определи концепт релевантних престанака радног односа, те да, ако програмом решавања вишка запослених треба да буду обухваћени и други основи престанка радног односа, исте специфицира, с обзиром да богата јуриспруденција Европског суда правде, настала у примени Директиве, демонстрира колико то питање може бити спорно када није на јасан начин одређено.

5.2.2. Проблем нивоа гаранција права у случају колективног отпуштања

Неконзистентна имплементација комунитарних правила у домаће право има и своје материјалне импликације у виду нижег нивоа гаранција права која се обезбеђују вишку запослених у односу на комунитарне стандарде. У циљу боље илустрације, у доњој табели дат је упоредни приказ обима и садржине права гарантованих одредбама комунитарног и домаћег права.

Табела бр. 1

Директива 98/59/ЕЗ	Закон о раду
"Колективно отпуштање" обухвата отказе <u>из једног или више разлога који се не односе на личност запосленог.</u>	"Вишак запослених" обухвата отказе <u>због технолошких, економских или организационих разлога.</u>
Када је за израчунавање прага за колективно отпуштање релевантан <u>укупан број запослених код послодавца, у тај број улазе сви запослени који у одређеном периоду раде код послодавца, без обзира на основ ангажовања.</u>	Приликом израчунавања прага за вишак запослених <u>под укупним бројем запослених сматрају се искључиво запослени у радном односу на неодређено време.</u>
Када послодавац намерава да једнострано отпусти најмање пет запослених у периоду од 30 или 90 дана, приликом утврђивања да ли се ти откази могу квалификовати као колективно отпуштање, <u>узимају се у обзир и са отказима изједначавају сви други престаници радног односа на иницијативу послодавца у том периоду.</u>	Приликом израчунавања прага за вишак запослених, <u>као вишак запослених су експлицитно одређени искључиво запослени којима послодавац једнострано отказује уговоре о раду.</u>
Директива се <u>не примењује на запослене у радном односу на одређено време, осим када се уговор о раду отказује пре истека периода</u> на који је закључен.	Запослени у радном односу на одређено <u>не сматрају се вишком запослених у случају превременог престанка уговора.</u>
<u>Организациони ниво послодавца, који представља референтну јединицу</u> на којој се врши колективно отпуштање и у односу на коју се посматра број отказа и укупан број запослених, <u>је погон послодавца</u> у свом комунитарном значењу.	Вишак запослених се исказује искључиво на нивоу послодавца, као целине, док су <u>организациони делови послодавца, као и број отказа и укупно запослених у њима, ирелевантни за квалификацију вишка запослених.</u>

Прва дискрепанца која се може приметити састоји се у томе што су права за случај вишка запослених у домаћем праву резервисана само за запослене којима радни однос престаје због технолошких, економских и организационих промена код послодавца, док запослени којима радни однос престаје услед престанка рада послодавца због стечаја или ликвидације, наступања више силе или неких других разлога, остају ван домашаја заштите. Као што је већ претходно указано, ова врста ограничења је у јуриспруденцији Европског суда правде оцењена као повреда права запослених зајемчених Директивом⁸⁴³, јер нема оправдања да исту врсту заштите не уживају сви запослени којима радни однос престаје нескривљено, из разлога који су

⁸⁴³ Пресуда Европског суда правде у предмету C-55/02 (*Commission/Portuguese Republic*) од 12.10.2004., ECLI:EU:C:2004:139, т. 50, 52, 53 и 60, изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 29 и изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-187/05 (*Agorastoudis i dr./Goodyear Hellas AVEE*) од 07.09.2006., ECLI:EU:C:2006:535, т. 20, 22, 26, 27, 29, 30 и 33, изрека пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15.02.2007., т. 31 и 34; Пресуда Европског суда правде у предмету C-235/10 (*David Claes and others v. Landsbanki Luxembourg S.A, in liquidation*) од 03.03.2011., т. 14, 29, 34-36, 47, 48, 50, 53-55 и 57, став 1 и 3 изреке пресуде.

искључиво на страни послодавца.

Друга дискрепанца између комунитарног и домаћег права, која се односи на категорије запослених који улази у укупан број запослених код послодавца, изоловано посматрана, може деловати као погодна за домаће запослене, јер спушта праг за квалификацију вишка запослених у односу на комунитарна правила, тиме што број запослених за чијим радом престаје потреба ставља у корелацију само са укупним бројем запослених у радном односу на неодређено време код послодавца, потпуно игноришући значајан број запослених које домаћи послодавци упошљавају кроз различите флексибилне форме ангажовања. Међутим, ова дискрепанца постаје неповољна за запослене када се узму у обзир трећа и четврта дискрепанца приказане у табели.

Трећа дискрепанца, о којој је претходно већ било речи са проблематичног процесног аспекта, састоји се у томе што је домаћи законодавац као једини правни основ престанка радног односа због потребе за радом запосленог прописао *отказ уговора о раду од стране послодавца*, уз претходно утврђење вишком и исплату отпремнине, а прописима о осигурању за случај незапослености то потврдио, ускративши могућност остваривања права предвиђених за случај вишка запослености свим запосленима којима је радни однос престао по другом основу, без обзира што су и престанци радног односа мотивисани истим пословним потребама послодавца. Овим се из домаћаја радноправне и социјалноправне заштите изузима широк круг запослених, којима радни однос у оквиру реорганизације послодавца престане (1) *споразумним раскидом радног односа* или *отказом од стране запосленог*, уз исплату стимулативне отпремнине, (2) *остваривањем права на превремену или старосну пензију*, пре него што би им радни однос престао по сили закона због навршених година живота и стажа осигурања, или (3) *отказом од стране послодавца због одбијања измена уговора о раду* понуђених у оквиру реорганизације. Додатно негативан аспект наведеног је што не само да ови запослени постају "невидљиви вишак запослених", већ та чињеница омогућава послодавцима да без програма отпусте друге запослене које утврде вишком, а са којима нису постигли договор, будући да изостављање других основа престанака радног односа из квалификације вишка запослених снижава праг за обавезу израде програма. Претходно наведени законски дефицити представљају плодно тло за различите злоупотребе и озбиљну претњу правима запослених.

Четврта дискрепанца састоји се у томе да се према домаћем закону вишком

запослених сматрају искључиво запослени у радном односу на неодређено време, док су према правилима комунитарног права колективним отпуштањима обухваћени и запослени у радном односу на одређено време и други привремено ангажовани извршиоци којима се уговори отказују пре истека рока на који су закључени⁸⁴⁴. Овакво решење, колико је неповољно за раднике у флексибилним формама запошљавања, толико је неповољно и за запослене у радном односу на неодређено време, јер чињеница да су отпуштања привремено ангажованих извршилаца ирелевантна са аспекта обавезе доношења програма решавања вишка запослених, вештачки снижава број запослених који формално представљају вишак запослених и може довести до изостанка програма, аналогно претходно анализираном случају запослених, којима у оквиру реструктурирања по другим основима престане радни однос. Домашај могућих злоупотреба је лако замислити када се има у виду да су рад на одређено време и друге флексибилне форме ангажовања радника веома заступљене код домаћих послодаваца и да су често такви аранжмани фиктивна супституција радног односа на неодређено време, на шта се, као што смо видели, отворено упозорава у правној теорији⁸⁴⁵.

Пета дискрепанца састоји се у томе што се вишак запослених у домаћем праву утврђује на нивоу послодавца као целине, док се према комунитарном праву колективно отпуштање посматра на нивоу погона, као организационог дела послодавца. Иако, како је већ претходно приказано на примерима спорова *Lyttle and Others*⁸⁴⁶ и *USDAW and Wilson*⁸⁴⁷, одређивање послодавца као референтне јединице за колективно отпуштање није *a priori* негативно решење за запосленог и, штавише, може бити неповољније за послодавце него за запослене, у пресуди *Rabal Cañas*⁸⁴⁸ се показало да утврђивање вишка запослених на нивоу послодавца може бити неповољно за запослене у већим организационим целинама, које могу представљати погон у комунитарном значењу. Пример тога било би отпуштање 10 запослених у организационом делу у коме ради између 20 и 100 запослених, што би са аспекта тог погона као референтног нивоа створило обавезу доношења програма, која неће

⁸⁴⁴ Директива 98/59/ЕЗ, чл 1, ст. 2, т. (а); Пресуда Европског суда правде у предмету C-422/14 (*Pujante Rivera/Gestora*) од 11.11.2015., ECLI:EU:C:2015:743, т. 35.; Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015., ECLI:EU:C:2015:455, ст. 38, 39, 46, 50, 51, став 1 и 2 изреке Пресуде; Пресуда Европског суда правде у предмету C-385/05 (*Confédération générale du travail /CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*) од 18.01.2007., ECLI:EU:C:2007:37, став 2 изреке Пресуде.

⁸⁴⁵ J. Hensius, *op. cit.*, стр. 266, 272.

⁸⁴⁶ Пресуда Европског суда правде у предмету C-182/13 (*Lyttle and Others*) од 13.05.2015., EU:C:2015:0000.

⁸⁴⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13.04.2015., EU:C:2015:291.

⁸⁴⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-392/13 (*Rabal Cañas*) од 13.05.2015., ECLI:EU:C:2015:743, т. 54, став 1 изреке Пресуде.

настати ако је код послодавца запослено више од 110 запослених, јер са аспекта послодавца као референтног нивоа, број од 10 отказа не ствара обавезу доношења програма.

5.3. Круг запослених на које се односе правила о колективном отпуштању

5.3.1. Општа разматрања

Правила о колективном отпуштању резервисана су у домаћем праву искључиво за запослене у радном односу на неодређено време код послодавца, како са аспекта могућности да буду утврђени вишком, тако и са аспекта укупног броја запослених код послодавца у односу на који се утврђује обавеза доношења програма решавања вишка запослених. У том су погледу изједначени сви запослени у радном односу на неодређено време, без обзира на то да ли су чланови управе предузећа или "обични" запослени, колико су времена провели у радном односу код послодавца и без обзира на величину послодавца са аспекта укупног броја запослених.

С друге стране, запослени у радном односу на одређено време и сва друга радно ангажована лица, остају потпуно "невидљиви" за примену правила о колективном отпуштању.

Поред наведеног, озбиљан недостатак домаћег права представља чињеница да се правила о вишку запослених некритички примењују на запослене који остају без посла због тзв. *outsourcing-a* дела пословања, док се истовремено од примене правила о вишку запослених неоправдано изостављају запослени над чијим се послодавцима покреће стечајни поступак.

5.3.2. Примена правила о вишку запослених у случају преноса одређених активности послодавца на треће лице (*outsourcing*)

Outsourcing, о коме је већ претходно било речи, као савремени начин организације рада базиран на измештању активности предузећа које не спадају у његову основну делатност и њихово поверавање специјализованим предузећима за одређене услуге, није заобишао ни српску привреду пост-транзиционог периода. Штавише, ово је био чест модел решавања вишкова запослених у првом таласу

масовних отпуштања након приватизације друштвених предузећа, тако што су углавном измештани послови хигијене, обезбеђења и одржавања, који су "аутсорсовани" у специјализована предузећа за обављање тих услуга и често у капацитету "туђих" запослених настављали да обављају послове у просторијама бивших послодаваца. С друге стране, са возачима теретних возила су често, као део пакета решавања вишка запослених, закључивани уговори о лизингу камиона који су представљали основна средства предузећа, на основу којих су исти прелазили у својину бивших запослених - будућих добављача услуга транспорта - који су настављали да тим камионима као предузетници врше услуге за своје бивше послодавце. *Outsourcing* је и даље веома актуелан вид решавања вишка запослених, будући да се све више сужава поимање броја послова који се сматрају основном делатношћу (*core business*) и шири спектар операција које се искључују из организационих структура предузећа.

У свим овим поступцима одлука послодавца да део активности које су се до тада обављале у предузећу "аутсорсује" сматра се видом организационих промена које представљају легитиман разлог престанка за радом запослених који су те послове обављали. Њима се може, али не мора, као мера за запошљавање понудити рад у *outsourcing* компанији, али они у сваком случају код свог матичног послодавца постају вишак коме радни однос престаје уз исплату отпремнине, или им, уколико их *outsourcing* компанија прихвата, радни однос престаје без исплате отпремнине, будући да им је обезбеђена мера за запошљавање, што је за запослене често неповољнији сценарио, јер по правилу раде за ниже зараде и под свеукупно неповољнијим условима рада.

Запослени који у оквиру процеса *outsourcing-a* остану без посла, врло често сматрају да чињеница да се њихови бивши послови и даље обављају од стране трећег лица значи да потреба за њиховим радом није престала и стога покрећу спорове за поништај отказа. Домаћи судови одбијају такве тужбене захтеве, образлажући одлуке ставом да је "спровођење организационих и економских промена самостална 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".⁸⁴⁹

⁸⁴⁹ 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.

Настала је нова парадигма: *outsourcing* је легитиман разлог за исказивање вишка запослених који се не може оспорити, без обзира на негативне ефекте по запослене. И ту настаје проблем, који се састоји у следећем: по аутоматизму се сматра да сваки *outsourcing* представља оправдани разлог 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.

Наиме, институт промене послодавца транспонован је из комунитарних правила садржаних у Директиви 2001/23/ЕЗ о хармонизацији права држава чланица по питању очувања права запослених код преноса предузећа, делатности или њихових делова и имплементиран у члан 147 Закона о раду, који предвиђа 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. Иако домаћи закон, за разлику од поменуте Директиве, није експлицитно прописао да промена послодавца не може представљати основ за колективна отпуштања, овакав закључак произилази из циља законских одредби о правима запослених у случају промене послодавца, који је усмерен на очување запослења и стечених права запослених којима у случају промене послодавца прети опасност. Како губитак запослења због промене послодавца има сасвим супротан ефекат том циљу, јасно је да је вишак запослених због промене послодавца неспојив са претходним институтом. Додатно, одредбе домаћег закона о правима запослених у случају промене послодавца нужно је тумачити у светлу Директиве из које су преузете.

Европски суд правде (ЕСП), надлежан за спорове у њеној примени, је у чувеном спору *Schmidt C. v. Spar und Leihasse*⁸⁵⁰ заузео став да Директиву треба сматрати применљивом и на ситуације у којима послодавац уговорним путем поверава другом предузећу послове чишћења које је пре тога обављао интерно, чак и у ситуацији када су такви послови обављани од стране само једног запосленог. Овај став суд је поновио и у спору *Watson Rask and K. Christensen v. ISS Kantinenservice A/S*⁸⁵¹.

Следом овог става, испоставило би се да је сваки *outsourcing* који је у прошлости био предмет спора погрешно правно квалификован од стране свих судских инстанци у земљи. Овај закључак, међутим, не би био сасвим тачан, јер је

⁸⁵⁰ Пресуда Европског суда правде у предмету *Schmidt C. v. Spar und Leihasse*, No. C-392/92, ECR, 1994, 1311.

⁸⁵¹ Пресуда Европског суда правде у предмету *Watson Rask and K. Christensen v. ISS Kantinenservice A/S*, No. C-209/91, ECR, 1992, 5755.

ЕСП у међувремену, почев од спора *Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*⁸⁵², развио тестове за утврђивање да ли одређени пренос економског ентитета потпада под домаћај Директиве, односно пренос уговора и забрану отказа по том основу. Сходно томе, не сматра се сваки *outsourcing* поводом за примену Директиве. Према одлуци суда у наведеном спору, пренос економског ентитета у смислу Директиве постоји (1) уколико је економски ентитет задржао свој идентитет, (2) при чему је неопходно утврдити: (а) о којој је врсти предузећа или делатности реч, (б) да ли је дошло до преноса ствари или права која чине имовину предузећа, (в) да ли су запослени преузети, (г) да ли су клијенти/купци преузети и (д) који је степен сличности између активности обављаних пре преноса и у ком периоду су евентуално претходне активности обустављене, при чему сви претходно наведени фактори теста морају да се посматрају у својој синергији, а не одвојено⁸⁵³. У спору *Allen v. Amalgamated Co. Ltd.* ЕСП је дефинисао појам економског ентитета у смислу Директиве, као стабилног економског ентитета чије се активности не свode на постојање једног уговорног односа, већ који подразумева групу лица и имовине који изводе одређене економске активности ради остваривања одређеног циља.⁸⁵⁴ У спору *Albert Merckx and Patrick Neubuys v. Ford Motor Company Belgium SA*⁸⁵⁵ суд је оценио да је дошло до преноса економског ентитета и уколико није дошло до преноса имовине, али је задржан континуитет пословања претходника. У спору *Süzen v. Zehnacker*, ЕСП је изнео становиште да код радно-интензивних делатности, група запослених у радном односу на неодређено време, укључених у заједничку активност, може представљати економски ентитет уколико је већина тих запослених преузета, према критеријуму обављања исте делатности, чак и ако нови послодавац не обавља само ту делатност⁸⁵⁶. С друге стране, у спору *Liikenne*⁸⁵⁷ суд је изразио став да се преузимање возача аутобуса не може сматрати преносом економског ентитета у ситуацији када нису преузети и аутобуси, јер транспортна делатност није есенцијално заснована на радној снази, већ је условљена постојањем опреме.

⁸⁵² Пресуда Европског суда правде у предмету *J.M.A. Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*, No. 24/85; ECR, 1986, 1119. Више у: R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 846-847.

⁸⁵³ J. McMullen, *op. cit.*, стр. 342.

⁸⁵⁴ Пресуда у предмету C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd.*), од 2. децембра 1999. године (*European Court reports* 1999, I-8643). Више у: R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 852.

⁸⁵⁵ Пресуда Европског суда правде у предмету *Albert Merckx and Patrick Neubuys v. Ford Motor Company Belgium SA* Joined Cases C-171/94 and C-172/94, ECR, 1996, 1253. Више у: R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 847-849.

⁸⁵⁶ Пресуда Европског суда правде у предмету *Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, C-13/95, ECR, 1997, 1259. Више у: R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 849-851.

⁸⁵⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету *Oy Liikenne Ab v. Pekka Liiskojärvi and Pentti Juntunen*, C-172/99, ECR, 2001, 745. Више у: R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 860-865.

Да закључимо: није сваки *outsourcing* подобан за квалификацију промене послодавца у смислу члана 147 домаћег Закона о раду и Директиве 2001/23/ЕЗ. Неки од њих заиста могу представљати легитимне разлоге за исказивање вишка. С друге стране, 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 решавања вишка запослених, с обзиром да несумњиво обезбеђују запосленима виши ниво права. Истини за вољу, одредбе домаћег закона о промени послодавца су веома уопштене и захтевају солидно познавање радног права да би се ставиле у прави контекст, што се не може очекивати од широког аудиторијума који исте треба да користи. Све претходно наведено указује на потребне *de lege ferenda* интервенције у циљу унапређења постојећег решења и стварања могућности да се *outsourcing* стави у одређени правни оквир и унапреди положај запослених у тим поступцима. То би превасходно значило (1) јасније одређење синтагме "промена послодавца", (2) експлицитну забрану отпуштања запослених због промене послодавца, чиме би се елиминисали вишкови запослених везани за "*outsourcing*" који представља пренос економског ентитета у смислу Директиве, те коначно да се покуша, у мери у којој је то могуће, (3) прописивање параметара, по угледу на тест Европског суда за људска права, на основу којих ће пре свега послодавац, а потом и суд у радном спору, моћи да преиспита правну природу "*outsourcing*"-а и на основу поузданих мерила оцени обавезе послодавца и законитост поступања.

5.3.3. Ограничена примена правила о вишку запослених у случају стечаја послодавца

Отварање стечајног поступка⁸⁵⁸ представља посебан отказни разлог, чији је правни основ прописан Законом о стечају, а отказ запосленима код стечајног дужника даје стечајни управник⁸⁵⁹. Приликом отказивања уговора о раду стечајни управник, који се именује у стечајном поступку, није везан одредбама Закона о раду, а једина његова експлицитно прописана обавеза је да о отпуштањима обавести

⁸⁵⁸ Стечајни поступак уређује се одредбама Закона о стечају - ЗС ("Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018). У складу са чл. 11 тог закона, стечајни поступак се отвара када се утврди постојање најмање једног стечајног разлога. Стечајни разлози су: (1) трајнија неспособност плаћања; (2) претећа неспособност плаћања; (3) презадуженост; (4) непоступање по усвојеном плану реорганизације и ако је план реорганизације издејствован на преваран или незаконит начин.

⁸⁵⁹ ЗС, чл. 77, ст 1 и 2. У складу са чл. 19 ст. 1 и чл. 20 ст. 1, стечајни управник је лице које води послове и заступа стечајног дужника, које именује стечајни судија решењем о отварању стечајног поступка.

филијалу Националне службе за запошљавање према седишту стечајног дужника⁸⁶⁰. Стечајни управник, притом, не мора дати отказ свим запосленима стечајног дужника, већ има право да одређени број задржи у радном односу, као и да накнадно ангажује одређени број лица ради окончања започетих послова или ради вођења стечајног поступка уз сагласност стечајног судије⁸⁶¹.

Према томе, колективна отпуштања о којима одлучује стечајни управник су у целости изузета од примене правила о решавању вишка запослених предвиђених Законом о раду, што за последицу има четири кључна недостатка: (1) *стечајни управник нема обавезу примене објективних и транспарентних критеријума за селекцију вишка*, већ може да отпушта по дискреционој оцени, при чему не треба изгубити из вида да је он треће лице које у тренутку именовања, када стиче право на отпуштања, нема никаква сазнања нити о стечајном дужнику, нити његовим запосленима; (2) *има пуно право да постојеће запослене замењује новим радницима* које ангажује такође без икаквог критеријума и према сопственој дискреционој оцени њихових квалификација и потребног броја; (3) *запослени немају право на отпремнину*, чиме остају без запослења без икаквих обезбеђених примања; те коначно (4) *не постоји никаква могућност учешћа репрезентативних синдиката* у поступцима отпуштања.

Оваквом регулативом домаћи законодавац је грубо одступио од комунитарних правила која је акцептирао у домаће радно право, будући да Директива 98/59/ЕЗ о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања јасно прописује да се на запослене код стечајних дужника у целости примењују правила Директиве и да се једино одступање може предвидети у односу на обавештавање јавне власти и њена овлашћења на одлагање отпуштања.

С друге стране, уколико у оквиру стечајног поступка дође до усвајања плана реорганизације⁸⁶², предузеће наставља са радом као активно привредно друштво⁸⁶³ у

⁸⁶⁰ ЗС, стр. 77, ст. 2.

⁸⁶¹ ЗС, стр. 77, ст. 3.

⁸⁶² Према чл. 155 Закона о стечају, реорганизација се спроводи ако се тиме обезбеђује повољније намирење поверилаца у односу на банкротство. Реорганизација се спроводи према плану реорганизације који се сачињава у писаној форми. План реорганизације може се поднети истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка или након отварања стечајног поступка у складу са овим законом. Ако се план реорганизације подноси истовремено са предлогом за покретање стечајног поступка његов назив се мења у унапред припремљен план реорганизације, а садржина и поступак који се на њега примењује одређују се у складу са одредбама закона којима се то питање уређује.

⁸⁶³ Према чл. 167 Закона о стечају, по доношењу решења о потврђивању усвајања плана реорганизације, сва потраживања и права поверилаца и других лица и обавезе стечајног дужника одређене планом реорганизације уређују се искључиво према условима из плана реорганизације. Правноснажност решења о потврђивању усвајања плана реорганизације у стечају, престају све последице отварања стечајног поступка, а у називу стечајног дужника брише се ознака "у стечају".

посебном правном режиму⁸⁶⁴, а као једна од мера за спровођење плана реорганизације може бити предвиђено и отпуштање запослених или ангажовање других лица⁸⁶⁵. На радноправни статус ових запослених се, према становишту Врховног касационог суда⁸⁶⁶, за разлику од запослених које отпушта стечајни управник, примењују одредбе Закона о раду, тако да запослени којима се отказује уговор о раду као мера за спровођење плана реорганизације, остварују права предвиђена за случај вишка запослених.

Уважавајући све специфичности стечајног поступка, остаје нејасна неконзистентност правних режима престанка радног односа запослених код стечајног дужника, који су у скоро идентичној чињеничној ситуацији, а стављају се у потпуно различиту правну ситуацију само на основу тога да ли им је радни однос престао пре или након потврђивања плана реорганизације. Наиме, недостаје концепт: ако је предузеће презадужено, онда оно нема средстава за исплату зарада и отпремнина и на неки начин се то може оправдати. То се предузеће неће наћи у много бољој финансијској ситуацији ни у блиској будућности, када се на основу плана реорганизације коренито мења правни положај запослених чије се отпуштање планира као мера плана реорганизације (за разлику од претходних које је стечајни

⁸⁶⁴ Ово с обзиром да се спровођење плана реорганизације прати у складу са одредбама чл. 167 до чл. 173 Закона о стечају, те да неиспуњавање плана реорганизације представља стечајни разлог предвиђен чл. 11 ст. 2, т. 4 тог закона.

⁸⁶⁵ ЗС, чл. 157, ст. 1, т. 12.

⁸⁶⁶ Врховни касациони суд у пресуди Рев2 2891/2016 од 19.1.2017. године констатује: "Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је био у радном односу код туженог по основу уговора о уређивању међусобних права, обавеза и одговорности број... од 08.04.2008. године до 17.09.2014. године, када му је радни однос престао доношењем оспореног решења из разлога што је унапред припремљеним планом реорганизације, који се усвојен решењем Привредног суда у К. бр. 2 Ст... од 25.04.2014. године предвиђено отпуштање запослених као мера примене плана. Тужиоцу пре доношења решења о престанку радног односа није исплаћена отпремнина. На овако утврђено чињенично стање, правилно су нижестепени судови применили материјално право и то одредбе Закона о стечају ("Службени гласник РС" бр. 104/09...83/14) и одредбе Закона о раду ("Службени гласник РС" бр. 24/05...75/14), поништајем решења о отказу и обавезивањем туженог да тужиоца врати на рад. Према члану 77. став 1. Закона о стечају, отварање стечајног поступка је разлог за отказ уговора о раду који је стечајни дужник закључно са запосленима. Према члану 160. став 4. Закона о стечају, ако се унапред припремљени план реорганизације на рочишту усвоји, стечајни судија ће решењем истовремено отворити стечајни поступак, потврдити усвајање унапред припремљеног плана реорганизације и обуставити стечајни поступак. Према члану 73. став 2. Закона о стечају, правне последице отварања стечајног поступка не наступају у случају истовременог отварања и обуставе стечајног поступка према унапред припремљеном плану реорганизације. Имајући у виду да је решењем стечајног суда од 23.04.2014. године, стечајни поступак отворен (став први изреке) и истовремено обустављен (став трећи изреке), у смислу члана 160. став 4. Закона о стечају, правне последице отварања стечајног поступка нису наступиле, по члану 73. став 2. Закона о стечају. У тој ситуацији, отказ уговора о раду не може се дати као последица отварања стечајног поступка, у смислу члана 77. став 1. Закона о стечају и на права, обавезе и одговорности запослених и послодавца се примењују одредбе Закона о раду, као општег прописа. Ревизија се неосновано позива на члан 175. став 1. тачка 7. Закона о раду, којим је прописано да радни однос престаје и у другим случајевима утврђеним законом и истиче да Закон о стечају, као специјални закон, дерогира одредбе Закона о раду. Тужени није био у поступку стечаја у време доношења решења о отказу, пошто потврђивањем унапред усвојеног плана реорганизације дужник наставља пословање и брише се ознака "у стечају" (члан 155. и члан 167. Закона о стечају). Нема места примени специјалног прописа, па је Апелациони суд правилно закључио да је услед организационих промена тужени могао отказати тужиоцу уговор само применом члана 179. став 5. тачка 1. Закона о раду ("Службени гласник РС" бр. 24/05...75/14)."

управник стихијски отпустио) и они остварују сва права у складу са Законом о раду. Истини за вољу, одређена корекција је покушана одредбама Закона о раду којима су уређена права запослених у случају отварања стечајног поступка⁸⁶⁷, тако што је запосленима који су отпуштени пре потврђивања плана реорганизације дат приоритет приликом остваривања заосталих потраживања пре отварања стечајног поступка пред Фондом солидарности, док запослени којима радни однос престаје након потврђивања плана реорганизације то право не припада, али се не чини да је тиме успостављен одговарајући компензаторни механизам, с обзиром да је услов за остваривање потраживања пред Фондом солидарности постојање потврђеног потраживања у стечајном поступку⁸⁶⁸, а запослени је за то време "на улици", на коју је, за разлику од својих колега, "избачен" без критеријума и без отпремнине.

Неприхватљивост оваквог решења јасно указује на потребу легислативне интервенције, којом би *de lege ferenda*, (1) био направљен јасан концепт у погледу права запослених у случају отварања стечајног поступка и успостављена конзистентност у погледу права запослених, а (2) стечајном управнику, као потпуно трећем лицу који има овлашћења "шерифа са Дивљег запада", била ускраћена превише екстензивна овлашћења која тренутно има у области радних односа и прописане обавезе којих мора да се придржава приликом отпуштања запослених, било кроз допунске одредбе Закона о стечају или јасно упућивање на одређене одредбе Закона о раду.

5.4. Посебна заштита од колективног отпуштања

5.4.1. Субјекти и садржина права на посебну заштиту од колективног отпуштања

За време (1) трудноће, (2) породичног одсуства, (3) одсуства са рада ради неге детета и (4) одсуства са рада ради посебне неге детета, послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду⁸⁶⁹. У питању је *заштита од отказа апсолутног карактера*, јер (1) *покрива све законске основе за отказ уговора о раду од стране послодавца*⁸⁷⁰, дакле не само отказ због престанка потребе за радом запосленог, јер је (2) *неотклоњива*, с обзиром да Закон о раду не предвиђа надлежност одређеног

⁸⁶⁷ ЗР, чл. 125-146.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, чл. 139.

⁸⁶⁹ ЗР, чл. 187, ст.1.

⁸⁷⁰ Послодавац може запосленом да откаже уговор о раду ако за то постоји оправдани разлог који се односи на радну способност запосленог, његово понашање или потребе послодавца, а разлози су наведени у члану 179. ЗР.

органа (на пример, суда, арбитраже, министарства/инспекције рада, синдиката чији је запослени члан) који би у одређеним случајевима ипак могао да послодавцу изда одобрење или сагласност за отказивање уговора о раду и, коначно, јер је (3) отказивање уговора о раду запосленом из ове категорије *санкционисано ништавошћу*, и то не само ако је на дан доношења решења о отказу уговора о раду послодавцу било познато постојање неког од ових основа заштите, већ и уколико запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа о истом обавести послодавца, уз достављање одговарајуће потврде овлашћеног лекара или другог надлежног органа⁸⁷¹, у ком случају је послодавац дужан да решење о отказу моментално стави ван снаге.

Притом, заштиту ове врсте не уживају само запослени у радном односу на неодређено, већ и запослени у радном односу на одређено време, којима се уговор продужава до истека периода заштите⁸⁷².

Треба имати у виду да одсуство са рада ради неге детета и одсуство са рада ради посебне неге детета може користити и отац детета, под истим условима као и мајка⁸⁷³, док породично одсуство отац детета може користити само у законом предвиђеним случајевима⁸⁷⁴. Ипак, сматрамо да ова регулатива не даје могућност родитељима да споразумно мењају титулара одсуства, као средство заштите од отказа, већ да се на заштиту може позивати само родитељ који ефективно користи одсуство у моменту када су се стекли разлози за отказ.

Очигледно је да је послодавац, приликом прописивања овако широке заштите запослених са породичним обавезама и одговорностима, имао у виду потребу да се овим лицима обезбеди извор редовних месечних прихода, као и здравствено осигурање из радног односа, у ситуацији када су у стању акутне и појачане социјалне потребе, проузроковане одржавањем трудноће, порођајем и негом детета. Ово се донекле може разумети, с обзиром да је питање наталитета једно од централних питања социјалне политике, али опет се чини да је прописани ниво заштите превисок и неоправдан. Наиме, не види се разлог да се послодавцу ускрати могућност да запосленој трудници која на раду учини повреду радне обавезе, на пример, утаји имовину послодавца, откаже уговор о раду, или да откаже уговор о раду запосленом који за време одсуства ради неге детета повреди клаузулу

⁸⁷¹ ЗР, чл. 187. ст. 3.

⁸⁷² ЗР, чл. 187. ст. 2.

⁸⁷³ ЗР, чл. 94, ст. 4 и 6, чл. 96, ст. 1.

⁸⁷⁴ ЗР, чл. 94, ст. 3 и 5.

конкуренције или обавезу чувања поверљивих података⁸⁷⁵.

Критика оваквом законском решењу могла би се упутити и са аспекта утврђивања и решавања вишка запослених, у ситуацији када се, због нерентабилности, промене технологије или организације процеса рада, укида цела организациона јединица у којој раде заштићени запослени или се у целости укидају послови које обављају заштићени запослени. У оваквој ситуацији би се могло поставити питање који је *ratio* фаворизовања ових категорија запослених у односу на друге запослене, који такође могу имати породичне обавезе и одговорности, или здравствене проблеме, који такође изискују редован месечни приход и здравствено осигурање, а објективна потреба за пословима које су обављали више не постоји? Могло би се поставити и питање да ли се послодавцу намеће прекомерно оптерећење тиме што има обавезу да овим запосленима на сваки начин пронађе упослење или их држи на платном списку упркос томе што њихов рад не може да корисно ангажује у оквиру редовних пословних процеса? Ово посебно када је вишак запослених резултат финансијске исцрпљености послодавца.

Не улазећи даље у испитивање оправданости оваквог решења, треба имати у виду да је у примени ове забране у поступку решавања вишка запослених до скоро преовладавао став да послодавац не може да пре истека периода заштите донесе решење о отказу заштићеним запосленима за чијим је радом потреба престала, али да може да их током периода заштите утврди као вишак запослених, уврсти у програм решавања вишка запослених и спроведе комплетан поступак, тако да отказивање уговора о раду по истеку периода заштите буде само формалност⁸⁷⁶. Међутим, у новијој пракси Врховног касационог суда изражен је став да запослене који уживају наведени вид заштите није могуће чак ни утврдити вишком запослених, нити уврстити у програм, јер би то представљало почетак отказног поступка, који се према овој категорији запослених не може водити, те би и сам накнадно донети отказ који је резултат таквог поступка био незаконит са санкцијом ништавости⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ Апсолутна заштита ове категорије запослених од отказа прописана је и у Републици Хрватској и налази на озбиљну критику у хрватској правној доктрини. Видети више у: *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu"*, стр. 63.

⁸⁷⁶ Овакво схватање произишло је не само из језичког тумачења члана 187. Закона о раду, већ и службеног Мишљења Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-880/2005-02 од 19.9.2005. године, којим је експлицитно изнето овакво тумачење.

⁸⁷⁷ Тако је, примера ради, у одлуци Рев2 1639/2014 30.09.2015. године, Врховни касациони суд закључио: "У судском поступку испитивања законитости одлуке о отказу уговора о раду правило је да се законитост цени према времену доношења те одлуке, међутим, у овом случају јесте спорно решење донето 10.10.2011. године, када тужила није била на одсуству, али у реализацији Програма решавања вишка запослених донето 26.02.2010. године, када је тужила била на одсуству ради неге детета, па је од овог дана до истека одсуства 10.09.2011. године (18 месеци) тужила била у страху од губитка радног односа, који је покушала да заштити подношењем тужбе суду 29.06.2010. године са захтевом да се поништи одлука о усвајању Програма решавања вишка запослених и утврди да је у радном односу на неодређено време, управо наводећи посебну заштиту од отказа уговора о раду

Чини се да се овом ставу највише судске инстанце не могу ставити замерке и да исти има своје упориште у Закону о раду, систематски тумачено, у много већој мери од претходно изложеног схватања.

С друге стране, треба приметити да, за разлику од овако екстензивне заштите трудница и запослених на породичном одсуству и одсуству ради неге и продужене неге детета, запосленима који одсуствују са рада због привремене спречености за рад није призната апсолутно никаква заштита од отказа, чак ни релативна. Једино о чему је српски законодавац водио рачуна јесте да пропише да одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад не може бити критеријум за утврђивање вишка запослених⁸⁷⁸. Међутим, заштита од отказа за време привремене спречености за рад је сасвим искључена, чак и када је у питању одсуство са рада због привремене спречености за рад која је последица повреде на раду или професионалног обољења, или када је реч о запосленима са тежим обољењима, којима је несумњиво неопходан и редован месечни приход и здравствено осигурање из радног односа. С обзиром да је здравље становништва такође једна од централних тема социјалне политике, те да је послодавац један од стубова друштвене бриге о здрављу становништва⁸⁷⁹, као и да има посебна овлашћења и одговорности у погледу заштите безбедности и здравља на раду⁸⁸⁰, овакво решење чини се прилично недоследним, па се чини да би имало смисла размотрити *de lege ferenda* решења у правцу успостављања баланса између нивоа заштите од утврђења вишком запослених и отказа по том основу између запослених који одсуствују са рада због повреде на раду или професионалног обољења, као и због тежег обољења невезаног са радом и запослених којима је важећим Законом о раду призната заштита од отказа због трудноће или неге детета.

Коначно, треба напоменути да, иако Закон о раду то експлицитно не прописује, у јуриспруденцији Врховног касационог суда изражава се став да послодавац може програмом решавања вишка запослених заштитити од отказа и категорије које нису заштићене законом или општим актом послодавца⁸⁸¹.

из члана 187. Закона о раду. Како је тужена касније донела спорно решење и тужила преиначила тужбу тражећи његов поништај, судови су оценили да је решење незаконито из других разлога, међутим, Врховни касациони суд је нашао да је спорно решење незаконито и због повреде члана 187. став 1. Закона о раду, јер је тужена поступањем на изложени начин у случају тужиље обесмислила посебну заштиту радног односа прописану тим чланом."

⁸⁷⁸ ЗР, чл. 157.

⁸⁷⁹ Закон о здравственој заштити (*Сл. гласник РС, бр. 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015*), чл. 4, 14.

⁸⁸⁰ Закон о безбедности и здрављу на раду (*Сл. гласник РС, бр. 101/2005 и 91/2015*), Поглавље III.

⁸⁸¹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 2659/2016 23.02.2017. године, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 1045/15 од 08.06.2015. године потврђена пресудом Врховног касационог суда у предмету Рев2

5.4.2. Изостанак заштите особа са инвалидитетом

У наставку претходне опсервације о изостанку законске заштите од утврђења вишком запослених који одсуствују са рада због привремене спречености за рад, треба приметити да из Закона о раду Републике Србије изостаје и заштита запослених *особа са инвалидитетом*, као и *запослених са здравственим сметњама*, утврђеним од стране надлежног здравственог органа у складу са законом, *које утичу на њихову радну способност* на начин да смањују број послова које та лица могу да обављају. Одсуство било какве заштите од отказа подразумева, притом, два аспекта.

Први аспект изостанка заштите је везан за објективне потребе послодавца и састоји се у томе да, уколико услед потреба послодавца индукованих технолошким, економским или организационим променама, дође до престанка потребе за обављањем послова на којима су ангажовани запослени са инвалидитетом или здравственим сметњама које им ограничавају радну способност, послодавац нема никаквих препрека да запослене из ове категорије утврди вишком. Суштина је, дакле, у томе да, *уколико потреба за пословима које обављају запослени из ове категорије у целисти престане или се смањи у обиму, тако да се стекну објективни услови да буду утврђени вишком запослених, ови запослени немају никакву посебну заштиту* која би подразумевала обавезу послодавца да им, упркос одсуству потребе за њиховим радом, очува континуитет радног односа, односно да им на сваки начин пронађе упослење.

Други аспект изостанка заштите ове категорије запослених је везан за њихова субјективна ограничења радне способности и састоји се у томе да послодавац има право да, *уколико није у могућности да запосленом који припада овој категорији обезбеди обављање послова према његовој радној способности, истог утврди вишком запослених* и по том основу му, уз исплату отпремнине, откаже уговор о раду⁸⁸².

Заштита ових, посебно вулнерабилних категорија запослених, ограничена је, дакле, искључиво на то да послодавац од ових лица не може да захтева обављање послова за које немају потребну радну способност, тако да би радом на истима погоршали сопствено здравствено стање или проузроковали опасност за околину.

2539/2015 од 12.07.2016.године.

⁸⁸² ЗР, чл. 101, чл. 102, ст. 1.

Треба приметити да се, поређењем текста важећег Закона о раду са законским текстом на снази пре легислативних новела из 2014. године⁸⁸³ и применом прописа у том периоду, може доћи до закључка да је *опао ниво заштите запослених инвалида рада и запослених код којих је, у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, утврђено да постоји опасност од настанка инвалидности на одређеним пословима*⁸⁸⁴, којима је послодавац био дужан да обезбеди обављање послова према њиховој ограниченој радној способности⁸⁸⁵, уз могућност да им откаже уговор о раду само уколико одбију да прихвате понуђени посао⁸⁸⁶. Дакле, из формулације наведених законских одредби могуће је закључити да је постојала обавеза послодавца да овој категорији запослених обезбеди послове који кореспондирају њиховој ограниченој радној способности, без обзира да ли има реалне потребе за таквим пословима, те да није могао да, са позивом да нема расположиве послове, ову категорију запослених утврди вишком и откаже им уговор о раду⁸⁸⁷. Међутим, иако инвалидност, односно опасност настанка исте, није могла служити као основ за утврђење вишком ове категорије запослених, послодавац није имао забрану да ове запослене утврди вишком у случају објективног престанка потребе за њиховим радом због технолошких, економских и организационих промена на страни послодавца⁸⁸⁸.

Као крајњи закључак намеће се да законске измене јесу ишле у правцу *смањења нивоа заштите запослених особа са инвалидитетом и запослених са здравственим сметњама које им ограничавају радну способност, тако да је, поред претходно постојећег овлашћења да ове категорије лица утврде вишком запослених у случају технолошких, економских и организационих потреба предузећа, послодавцима сада дато и право да ограничену радну способност третирају као посебан разлог да запослене утврде вишком* и да им

⁸⁸³Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09 и 32/13).

⁸⁸⁴ У питању су запослени друге категорије инвалидности која су права на распоређивање на одговарајуће послове стекла према раније важећим прописима (Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања (*"Службени лист СРЈ"*, број 5/2003), Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања (*"Службени лист СРЈ"*, бр. 30/96, 70/2001, 3/2002 и 39/2002) и Закон о пензијском и инвалидском осигурању (*"Службени гласник РС"*, бр. 52/96, 46/98, 29/2001 и 80/2002). Основ за стицање овог статуса не постоји у важећим прописима из области радног права и пензијског и инвалидског осигурања.

⁸⁸⁵Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09 и 32/13), чл. 101.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, чл. 102. Треба напоменути да законом није било предвиђено да ли је ово посебан основ за престанак радног односа, или је основ за отказ требало да представља одредба чл. 179, ст. 1, т. 7 (одбијање премештаја на други одговарајући посао због потреба процеса и организације рада, или одбијање премештаја на послове који представљају меру за запошљавање вишка запослених), или пак одредба чл. 179, ст. 1 т. 9 (отказ услед престанка потребе за радом запосленог коме се не може обезбедити мера за запошљавање).

⁸⁸⁷ У том смислу: Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 202/2016 од 8.6.2016. године; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1023/2015 од 16.03.2016. године; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 2780/2010 од 24.2.2010. године; Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-01107/2006-02 од 14.12.2006. године; Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-162/2006 од 18.8.2006. године.

⁸⁸⁸ Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 202/2016 од 8.6.2016. године; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 841/2014 од 29.10.2014. године; Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1. 2780/2010 од 24.2.2010. године.

по том основу откажу уговор о раду, без икакве обавезе да учине напор да у правилнику о организацији и систематизацији послова предвиде послове који би били прилагођени радној способности запослених са ограниченом радном способношћу. Уважавајући потребу послодаваца да број и структуру запослених прилагоде потребама процеса рада, са циљем постизања конкурентности и опстанка у турбулентним тржишним условима, неопходно је имати у виду да ова *новелирана регулатива носи висок ризик дискриминације ових категорија запослених и њихове маргинализације на тржишту рада.*

5.4.3. Изостанак заштите представника запослених

Важећим законским решењем представницима запослених није призната никаква посебна заштита од отказа, већ је на општи начин прописано да послодавац не може да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај запосленог због његовог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или учешћа у синдикалним активностима⁸⁸⁹. Терет доказивања да отказ уговора о раду или стављање у неповољан положај запосленог није последица статуса или синдикалних активности је на послодавцу⁸⁹⁰.

Наведене законске одредбе недвосмислено говоре да представницима запослених нису пружене *никакве гаранције заштите од утврђивања вишком запослених* и отказа уговора о раду по том основу, већ је прописан само *минимални ниво заштите од аката тзв. антисиндикалне дискриминације*⁸⁹¹, признат универзалним радним стандардима⁸⁹² који су ратификацијом Конвенције МОП бр. 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу, већ дуго део домаћег правног поретка, тако да наведена регулатива заправо представља само декларацију постојећих обавеза.

Притом, важеће законско решење није узело у обзир све стандарде заштите које националним законодавствима треба обезбедити радничким представницима, садржане у Препоруци МОП бр. 143 о радничким представницима, као инструкционом инструменту уз Конвенцију бр. 135, тако да је из домаћег закона

⁸⁸⁹ ЗР, чл. 188, ст. 1.

⁸⁹⁰ ЗР, чл. 188, ст. 2.

⁸⁹¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. сит.*, стр. 859.

⁸⁹² Конвенција Међународне организације рада бр. 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/82), чл. 1; Препорука број 143 о заштити и погодностима које треба приуштити радничким представницима у предузећу (Recommendation concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking, 1971). чл. 5.

изостало (1) детаљно и прецизно *дефинисање оправданих разлога за отказ* овој категорији запослених, (2) условљавање отказа уговора о раду *прибављањем мишљења или сагласности* независне јавне/приватне институције или заједничког тела послодавца и радничких представника и (3) прописивање *права првенства* за останак на раду у случају смањења број запослених код послодавца⁸⁹³, при чему би заштитне мере требало да обухвате и одређени период након престанка мандата радничких представника, уз очување квалитета свих права из радног односа која су имали пре ступања на функцију, превасходно у погледу послова које обављају, зараде и права која се стичу по основу година рада код послодавца (тзв. старешинства)⁸⁹⁴.

Посебна заштита представника запослених има нарочиту важност у поступцима колективних отпуштања, с обзиром на њихову посебну улогу у овим процесима.

Наиме, несумњиво је да су представници запослених изложени ризику одмазде послодавца у свим случајевима када се, ради заштите права и интереса запослених, њихови ставови и активности конфронтирају интересима послодавца. С обзиром да обавеза консултовања представника запослених настаје у моменту када је послодавац већ донео стратешку одлуку која ће за последицу имати колективна отпуштања и, најчешће, већ пројектовао и број запослених за чијим радом више нема потребу и које жели да у што краћем року "скине са платног списка", јасно је до које мере је позиција представника запослених у колизији са интересима послодавца и тиме изузетно деликатна. У овој ситуацији, само чврста и недвосмислена законска заштита радноправног статуса представника запослених може ова лица довести у позицију равноправних преговарача, који ће, лишени страха за сопствени положај и егзистенцију, бити у могућности да пред послодавца ставе захтевне услове у циљу постизања највишег степена заштите запослених у датој ситуацији. Стога је потпуно излишно говорити о било каквој преговарачкој моћи представника запослених у ситуацији када им се законом не признаје чак ни право првенства за останак на раду у случају колективног отпуштања, већ се у том погледу у целости изједначавају са свим осталим запосленима, тако да им радни однос може, без икакве посебне процедуре, престати у случају престанка потребе за обављањем послова за које су закључили уговор о раду. Притом, у овом случају послодавац се неће изложити ни значајном ризику приговора да се руководио

⁸⁹³ Препорука бр. 148, чл. 6.

⁸⁹⁴ Препорука бр. 148, чл. 7, ст. 2 и 3, чл. 8.

антисиндикалном дискриминацијом, с обзиром да је послодавац суверен у организацији рада и тиме скоро без изузетка у прилици да увек, са задовољавајућом аргументацијом, прогласи непотребним послове на којима раде представници запослених.

Управо са тог аспекта се и може ставити озбиљна замерка на изостанак позитивноправне заштите представника запослених. Ово тим пре што је, *до последњих законских измена из 2014. године, представницима запослених била призната посебна заштита од отказа, посебно у случају исказивања вишка запослених код послодавца*. Наиме, послодавац није могао да откаже уговор о раду, нити на други начин да стави у неповољан положај представника запослених за време обављања функције и годину дана по престанку функције, ако је представник запослених поступао у складу са законом, општим актом и уговором о раду⁸⁹⁵. *У случају утврђивања вишка запослених, послодавац је могао да откаже уговор о раду представнику запослених само ако одбије меру за запошљавање, и то уз претходну сагласност министарства надлежног за рад*⁸⁹⁶.

Овакав начин уређења заштите представника запослених је, по мишљењу аутора овог рада, био превише екстензиван, будући да је обезбеђивао превисок ниво заштите од било каквих измена услова рада прешироком кругу лица, на чији број послодавац није имао никакав утицај, што је водило стварању одређеног типа "синдикалне аристократије" која је постајала сама себи циљ. Ипак, не види се никакво оправдање томе што се важећим законским решењем отишло у другу крајност и са терена презаштићености прешло на терен апсолутне незаштићености, последице чега тек остају да се виде, посебно када је реч о партиципацији представника запослених у поступцима решавања вишка запослених.

5.5. Програм решавања вишка запослених

Послодавац је дужан да донесе програм решавања вишка запослених када

⁸⁹⁵Закон о раду (*Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09 и 32/13*), чл. 188, ст. 1. Представницима запослених сматрани су: (1) члан савета запослених и представник запослених у управном и надзорном одбору послодавца; (2) председник синдиката код послодавца; 3) именовани или изабрани синдикални представник, при чему је број синдикалних представника који уживају заштиту утврђиван колективним уговором, односно споразумом синдиката са послодавцем, зависно од броја чланова синдиката код послодавца; у јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је став да одсуство одређивања круга представника запослених који уживају имунитет представља одговорност послодавца и да у случају непостизања споразума сви именовани или изабрани синдикални представници уживају заштиту; у том смислу: Решење Врховног касационог суда, Рев2 836/2014 од 27.5.2015. године; Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 2 1485/2013 од 29.5.2014. године; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1122/2012 од 22.5.2013. године; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 392/2010 од 24.2.2010. године.

⁸⁹⁶ ЗР, чл. 188, ст. 4.

утврди да ће због наступања технолошких, економских или организационих промена у предузећу, у периоду од 30 или 90 дана доћи до престанка потребе за радом запослених у броју који подразумева колективно отпуштање.

Програм решавања вишка запослених представља једностранни акт послодавца, који доноси статутарни заступник предузећа или други орган /лице утврђено општим актом послодавца, при чему се под општим актом подразумева оснивачки акт или статут предузећа⁸⁹⁷, мада нема препрека да надлежни орган/лице буде одређен и колективним уговором, односно правилником о раду.

У првој фази поступка решавања вишка запослених, послодавац је дужан да донесе предлог програма решавања вишка запослених, који мора садржати све обавезне законске елементе будућег програма, које представљају (1) разлози престанка потребе за радом запослених, (2) укупан број запослених код послодавца, (3) број, квалификациона структура, године старости и стаж осигурања запослених који су вишак и послови које обављају, (4) критеријуми за утврђивање вишка запослених, (5) мере за запошљавање вишка запослених, (6) средства за решавање социјално-економског положаја вишка запослених и (7) рок у коме ће бити отказан уговор о раду.⁸⁹⁸

Домаћи законодавац није прописао обавезу послодавца који намерава да приступи колективном отпуштању да пре доношења предлога програма изради елаборат, анализу изводљивости и одрживости промена, њиховог ефекта на радно-социјални положај запослених, или било коју другу стратешку одлуку која би га обавезивала током поступка решавања вишка запослених, могла представљати предмет консултација са представницима запослених или обавезан доказ којим би у судском спору доказивао оправданост отпуштања⁸⁹⁹. С друге стране, у правној теорији се изражава схватање да би послодавци, пре доношења предлога програма решавања вишка запослених, требало да сачине програм или елаборат промена услед којих долази до престанка потребе за радом запослених, како би се могла уочити узрочно-последична веза између тих промена и вишкова запослених.⁹⁰⁰ Таква схватања спорадично се појављују и у јуриспруденцији домаћих судова, али остају усамљена⁹⁰¹, будући да већина судија, полазећи од става да је послодавац

⁸⁹⁷ ЗР, чл. 153, ст. 3.

⁸⁹⁸ ЗР, чл. 155, ст. 1.

⁸⁹⁹ За разлику од домаћег, у шпанском праву, на пример, закон садржи листу документације коју је послодавац дужан израдити и којом у случају спора доказује наступање економских, техничко-технолошких, организационих или производних промена. Нав. према: А. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 29-31.

⁹⁰⁰ П. Јовановић, "Питање вишка запослених у међународном и нашем праву", *op. cit.*, стр. 51.

⁹⁰¹ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1341/2015 09.06.2016. године.

суверен у погледу организације рада и утврђивања вишка запослених, те да суд нема ингеренције да преиспитује целисходност и оправданост разлога технолошких, економских и организационих промена које резултирају колективним отпуштањима⁹⁰², оцењује да елаборат о променама које резултирају вишком запослених не представља услов законитости индивидуалних отказа, већ да је потребно и довољно да послодавац докаже да је за радом запосленог заиста престала потреба, односно да је дошло до објективне промене организацији рада и структури послова, што се доказује изменама акта о организацији и систематизацији послова који доноси послодавац, у складу са законом⁹⁰³. У том смислу, у домаћој јуриспруденцији доминира став⁹⁰⁴ да је послодавац дужан да, као услов отпуштања, изменама правилника о организацији и систематизацији послова укине послове или смањи број извршилаца на пословима које обавља запослени вишак, а у противном ће се сматрати да је отказ незаконит⁹⁰⁵, јер послодавац није доказао престанак потребе за радом запосленог, тако да доношење акта о изменама правилника о организацији и систематизацији послова постаје интегрални део поступка колективног отпуштања, иако то није Законом о раду експлицитно прописано.

Доношењем предлога програма решавања вишка запослених послодавац испуњава обавезу информисања синдиката и започиње поступак консултовања репрезентативног синдиката, што значи да није дужан да пре доношења предлога програма обавља прелиминарне консултације са репрезентативним синдикатом и Националном службом за запошљавање, у циљу спречавања ситуације у којој ће уопште почети да разматра потребу за решавањем вишка запослених. Наиме, иако законодавац начелно предвиђа обавезу послодавца да пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених⁹⁰⁶, ова обавеза нема засебан механизам реализације

⁹⁰² Примера ради, Пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 431/2015 од 09.12.2015. године, Рев2 2031/2015 од 13.04.2016. године, Рев2 2192/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2194/2015 од 11.05.2016. године, Рев2 2204/2015 од 28.01.2016. године.

⁹⁰³ Према члану 24 Закона о раду, Правилником о организацији и систематизацији послова, који је дужан да донесе сваки послодавац који има више од 10 запослених се утврђују организациони делови код послодавца, назив и опис послова, врста и степен захтеване стручне спреме, односно образовања и други посебни услови за рад на тим пословима, а може да се утврди и број извршилаца.

⁹⁰⁴ Истина, има изузетака, али веома усамљених, примера ради, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 780/2015 од 04.06.2015. године, Рев2 1137/2015 од 11.02.2016. године.

⁹⁰⁵ Такав став изражен је у већем броју пресуда Врховног касационог суда, од кога издвајамо пресуде донете у предметима: Рев2 576/2016 од 09.03.2017. године, Рев2 1436/2015 од 20.04.2016. године, Рев2 774/2014 од 16.07.2015. године, Рев2 576/2016 од 09.03.2017. године, Рев2 469/2017 од 30.03.2017. године, Рев2 119/2016 од 08.12.2016. године, Рев2 1137/2015 од 11.02.2016. године, Рев2 1608/2015 од 27.01.2016. године, Рев2 2309/2017 од 28.09.2017. године.

⁹⁰⁶ ЗР, чл. 154.

мимо достављања предлога програма репрезентативном синдикату и Националној служби за запошљавање, при чему законска синтагма "ново запошљавање вишка запослених" имплицира да је вишак већ утврђен, што се чини управо предлогом програма и додатно потврђује закључак о непостојању било каквих прелиминарних обавеза послодавца у фази пре доношења предлога програма⁹⁰⁷.

Послодавац је дужан да предлог програма решавања вишка запослених у року од осам дана достави репрезентативном синдикату код послодавца и Националној служби за запошљавање ради давања мишљења⁹⁰⁸.

Репрезентативни синдикат код послодавца и Национална служба за запошљавање дужни су да у законском року од 15 дана⁹⁰⁹ послодавцу доставе своје мишљење о предлогу програма, с тим што је Национална служба за запошљавање дужна да послодавцу достави и предлог мера у циљу спречавања или смањења планираног броја отказа, односно мера за ново запошљавање запослених којима ће бити отказани уговори о раду, у виду преквалификације, доквалификације, самозапошљавања и других мера⁹¹⁰. Наведени законски рок је преклузиван, тако да послодавац по протеклу истог може да донесе коначни програм решавања вишка запослених, без остављања накнадних рокова и даље комуникације са репрезентативним синдикатом и Националном службом за запошљавање.

Мишљења и предлоге које репрезентативни синдикат и Национална служба за запошљавање доставе у законском року, послодавац је дужан да размотри и узме у обзир приликом доношења коначног програма решавања вишка запослених. Сходно томе, послодавац може изменити предлог програма у складу са сугестијама које оцени прихватљивим и целисходним. Послодавац, међутим, није дужан да прихвати било који од аргумената или предлога који му је достављен, већ се његова обавеза ограничава на то да синдикат и надлежну јавну власт обавести о свом ставу у року од осам дана по пријему њихових мишљења и предлога⁹¹¹.

Тек након спровођења целокупног претходно описаног поступка послодавац може да усвоји програм решавања вишка запослених. Пре ступања на снагу коначно усвојеног програма, послодавац нема право да започне реализацију обезбеђених мера за запошљавање, као ни да започне са отказивањем уговора о раду запосленима

⁹⁰⁷ На том становишту стоји и јуриспруденција Врховног касационог суда, примера ради, пресуда у предмету Рев2 1261/2015 од 04.11.2015. године.

⁹⁰⁸ ЗР, чл. 155, ст. 2.

⁹⁰⁹ ЗР, чл. 156, ст. 1.

⁹¹⁰ ЗР, чл. 156, ст. 2.

⁹¹¹ ЗР, чл. 156, ст. 3.

којима није могуће понудити меру за запошљавање или који понуђену меру одбију.

5.6. Критеријуми за утврђивање вишка запослених

5.6.1. Појам и утврђивање критеријума

Домаћи законодавац није нашао за сходно да важно питање као што су појам, врсте и начин примене критеријума ближе уреди, већ је исто у целости ставио "у руке" послодавца, прописавши да *критеријуми представљају обавезну садржину програма решавања вишка запослених*⁹¹², ограничивши власт послодавца само утолико што закон *numerus clausus* прописује *недопуштене критеријуме*⁹¹³.

Иspoљени неолибералан приступ питању критеријума ствара *висок ризик дискриминације* запослених у овим процесима и може се рећи да је без преседана у развијеним европским правним системима. Наиме, *глобалне статистике* Међународне организације рада показују да су критеријуми за селекцију вишка запослених *законом уређени у око 44% од укупно 193 државе*. Регионална анализа показује да законско уређење критеријума доминира међу већином развијених држава западне, централне и источне Европе, као и на афричком континенту. Законско уређење критеријума изостаје у државама азијског континента, као и пацифичким, латиноамеричким, карипским и блискоисточним државама, чиме се домаће право сврстало у групације правних система са којима је иначе потпуно несродно. На нивоу Европске уније, чије *acquis communautaire* је Република Србија прихватила и имплементирала у домаћи правни систем, 17 од укупно 28 држава је законом одредило критеријуме за одређивање вишка запослених, а у државама где ово питање није законом уређено, исто представља предмет колективног преговарања и консултација са представницима запослених, при чему се инсистира на објективности и мерљивости критеријума и упозорава на ризике дискриминације, посебно са аспекта здравственог стања запослених, њихових породичних обавеза и полне дискриминације.⁹¹⁴

Колективни уговори који су својевремено закључивани на националном⁹¹⁵ и

⁹¹² ЗР, чл. 155. ст. 1. т. 4.

⁹¹³ ЗР, чл. 157.

⁹¹⁴ A. Muller, *op. cit.*, стр. 523-524.

⁹¹⁵ У Републици Србији није закључен колективни уговор на националном нивоу, али су последња два колективна уговора на овом нивоу, Општи колективни уговор ("Сл. гласник РС", бр. 22/97, 21/98, 53/99 - одлука УСРС, 12/2000 - испр. одлуке и 31/2001 и Општи колективни уговор ("Сл. гласник РС", бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 – Анекс II), садржала обавезујуће критеријуме од којих послодавци нису могли одступати.

гранском нивоу⁹¹⁶ нивоу, са проширеним дејством на све запослене у земљи или грани/сектору индустрије, донекле су ублажавали овај дефицит закона, с обзиром да су садржали врсте и начин примене критеријума којих је послодавац дужан да се придржава, што је обезбеђивало далеко већи степен правне сигурности и заштите права и интереса запослених. Криза социјалног дијалога у Републици Србији је резултирала тиме да овакви колективни уговори више не постоје, тако да су запослени у процесима решавања вишка запослених углавном препуштени диспозицији послодавца, с обзиром да питање критеријума често изостаје из колективних уговора који се закључују на нивоу послодавца.

Разуме се, поверавање овако широких овлашћења послодавцима, без давања било каквих индиција о томе у којим случајевима и на који начин треба применити критеријуме, те који би критеријуми били сматрани ваљаним, није прошло без последица у виду великог броја спорова ради поништаја отказа због непримењивања и погрешне примене критеријума.

Стога су безмало сва питања везана за критеријуме за селекцију вишка запослених производ обимне судске праксе настале кроз те спорове.

5.6.2. Начин примене критеријума

Изостанак законског уређења начина примене критеријума чини нејасним подручје њихове примене, превасходно (1) *опсег примене критеријума*, односно круг запослених које је послодавац дужан да упореди приликом селекције вишка запослених и (2) *(не)постојање обавезе примене критеријума* у ситуацији када не постоји *обавеза доношења програма* решавања вишка запослених.

У односу на прво питање, опсега примене критеријума за селекцију вишка запослених, у јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је јединствен став

⁹¹⁶ У Републици Србији је закључивање гранских колективних уговора у приватном сектору претрпело озбиљну кризу, тако да су грански колективни уговори постали реткост. У сваком случају, грански колективни уговори који јесу или су били на снази садрже прописане све или примарне критеријуме за утврђивање вишка запослених (на пример, Посебан колективни уговор за хемију и неметале Србије ("Сл. гласник РС", бр. 77/2016), Посебан - грански колективни уговор за металску индустрију Србије ("Сл. гласник РС", бр. 10/2012, 41/2012 - анекс I, 69/2012 - анекс II, 80/2012 - анекс IV и анекс III и 101/2012 - анекс V), Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 76/2016), Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 11/2011 и 50/2011 - анекс I), Посебан колективни уговор за делатности угоститељства и туризма Србије ("Сл. гласник РС", бр. 74/2007), док одређени број колективних уговора овог нивоа садржи обавезу да се критеријуми утврде општим актом послодавца, што представља рестрикцију за послодавце који имају репрезентативне синдикате и код којих се закључују колективни уговори. (на пример, Посебан колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Сл. гласник РС", бр. 77/2016).

да се критеријуми увек морају применити *када се смањује број извршилаца на одређеним пословима*⁹¹⁷, тако што се применом истих критеријума морају *упоредити сви извршиоци на истим пословима (радним местима)* и сачинити ранг листа која омогућава селекцију, односно одабир запослених који се од свих извршилаца на истим пословима проглашавају вишком⁹¹⁸. Критеријум на основу кога је запослени утврђен вишком мора бити *наведен у решењу о отказу*⁹¹⁹. *Изузетак* од обавезе примене критеријума за селекцију запослених на пословима на којима се смањује број извршилаца постоји само у ситуацији *када број потребних извршилаца кореспондира броју запослених који уживају заштиту* од отказа, који имају предност за останак на раду, чиме се елиминише потреба за применом критеријума⁹²⁰.

С друге стране, у ситуацији *када се послови укидају или се гаси цео организациони део* у коме се послови обављају, *сви запослени на тим пословима постају вишак*, тако да нема места примени критеријума⁹²¹.

Практична последица наведеног становишта је то да, када вишак запослених настаје услед укидања једних и смањења броја извршилаца на другим пословима, *запослени са истим стручним квалификацијама који обављају упоредиве послове међусобно не конкуришу*, већ се конкуренција своди на унутрашњи круг запослених који обављају исте послове на којима се смањује број извршилаца, који се рангирају применом једнаких критеријума. У том погледу се домаћа методологија разликује од француског и немачког права, у којима се критеријуми за селекцију вишка запослених примењују на све упоредиве запослене са аспекта стручних квалификација и послова које обављају, без обзира да ли обављају послове који се укидају или редукују, чиме ти правни системи пружају већи степен заштите запосленима, ускраћујући могућност послодавцу да вештачким креирањем радних места изолује непожељне запослене и отпусти их без примене критеријума, што је у домаћем праву не само могуће, већ и у пракси често.

У односу на друго питање, (не)обавезности примене критеријума у ситуацији када послодавац нема обавезу доношења програма решавања вишка запослених, у јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је јединствен став да је примена

⁹¹⁷ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Рев2 1158/2015 од 16.03.2016. године, Рев2 921/2015 од 27.10.2015. године и Рев2 1300/2016 од 29.06.2017. године.

⁹¹⁸ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1442/2015 од 06.10.2016. године, Рев2 1406/2016 од 13.07.2017. године.

⁹¹⁹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 136/2017 од 04.05.2017. године.

⁹²⁰ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1151/2014 од 24.06.2015. године.

⁹²¹ Пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 508/2015 од 10.12.2015. године, Рев2 740/2015 од 27.10.2015. године, Рев2 234/2016 од 08.12.2016. године, Рев2 1120/2014 од 25.11.2015. године.

критеријума обавезна увек када долази до смањивања броја извршилаца на одређеним пословима, без обзира на (не)постојање обавезе доношења програма, с тим што је у случају када послодавац не доноси програм, критеријуме дужан предвидети актом којим утврђује престанак потребе за радом запослених⁹²². Ово становиште образложено је аргументацијом да би "другачије поступање, односно отказ по дискреционом овлашћењу директора, без унапред утврђеног критеријума по коме ће се утврдити ко од запослених представља вишак, могло довести до дискриминације, која је забрањена чланом 18. став 1. тачка 5. Закона о раду"⁹²³. Став о обавезности примене критеријума без обзира на (не)постојање обавезе доношења програма, Врховни касациони суд образлаже и тиме да запослени који је утврђен вишком запослених "има право на одбрану од отказног разлога, а отказни разлог је престанак потребе за његовим радом, то је суд овлашћен да у оцени законитости спорног решења испита на основу чега - којих критеријума је утврђено да је управо за радом тужиоца престала потреба, при чему је утврђивање критеријума овлашћење послодавца, док се овлашћење суда своди на испитивање правилности њихове примене"⁹²⁴.

Целовитости разматрања ради, треба рећи да су у пракси апелационих судова и ранијој пракси Врховног касационог суда изражавани ставови да индивидуални откази индуковани смањењем броја извршилаца на одређеним пословима не подлежу примени критеријума, јер су исти прописани искључиво као елемент програма решавања вишка запослених у случају обавезе његовог доношења, док код индивидуалних отказа за то не постоји нормативни основ⁹²⁵. Овакав став је значајно утицао на евазију доношења програма решавања вишка запослених, будући да су послодавци налазили непосредан интерес да избегну програм и ризик судског спора везаног за примену критеријума, чиме је драстично угрожаван положај запослених, што потврђује став о важности законског уређења питања критеријума са аспекта заштите запослених од неоправданог отказа.

Претходно излагање наводи на недвосмислен закључак да су правила о примени критеријума за утврђивање вишка запослених, у одсуству законске

⁹²² У том смислу, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 1863/2016 од 16.03.2017. године, Рев2 202/2016 од 08.06.2016. године, Рев2 2032/2015 од 04.02.2016. године, Рев2 948/2015 од 09.03.2016. године, Рев2 1665/2015 од 16.06.2016. године, Рев2 1037/2015 од 24.02.2016. године, Рев2 1693/2015 од 03.02.2016. године, Рев2 1979/2015 од 03.02.2016. године, Рев2 575/2016 од 20.04.2017. године.

⁹²³ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1693/2015 од 03.02.2016. године.

⁹²⁴ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1300/2016 од 29.06.2017. године.

⁹²⁵ Решење Апелационог суда у Београду Гж1 1797/11 од 11.05.2011. године, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 629/2012 од 18.06.2012. године (потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 1008/2012 од 24.01.2013. године), Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2490/2012 од 14.11.2012. године (потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 1005/13 од 13.03.2014. године).

регулативе, искључиво судског порекла, а обимност судске праксе у погледу примене критеријума показује да по овом питању постоји значајан степен правне несигурности. Када се, поред тога, има у виду да судови у овој врсти спорова цене искључиво околности (1) да ли су прописани критеријуми који су законом забрањени и (2) да ли су прописани критеријуми доследно спроведени, односно начин њихове примене, али не преиспитују и сам поступак оцењивања нити коначне оцене, односно формиране ранг листе⁹²⁶, јасно је да су у погледу утврђивања и примене критеријума неопходна *de lege ferenda* законска унапређења, са циљем повећања степена правне сигурности и смањења простора за арбитрерна поступања и злоупотребе критеријума ради елиминације "непожељних" запослених из радне средине.

5.6.3. Врсте критеријума

5.6.3.1. Општа разматрања

Избор критеријума за селекцију вишка запослених представља, како запажа проф. Лубарда, једно од деликатнијих питања радног права⁹²⁷ које се поставља пред законодавца, социјалне партнере и послодавце, који треба да их пропишу, односно правилно примене у поступку решавања вишка запослених. Деликатност избора критеријума, "произилази из чињенице да тај избор директно решава радну, професионалну судбину запослених код одређеног послодавца - отказ или останак у радном односу. Деликатност произилази из потребе да се нађе мера задовољења легитимних, често различитих, можда и противречних интереса послодавца и запослених, при чему различити интереси јављају се у оквиру самих запослених."⁹²⁸ Чак ни интереси самих послодаваца, који решавањем вишка

⁹²⁶ У том смислу пресуде Врховног касационог суда Рев2 1119/2015 од 10.09.2015. године, Рев2 688/2016 од 27.04.2017. године Рев2 526/2016 од 15.03.2017. године, Рев2 1406/2016 од 13.07.2017. године и Рев2 768/2016 од 06.04.2017. године. У образложењу решења Рев2 982/2015 од 29.10.2015. године, суд наводи: "У судском поступку се утврђује да ли је послодавац правилно применио прописане критеријуме у односу на све запослене. Непосредна примена критеријума кроз оцењивање запослених, на начин и у поступку предвиђеном у усвојеном програму, аутономно је право послодавца, из чега произилази да се таквом оценом не бави суд у парницама из радних односа. У конкретној ситуацији је било нужно да суд утврди да ли су сви критеријуми били примењени под истим условима према тужиоцу као и према другим запосленима који су радили на истим пословима код туженог, затим да ли је оцењивање запослених од стране послодавца извршено у складу са усвојеним Програмом и да ли је тужилац евентуално улагао приговор на појединачне оцене и на збирну оцену, што је у складу са чланом 155. став 1. тачка 4. Закона о раду, а што у нижестепеним пресудама није испитивано. Из наведених разлога, обе пресуде су укинуте."

⁹²⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 563.

⁹²⁸ *Ibid.*, стр. 564.

запослених настоје да очувају солвентност, ефикасност, конкурентност и профитабилност, нису кохерентни, будући да истовремено имају непосредан интерес да на раду задрже најпродуктивније и најлојалније запослене, али и да отпусте "најскупље" запослене, који се, по правилу, налазе у две наведене категорије. Међусобни интереси запослених су још конфронтиранији, јер узајамно конкуришу млађи и старији, продуктивнији и мање продуктивни, запослени са бољим и лошијим материјалним стањем.⁹²⁹ Томе треба додати и јавни интерес, да колективним отпуштањем не буду погођене превасходно најтеже запошљиве категорије запослених, чиме се огроман терет преноси на државу, кроз повећана социјална давања и генерални пораст незапослености. Стога се питање избора критеријума селекције вишкова запослених јавља као вишедимензионално, а не само правно питање, будући да обухвата етичке и философске аспекте комутативне и дистрибутивне правде. Наиме, начела комутативне правде захтевају да се награде предан рад и лојалност запослених, што кореспондира интересима послодавца да задржи на раду запослене које сматра кључним за успешно пословање и промовише критеријуме резултата рада и сениората. С друге стране, начела дистрибутивне правде налажу да се у процесима колективних отпуштања, у којима запосленима нескривљено престаје радни однос, уважи потреба за заштитом категорија запослених које су вулнерабилније због лошијег материјалног или здравственог стања, породичних обавеза или година живота које их чине мање запошљивим, због чега ће ти запослени теже поднети последице отказа.

Комплексност интереса које треба избалансирати приликом одабира критеријума имплицира да не постоји један универзално прихватљив критеријум, већ да је неопходно успоставити комплекснији систем, формулу која ће омогућити да се применом више критеријума у највећој мери остваре и заштите супротстављени интереси, што се може утврдити на примерима правних система који су узети за истраживачки узорак, а који у обзир узимају социјално-економске критеријуме, сениорат и резултате рада запослених, врсте критеријума које су уједно и најшире прихваћене у страним правима. Утврђивање формула даље отвара низ додатних питања њиховог вредновања и рангирања⁹³⁰, која могу бити узрок бројних проблема у примени и настанка спорних ситуација, што такође показују посматрани упоредноправни примери.

⁹²⁹ *Ibid.*

⁹³⁰ *Ibid.*

Стога сматрамо да је домаћи законодавац направио јако велики пропуст потпуним изостављањем ове проблематике из позитивноправног решења, с обзиром да ограничавање законског уређења на негативну енумерацију забрањених критеријума не представља довољан индикатор за поступање, о чему сведоче бројни спорови пред домаћим судовима.

У одсуству законског утврђивања врста, вредновања и рангирања критеријума за селекцију вишка запослених, *домаћа пословна пракса приоритет даје критеријуму резултата рада*, по инерцији која вуче корене још из предтранзиционог периода. Наиме, први извор права који је, након периода самоуправљања у коме је утврђивање тзв. "технолошког вишка" било најстроже забрањено, прописао могуће критеријуме за селекцију вишка запослених, био је Закон о радним односима из 1996. године⁹³¹. Вредновање и рангирање законом предвиђених критеријума извршено је Општим колективним уговором из 1997. године⁹³², тако што је приоритет дат критеријуму резултата рада, док су социјално-економски критеријуми и критеријум сениората (радног стажа код послодавца) прописани као допунско-диспозитивни критеријуми од секундарног значаја. Идентичну концепцију потом је преузео Општи колективни уговор из 2008. године⁹³³, чије је дејство било проширено на територију целе Републике Србије, као и сви потоњи грански колективни уговори.

Стога и сада најчешће коришћени критеријум за одређивање вишка запослених представљају резултати рада запосленог, док се сви остали критеријуми врло спорадично примењују, и то скоро без изузетка као допунско-диспозитивни, који се примењују само онда када применом критеријума резултата рада није могуће направити дистинкцију између запослених. На рачун овог концепта се у правној теорији истичу суштинске замерке са аспекта социјалне правде, будући да се заснива само на једном критеријуму, који је, притом, нерепрезентативан и недовољно референтан, с обзиром да се мерење резултата рада врши у односу на релативно кратак временски период, чиме се фаворизују млађи запослени на штету старијих, чија продуктивност са годинама опада и који по правилу имају мање шанси за ново запослење, а игнорише се вредност њиховог вишедеценијског рада којим су доприносили пословном успеху предузећа⁹³⁴. С тим се посебно указује и на проблем

⁹³¹ "Сл. гласник РС", бр. 55/96, 28/2001 и 43/2001 - други закон, био на снази од 1996. до 2001. године.

⁹³² "Сл. гласник РС", бр. 22/97, 21/98, 53/99 - одлука УСРС, 12/2000 - испр. одлуке и 31/2001, био на снази у периоду од 1997. до 2005. године, чл. 9-12.

⁹³³ "Сл. гласник РС", бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 - Анекс II, био на снази у периоду од 2008. до 2011. године, чл. 38-41.

⁹³⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 566-567.

изостанка законске обавезе послодаваца у приватном сектору да периодично евалуирају рад запослених и евидентирају документацију о оцењивању, што овај депласира вредност овог критеријума, јер се резултати рада заснивају на непоузданим параметрима⁹³⁵. Поред тога, апострофира се ризик злоупотреба које носи овај концепт, с обзиром да се оцена резултата рада тесно везује за параметре који се тичу способности или понашања запосленог, чиме се ствара простор за прикривене отказе, који се суштински заснивају на способностима или понашању запосленог, а формално се стављају "под капу" вишка запослених⁹³⁶.

5.6.3.2. Критеријум резултата рада

Критеријум резултата рада конципиран је тако да *приоритет за остатак на раду имају радници који су у одређеном периоду који претходи започињању поступка решавања вишка запослених континуирано остваривали најбоље резултате рада*. Овај критеријум има за циљ да (1) послодавцу који је у ситуацији да мора да смањује број запослених обезбеди очување конкурентности и у тим условима, на тај начин што ће на раду задржати најпродуктивније запослене, који ће својим радом у одређеној мери компензовати редукацију радне снаге, као и да (2) мотивише запослене да у рад улажу свој максимум и награди запослене који су се трудили да остваре најбоље резултате рада, тиме што неће осетити негативне ефекте технолошких, економских и организационих промена код послодавца, односно неће у овим променама остати без посла.

Поред суштинских замерки које се односе на недовољну објективност овог критеријума, у правној теорији се указује и на његове процедуралне недостатке, који се односе на то да је *поступак веома сложен, скуп и дуготрајан*, што такође има свој основ у одсуству уредних евиденција о раду запослених, које чини неопходним утврђивање резултата рада временски захтевном "реконструкцијом" утисака о њиховом раду⁹³⁷.

5.6.3.2.1. Мерила за оцену резултата рада

Резултате рада утврђује послодавац применом одређених мерила за оцењивање, која су, по правилу, заснована на *елементима за оцену радног учинка*, дакле

⁹³⁵ *Ibid.*

⁹³⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 433.

⁹³⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 567.

квантитету и квалитету рада, те односу према раду, који се утврђују на основу (1) *испуњења нормe* на пословима за које су предвиђени нормативи и стандарди рада⁹³⁸, а на пословима за које исти нису предвиђени, резултати рада се утврђују (2) на основу *образложене оцене надлежног руководиоца*, која се најчешће заснива на следећим параметрима: квалитета обављеног посла; самосталности у раду и иновација; ефикасности рада; односа према раду, радним задацима и средствима рада, као и дужини неплаћених одсустава, а везано за извршавање послова радног места, плана рада и других показатеља⁹³⁹. Као параметар за оцену резултата рада неретко се користи *радна и технолошка дисциплина*, тако што се цени околност да ли је запослени у претходном периоду дисциплински кажњаван, што Врховни касациони суд оцењује као законито поступање, јер је и то једна од чињеница која указује на радну дисциплину тужиоца и његов однос према средствима рада, као елементе релевантне за оцену резултата рада⁹⁴⁰.

Критеријум резултата рада се, дакле, примењује ретроактивно, тако што се посматра рад запосленог у одређеном периоду који претходи покретању поступка решавања вишка запослених, што ствара више нивоа проблема са аспекта објективности утврђивања резултата рада.

5.6.3.2.2. Проблем одређивања референтног периода за оцену резултата рада

Питање референтног периода за оцену резултата рада је од посебног значаја за објективност утврђивања резултата рада, с обзиром да је краћи период мање репрезентативан са становишта укупног доприноса запосленог пословном успеху послодавца, те да, по правилу, доводи у повољнији положај млађу популацију⁹⁴¹.

Колективним уговорима закључиваним на националном нивоу референтним периодом сматран је период од *годину дана* пре започињања поступка решавања

⁹³⁸ Као посебно актуелно и захтевно питање јавља се проблем мерења резултата рада на пословима на којима је прописана групна норма, што је све чешћи случај услед аутоматизације производње, где темпо рада није условљено људским фактором, већ исте диктира производна линија на којој ради више извршилаца, тако да сваки од њих испуњава норму. У домаћој судској пракси изражено је схватање да је резултате рада запослених на пословима са групном нормом правилно утврдити на основу образложене оцене надлежног руководиоца, а не тако што ће се утврдити да остварују једнаке резултате рада и потом рангирање вршити применом допунских критеријума. У том смислу: Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 2194/13 од 29.10.2013. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 421/2014 од 16.10.2014. године.

⁹³⁹ Наведени параметри били су садржани у члану 39 Општег колективног уговора ("*Сл. гласник РС*", бр. 50/2008, 104/2008 - *Анекс I* и 8/2009 - *Анекс II*), који је важио у периоду од 2008. до 2011. године, али се исти и даље у пракси послодавца најчешће примењују приликом оцене резултата рада.

⁹⁴⁰ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 981/2016 од 29.09.2016. године.

⁹⁴¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 571.

вишка запослених, док је накнадно закључиваним гранским колективним уговорима тај период скраћиван на *шест месеци*⁹⁴², па чак и свега *три месеца*⁹⁴³.

Одређивање краћих референтних периода за оцену резултата рада неретко је било повод радних спорова и показало се посебно осетљивим у ситуацијама када је запослени почео да обавља послове на којима је оцењиван на самом почетку евалуационог периода или када је током евалуационог периода мењао послове. Врховни касациони суд је прилично различито поступао у тим случајевима, тако да из објављених судских одлука није могуће закључити које евалуационе периоде највише судска инстанца сматра референтним. Тако, у случају када је запослени утврђен као вишак на основу тромесечног периода евалуације на пословима које је почео да обавља непосредно пре почетка евалуације, суд је стао на становиште да је наведени период био сувише кратак за оцену резултата рада запосленог и да отказ уговора о раду заснован на оцени резултата рада у том периоду није законит⁹⁴⁴. С друге стране, Врховни касациони суд је оценио законитим отказ заснован на евалуацијама запосленог на два посла које је обављао током евалуационог периода у трајању од шест месеци (први 2.5 месеца, а други 3.5 месеца), без обзира што су у питању сасвим различити послови и у ингеренцији различитих руководилаца⁹⁴⁵. У сличној ситуацији, када је послодавац, руководећи се чињеницом да запослени нису током целог референтног периода обављали исте послове, узео у обзир континуираних шест месеци рада на истим пословима, који су изашли из оквира тог периода, тако да је део референтног периода остављен неоцењеним, Врховни касациони суд је оценио отказ незаконитим, имплицирајући да је послодавац требало да цени послове које су запослени обављали у оквиру целог евалуационог периода.⁹⁴⁶

Као посебан проблем јавља се оцена резултата рада запослених који су у

⁹⁴² На пример, Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 11/2011 и 50/2011 - анекс I).

⁹⁴³ Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 76/2016).

⁹⁴⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 390/2015 28.10.2015. године. У образложењу ове одлуке наводи се: "По оцени Врховног касационог суда апелациони суд није у довољној мери ценио чињеницу да је тужилац на пословима Вишег сарадника за оперативно пословање са правним лицима радио свега три месеца и да се ради о тако кратком временском периоду који не може да да објективне и тачне резултате при оцењивању његовог рада. Наиме, тужилац је до 01.07.2010. године радио на пословима руководиоца експозитура у Б., да би 18.08.2010. године, закљученим анексом уговора о раду био распоређен на поменуто радно место које је обављало укупно пет извршилаца. Већ 18.11.2010. године је тужени извршио оцењивање свих запослених за то радно место. Претходно је утврђено смањење броја извршилаца са три на једног, а тужилац је био један од два извршиоца са најлошијим оценама. Тужени је донео решење о отказу уговора о раду на основу извршене овакве оцене резултата рада. По оцени Врховног касационог суда, приликом оцењивања тужничевих резултата рада критеријуми нису правилно примењени, што решење о отказу уговора о раду чини незаконитим."

⁹⁴⁵ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1005/2016 од 29.03.2017. године.

⁹⁴⁶ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1665/2015 од 16.06.2016. године.

референтном периоду одсуствовали са рада по неком од законских основа. У јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је став да је *незаконит отказ заснован на критеријуму резултата рада запосленог, уколико запослени није ефективно радио у целом периоду евалуације*⁹⁴⁷, јер је тиме стављен у неравноправан положај у односу на остале извршиоце. Међутим, судска пракса не даје "упутство" како послодавац треба да поступи. Проф. Лубарда у том смислу подсећа на регулативу раније важећих колективних уговора, према којима је, у случају да је запослени у периоду који претходи утврђивању вишка запослених провео на тзв. *принудном одмору*, у обзир узиман последњи референтан период у коме је ефективно радио⁹⁴⁸, чиме се потврђује вредност колективног преговарања у овим процесима и заједничког утврђивања критеријума и начина њихове примене од стране социјалних партнера, што показују и примери посматраних страних права, а у домаћем праву скоро сасвим изостаје.

5.6.3.2.3. Проблем објективности оцене резултата рада

Чињеница да у домаћем праву не постоји обавеза периодичне евалуације резултата рада и прописаног евидентирања и архивирања документације о оцењивању неминовно ствара проблем објективности и правичности "образложене" оцене рада непосредног руководиоца, с обзиром да је, чак и када нема зле намере, таква оцена заснована на посредним доказима, присећању и надасве субјективном утиску непосредног руководиоца о запосленом. Притом, субјективне оцене нису поштеђени ни запослени на нормираним пословима, јер норма представља показатељ квантитета рада, док оцене квалитета, односа према раду и осталих мерила остају у сфери "образложене" оцене рада.

У том контексту додатно забрињавају становишта која се изражавају у јуриспруденцији Врховног касационог суда, будући да се врло некритички односе према оценама рада, прихватајући их "здро за готово", идући тиме на руку

⁹⁴⁷ Решење Врховног касационог суда Рев2 970/2014 од 15.05.2014. године. У образложењу ове одлуке наводи се: "Ставом 2. члана 56. Колективног уговора одређено је да се мерила утврђена ставом 1. овог члана, утврђују најмање за период од годину дана рада пре доношења програма, односно пре утврђивања вишка запослених. Имајући ово у виду, судови су били у обавези да утврде за који период је тужила вреднована од стране непосредног руководиоца, односно да ли је приликом оцењивања он ценио њен рад у периоду од годину дана који је она провела на раду (изузимајући периоде у којима је била на боловању) или је то учинио узимајући у обзир календарску годину пре доношења одлуке о технолошком вишку, уз умањење оцене рада због њених чешћих и дужих оправданих одсустава са рада. Тек пошто утврде ове чињенице судови могу дати правилан закључак да ли је тужила приликом оцењивања, због оправданих одсустава са рада, стављена у неповољнији положај у односу на остале запослене."

⁹⁴⁸ Б. Лубарда, *Радио право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 571-572.

арбитрерним евалуацијама.

Тако, у јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је став да је надлежност суда ограничена на питање оцене правилности примене прописаних критеријума, али не и оцене поступка оцењивања и самих оцена запослених, што заштиту запослених у судском поступку у доброј мери ограничава⁹⁴⁹. Даље, у судској пракси егзистира став да запослени не мора бити упознат са поступком оцењивања⁹⁵⁰, да му оцена не мора бити достављена писаним путем, као и да му се не мора обезбедити изјављивање приговора на исту⁹⁵¹. Из претходног произилази да је практично једина граница волунтаризма у поступању послодавца захтев судова да оцена буде образложена и заснована на претходно одређеним мерилима, а не паушално дата⁹⁵². Међутим, и ово треба узети са резервом, с обзиром да у највишој судској инстанци има ставова и да је законит отказ који је донет на основу усменог мишљења непосредног руководиоца, на основу кога је, у присуству тог руководиоца, директор формирао коначну листу успешности запослених уписивањем броја додељених бодова и о томе сачинио записник.⁹⁵³ Још драстичније одступање од транспарентности оцењивања, као гаранта објективности и правичности, представља становиште Врховног касационог суда према коме изостанак образложене оцене рада запосленог не представља разлог незаконитости отказа, будући да се може отклонити саслушањем непосредног руководиоца, који ће у судском поступку дати разлоге за своју оцену⁹⁵⁴.

Претходна анализа води забрињавајућем закључку да су поступак оцењивања и коначна оцена запосленог ван домаћаја судске контроле и да стога послодавац, формално се придржавајући унапред прописаних мерила за утврђивање резултата рада (које у одсуству колективног уговора сам прописује), може веома лако да елиминира непожељне запослене из радне средине, давањем најнижих оцена које су само наизглед објективне и правичне, а суштински засноване на субјективним проценама и узајамним релацијама.

⁹⁴⁹ Пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 1119/2015 од 10.09.2015. године, Рев2 768/2016 од 06.04.2017. године.

⁹⁵⁰ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 662/2016 од 29.03.2017. године.

⁹⁵¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2227/12 од 24.10.2012. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 191/2013 од 25.04.2013. године.

⁹⁵² Тако, пресудама донетим у предметима Рев2 1083/2015 од 16.03.2016. године и Рев2 526/2016 од 15.03.2017. године, Врховни касациони суд се експлицитно изјаснио да оцена резултата рада мора бити образложена и конкретизирана.

⁹⁵³ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 526/2016 15.03.2017. године.

⁹⁵⁴ Решење Врховног касационог суда у предмету Рев2 970/2014 од 15.05.2014. године.

5.6.3.2.4. Проблем одређивања релевантне разлике између оцена резултата рада

С обзиром да оцене резултата рада у коначној алтерацији добијају нумерички израз на основу кога се формирају ранг-листе, поставља се питање која је то разлика између оцена рада запослених релевантна, односно довољна да оправда отказ заснован на овом критеријуму. Наиме, оцене базиране на више мерила могу се разликовати и у две децимале, те се основано поставља питање да ли тако мала дискрепанца у раду, утврђена само у току евалуационог периода, оправдава отказ уговора о раду који запослени није скривио и који је мотивисан искључиво потребама послодавца, а не способношћу и понашањем запосленог? Чини се да ово није оправдано, те да би у случају мањих разлика у оценама резултата рада запослених требало ипак прибегнути примени допунских критеријума. Ипак, судска пракса домаћих судова на ово питање не даје никакав одговор, односно имплицитно стоји на супротном становишту, дајући приоритет нормативној и управљачкој власти послодавца кроз изражени став да поступак оцењивања и саме оцене остају ван судске јурисдикције, што значи да је чињеница да је запослени утврђен вишком најниже оцењен једино релевантна, а која је оцена првог наредног запосленог који је задржан на раду, остаје ван интересовања суда приликом оцене законитости решења о отказу. Дајемо себи слободу да се не сложимо са оваквим ставом судова, јер законитост отказа не зависи само од испуњења форме, већ и оправданости отказног разлога, који у случају незнатних дискрепанци у раду као јединог релевантног мерила, сасвим извесно не постоји.

5.6.3.2.5. Питање комплементарности критеријума резултата рада са правном природом института вишка запослених

Критеријум резултата рада, у својом негативном одређењу, има за последицу да послодавац отпушта запослене који остварују најслабије резултате рада на пословима на којима се због технолошких, економских и организационих промена код послодавца смањује број извршилаца. С друге стране, неостваривање резултата рада, односно одсуство знања и способности за обављање послова за које је закључен уговор о раду, представља посебан законски основ за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца⁹⁵⁵, са сасвим другом правном природом, јер се не односи

⁹⁵⁵ ЗР, чл. 179. ст.1 т.1.

на потребе послодавца, већ способности запосленог. Стога се поставља оправдано питање у каквој је корелацији критеријум резултата рада са наведеним отказним разлогом, односно да ли послодавац уопште може, са образложењем потребе за смањењем броја запослених на одређеним пословима, да отпусти запослене који остварују најслабије резултате рада по правилима о вишку запослених, упркос постојању сасвим другог, експлицитног законског основа отказа запосленом који не остварује резултата рада, који притом подразумева веома комплексан и дуготрајан отказни поступак?

Иако је линија између ова два отказна разлога танка, због чега критеријум резултата рада и носи ризик прикривених отказа мотивисаних способностима запослених, ипак треба имати у виду чињеницу да критеријум резултата рада није усмерен на отказивање уговора о раду запосленима који не остварују резултате рада, односно немају потребна знања и способности за обављање послова које обављају, већ на то да се међу извршиоцима истих послова одаберу најбољи, који ће имати приоритет да остану на раду. То значи да међу извршиоцима на које се примењује критеријум резултата рада сви могу да остварују натпросечне резултате, у ком случају ће најслабији међу натпросечнима бити проглашени вишком, што показује да између отказа по критеријуму резултата рада и отказа због неостваривања резултата рада не постоји подударност. Наравно да се ова два института преплићу у ситуацији када се применом критеријума резултата рада вишком запослених утврде запослени који остварују исподпросечне резултате рада, али и ту треба имати у виду циљ примене овог критеријума, да на раду остану најбољи, а не да се отпустијају најлошији извршиоци, чиме се поставља јасна граница са отказом због неостваривања резултата рада. Отуда, апстрахујући питање могућих злоупотреба у индивидуалним случајевима, сматрамо да је примена критеријума резултата рада поређењем извршилаца на истим пословима на којима се смањује број извршилаца са наведеног аспекта начелно законита, те да би тај критеријум могао бити *a priori* сматран незаконитим само уколико би био постављен тако да се вишком запослених утврђују сви запослени са исподпросечним резултатима рада, без обзира на то које послове обављају, у ком случају би избегавање комплекснијег отказног разлога било очигледно, на ком становишту стоји и јуриспруденција Врховног касационог суда⁹⁵⁶.

⁹⁵⁶ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 662/2016 од 29.03.2017. године. У образложењу наведене одлуке суд наводи: "Тужници су ревизијским наводима указали да је тужени спроведеним оцењивањем повредио њихово право на одбрану од отказног разлога гарантовано чланом 7. Конвенције 158 МОП, јер су добили отказ зато што нису имали добре резултате рада, на шта им нико није указао. Ревизијски суд је ове наводе оценио неоснованим, с обзиром да (...) у смислу члана 179. Закона о раду, отказни разлог из тачке 9. овог члана на основу кога су донета

С друге стране, чини се умесним поставити питање колико је овај критеријум у духу института колективног отпуштања, с обзиром да је разлог исказивања вишка запослених заснован на потребама послодавца, а не способностима и понашању запослених. Наиме, с обзиром да је концепт решавања вишка запослених у домаћем праву преузет из *acquis communautaire*, која колективно отпуштање дефинишу као *престанак радног односа из једног или више разлога који нису у вези са појединачним запосленима*, поставља се питање да ли су комплементарнији овом институту социјално-економски или критеријуми сениората, који несумњиво нису ни у каквој корелацији са способношћу за рад и понашањем запосленог на раду, а који представљају незаобилазне критеријуме у претходно анализираним правима европских држава? Чини се да би се успостављањем таквих критеријума, као приоритетних (не и искључивих) или барем еквивалентним критеријумима резултата рада, у много већој мери остварио циљ заштитних правила о решавању вишка запослених – да се на најефикаснији могући начин ублаже негативни ефекти технолошких, економских или организационих промена у предузећу по запослене који отказе нису скривили ни својом способношћу нити понашањем.

5.6.3.3. Социјално-економски критеријуми

С обзиром на традиционалну наклоњеност домаћих послодаваца критеријуму резултата рада, социјално-економски критеријуми се у домаћој пракси користе углавном као допунско-диспозитивни критеријуми, у ситуацији када запослени остварују једнаке резултате рада, док се као основни критеријуми користе веома ретко. Сматрамо ову праксу погрешном и веома неповољном по запослене, будући да изостављање социјално-економских критеријума неосновано игнорише природу и суштину института решавања вишка запослених.

Наиме, социјално-економски критеријуми су конципирани тако да предност за останак на раду имају запослени који су у неповољнијем социјално-економском статусу у односу на друге извршиоце који обављају исте послове. Ова врста критеријума има за циљ да у највећој могућој мери спречи негативне последице

спорна решења, не спада у групу отказних разлога који се односе на понашање или радну способност запосленог, већ на потребе послодавца, па је тужиоцима дат отказ због престанка потребе за њиховим радом, а не због лоших резултата рада или неостваривања резултата рада, што је самосталан отказни разлог који се односи на радну способност запосленог прописан чланом 179. тачка 1. Закона о раду. Резултати рада као критеријум за утврђивање вишка запослених примењују се у ситуацији када је потребно од више извршилаца на једном радном месту одредити ко од њих представља вишак, зато што постоји конкуренција више запослених за једно радно место. "

технолошких, економских и организационих промена код послодавца које резултирају отпуштањима запослених, јер обезбеђује да се запослени који су социјално-економски најугроженији не доведу у још незавиднији положај, тако што би се останком без посла нашли на ивици егзистенције и социјалној маргини. При утврђивању вишка запослених применом социјално-економских критеријума најчешће се у обзир узимају приходи по члану породичног домаћинства, вредност некретнина у власништву чланова породичног домаћинства, број чланова породице који остварују зараду, дужина радног стажа, стручна спрема, здравствено стање запосленог и чланова његове породице, број деце на школовању и друга слична мерила.

У том смислу, социјално-економски критеријуми представљају еманацију принципа дистрибутивне правде, као "коректива крутости комутативне правде у радном праву (резултати рада - зарада - стабилност запослења)"⁹⁵⁷ и по својој су природи несумњиво комплементарни (нескривљеним) разлозима отказа и циљевима правне заштите запослених у поступцима колективног отпуштања⁹⁵⁸. Ипак, примена ове врсте критеријума, показује се најспорнијом и у теорији и пракси, и то са аспекта радно-професионалних интереса запослених, очувања конкурентности послодавца, дискриминације запослених, права запослених на приватност и комплексности квантификације мерила и утврђивања чињеница.

Дилеме са аспекта *радно-професионалних интереса запослених* односе се на то да ли се применом овог критеријума (1) игноришу резултати рада и фаворизују запослени слабијег имовног стања које је можда управо и узроковано слабијим резултатима рада и (2) снижава радно-професионална компетитивност, будући да се запослени не мотивишу да боље раде да би осигурали стабилно запослење, чиме се на дужи рок депласира професионална компетентност запослених⁹⁵⁹.

Дилеме са аспекта *очувања конкурентности* послодавца односе се на питање да ли се применом ових критеријума ствара негативна селекција и послодавцима онемогућава да задрже на раду најуспешније запослене, са којима имају више шанси да очувају солвентност и конкурентност ради које прибегавају колективном

⁹⁵⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 573.

⁹⁵⁸ Сличан афирмативан став изражен је и у пресуди Врховног касационог суда, донетој у предмету Рев2 812/15 од 29.12.2015. године, у чујем је образложењу наведено: "Циљ боље радноправне заштите запослених, уважавањем социјалних критеријума приликом утврђивања вишка запослених, исказан у појединачном колективном уговору туженог није противан, већ је усклађен и комплементаран одредбама о вишку запослених и о отказу уговора о раду у смислу члана 179. тачка 9. Закона о раду."

⁹⁵⁹ *Ibid.*, стр. 573.

отпуштању⁹⁶⁰.

Дилеме са аспекта *дискриминације запослених* односе се на питање да ли се применом овог критеријума прави недопуштена разлика с обзиром на својства личности.

Дилеме са аспекта *повреде права на приватност запослених* односе се на питање легитимитета захтева послодавца да ради примене социјално-економских критеријума од запослених захтева да доставе одређене податке из приватног живота, које послодавац није овлашћен да редовно захтева под претњом било каквих последица према запосленом⁹⁶¹.

Прве две дилеме сматрамо основаним и у том смислу закључујемо да *социјално-економске критеријуме, уважавајући све њихове предности, не треба узети као искључива мерила за селекцију вишка запослених*, будући да "уровниловка" систематски утиче на демотивацију запослених и непосредно угрожава могућност послодавца да очува конкурентност ради чијег успостављања и прибегава колективном отпуштању.

С друге стране, иако се питање дискриминације неретко поставља, са аргументацијом да запослене треба поредити по знању и залагању, а не њиховим социјалним приликама и животним изборима, сматрамо да приликом давања оцене треба имати у виду да је циљ уређивања заштите запослених у случају престанка потребе за њиховим радом управо свођење на најмању могућу меру негативних последица овог поступка, те да је заштита вулнерабилних категорија (а угрожен социјално-економски положај томе неминовно води) комплементарна том циљу и може се уподобити позитивној дискриминацији⁹⁶² према којој је закон афирмативан. У том контексту, сматрамо да се социјално-економски критеријуми не могу *a priori* квалификовати као (негативно) дискриминаторски, већ напротив, у функцији испуњења циља због кога је прописана посебна заштита запослених у случајевима нескривљеног отпуштања.

У односу на питање да ли послодавац угрожава право на приватност

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ Закон о заштити података о личности ("Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012).

⁹⁶² Чл. 22. ст. 2 Закона о раду прописује: "Одредбе закона, општег акта и уговора о раду које се односе на посебну заштиту и помоћ одређеним категоријама запослених, а посебно оне о заштити особа са инвалдитетом, жена за време породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, посебне неге детета, као и одредбе које се односе на посебна права родитеља, усвојитеља, старатеља и хранитеља - не сматрају се дискриминацијом." Сличну одредбу садржи и Закон о забрани дискриминације ("Сл. гласник РС, бр. 22/2009"), који у чл. 16. ст. 3. прописује: "Не сматра се дискриминацијом прављење разлике, искључење или давање првенства због особености одређеног посла код кога лично својство лица представља стварни и одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана, као и предузимање мера заштите према појединим категоријама лица из става 2. овог члана (жене, труднице, породиље, родитељи, малолетници, особе са инвалдитетом и други)."

запосленог од кога захтева да му у циљу очувања запослења достави податке из сфере приватности, сматрамо да одговор треба тражити у зони одмеравања вредности угроженог добра (права) у односу на интерес који треба остварити. Пре свега, треба имати у виду да запослени није дужан да послодавцу достави податке о свом социјално-економском статусу, али у том случају ризикује да га послодавац третира као лице са повољнијим личним приликама у односу на друге извршиоце који су доставили своје податке, те да сходно томе управо њему откаже уговор о раду, што може на први поглед деловати као прекомерно вршење права послодавца којим се неоправдано угрожава приватност запослених. Мишљења смо, ипак, да при анализи овог питања треба имати у виду да је Законом о заштити података о личности прописано да се обрада података о личности може вршити и без пристанка лица на које се односи, када је то потребно у сврху извршења обавеза одређених законом, актом донетим у складу са законом или уговором закљученим између лица и руковооца, као и ради припреме закључења уговора⁹⁶³. Сматрамо стога да закон даје основ послодавцу да тражи од запослених податке о њиховом социјално-економском статусу, како би спровео законску обавезу да вишак запослених реши са што мање негативних последица по запослене погођене технолошким, економским или организационим променама на страни послодавца, те да такво поступање послодавца не би требало да буде карактерисано као неовлашћено задирање у приватност запослених.

Негативни аспект примене овог критеријума може да представља *компликованост поступка квантификације мерила* и утврђивања чињеница, јер подразумева сложен и релативно скуп поступак прикупљања јавних и приватних исправа⁹⁶⁴, али с обзиром да у домаћем правном систему једнако, ако не и комплексније постаје мерење и оцењивање резултата рада, које је притом обојено субјективним елементима, сматрамо да овај аспект не треба да одвраћа од примене социјално-економских критеријума.

5.6.3.4. Критеријуми дужине радног стажа код послодавца (*сениорит*)

Предности и недостаци претходне две групе критеријума наводе на неопходност разматрања треће врсте критеријума, који се у домаћој пракси користи

⁹⁶³ Закон о заштити података о личности, чл. 12. ст.1 т. 2.

⁹⁶⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 568.

у рудиментарном облику⁹⁶⁵, а то је критеријум дужине радног стажа код послодавца, или како се назива, *критеријум старешинства, односно сениората*.

Предности овог критеријума су суштинске, јер се *валоризују лојалност, квалитетан и компетентан рад и дугогодишњи допринос запосленог* пословним резултатима послодавца и омогућава послодавцу да задржи стабилне и најискусније кадрове, али и процедуралне, јер је овај критеријум изузетно *једноставан за примену*. Како истиче проф. Лубарда, овај критеријум је "најближи идеалу мере у стварима радног права - *modus in rebus est*, а поједностављено се исказује у синтагми 'први у/нутар/, последњи ван' послодавца/предузећа".⁹⁶⁶

Овај критеријум се као доминантан користи у *шведском* праву, у коме једини изузетак од примене овог критеријума постоји код послодаваца који запошљавају мање од 10 запослених, који могу да по сопственој дискрецији задрже на раду два запослена које сматрају највреднијим⁹⁶⁷. Нешто модификован, овај се критеријум користи и у *холандском* праву, где се запослени који су узајамно заменииви деле у неколико старосних група, како би се спречио ризик дискриминације по старости, а онда се у оквиру сваке групе примењује принцип старешинства, при чему и у овом праву послодавац има право да из селекције искључи запослене чија су посебна знања и компетентност од есенцијалног значаја за предузеће⁹⁶⁸. Критеријум старешинства се користи и у *британском* праву, под условом да је предвиђен колективним уговором и да није једини применљив критеријум, јер се у супротном сматра дискриминацијом по годинама⁹⁶⁹.

Упркос предностима критеријума старешинства, његова примена скопчана је са ризиком дискриминације по годинама живота, али у овом случају у корист старије популације, чиме се доведе у неповољан положај млађи запослени и жене, који по правилу имају краћи радни стаж од својих колега исте генерације, а супротног пола. Поред негативног аспекта саме дискриминације, као такве, иста има негативне последице и на радно-професионалном нивоу, као и са аспекта очувања конкурентности послодавца, јер носи ризик летаргије запослених са дужим стажом,

⁹⁶⁵ Критеријум радног стажа, али не само код послодавца, већ целокупног радног стажа, био је као корективни критеријум прописан Општим колективним уговором ("*Сл. гласник РС*", бр. 50/2008, 104/2008 - *Анекс I и 8/2009 - Анекс II*) из 2008. године, али као један од последњих допунско-диспозитивних критеријума, тако да је у пракси његово коришћење било маргинализовано, а заштита старије популације запослених обезбеђивала кроз њихову заштиту од утврђивања вишком запослених. Нав. према: Б. Лубарда, *оп. cit.*, стр. 572.

⁹⁶⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 567.

⁹⁶⁷ А. Muller, *оп. cit.*, стр. 535.

⁹⁶⁸ European Labour Law Network, *Thematic report 2011: dismissal particularly for business reasons and employment protection*, стр. 73.

⁹⁶⁹ А. Muller, *оп. cit.*

поузданих у стабилност запослења с обзиром на раније заслуге и истовремено демотивације млађих запослених, који колико год настојали да се докажу, имају свест о томе да ће их квалитетан рад тешко заштитити од отказа⁹⁷⁰. Сматрамо да се овај критеријум, упркос свим својим вредностима и посебно једноставности примене, те чињеници да је јуриспруденција домаћих судова афирмативна према његовом коришћењу⁹⁷¹, у домаћој пословној пракси тенденциозно запоставља управо због аспекта фаворизовања старијих запослених, што није популација коју просечан домаћи послодавац има склоност да задржава приликом редукције радне снаге.

5.6.3.5. Критеријум тестирања знања и познавања посла

У домаћој пословној пракси се нешто ређе користи и критеријум знања и познавања посла, који не треба мешати са критеријумом резултата рада, јер примена истог не подразумева опсервацију рада запослених у периоду који претходи поступку решавања вишка запослених, већ тестирање практичних и теоријских знања потребних за обављање послова на којима се смањује број извршилаца, које се обавља непосредно пред почетак поступка решавања вишка запослених. Иако би се овом критеријуму могла ставити замерка да његова примена не рефлектује и не узима у обзир континуирано залагање и однос запослених према раду у дужем временском периоду, већ се овим критеријумом омогућава рангирање запослених на основу одређеног, једнократно исказаног квантума знања, који не мора нужно кореспондирати њиховим реалним радним капацитетима, у судској пракси домаћих судова испољавају се ставови да овај критеријум може бити коришћен као основни⁹⁷², с чим се можемо сложити, јер се *његова примена чини као потенцијално објективнија и транспарентнија од примене критеријума резултата рада на основу образложене оцене надлежног руководиоца*, будући да је базирана на већем броју питања и задатака, једнаких за све, а тест садржи запис о конкретним одговорима и оценама запослених. Сматрамо, такође, да се *применом овог критеријума имплицитно вреднују резултати рада, јер се тестирана знања стичу управо обављањем послова* у односу на које се врше тестирања, а тиме се истовремено задовољава и потреба послодавца да на раду задржи професионално најобученије запослене.

⁹⁷⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 434, 436.

⁹⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1096/2015 од 09.06.2016. године.

⁹⁷² Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 398/2014 од 08.04.2015. године.

5.6.4. Забрањени критеријуми

5.6.4.1. Опште напомене

Законом о раду је изричито забрањено да се као критеријуми за утврђивање вишка запослених⁹⁷³ предвиде и примене: (1) одсуствовање запосленог са рада због привремене спречености за рад и (2) одсуствовање запосленог са рада због трудноће, породилског одсуства, ради неге детета и ради продужене неге детета.

5.6.4.2. Здравствено стање запосленог

Забрана утврђивања вишка запослених применом критеријума одсуствовања запосленог са рада због привремене спречености за рад конзистентна је са општом законском забраном отказивања уговора о раду запосленом због његове привремене спречености за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења⁹⁷⁴. Забраном отказа због одсуства запосленог са рада проузрокованог здравственим проблемима постижу се два важна друштвена циља.

Први циљ је заштита социјално-економског положаја запосленог који је у фази акутног лечења или рехабилитације, тиме што му се обезбеђује да у том периоду остварује не само *право на здравствenu заштиту*, која се финансира из система здравственог осигурања, већ и *право на накнаду зараде*, која се финансира из средстава послодавца⁹⁷⁵ и средстава републичког фонда за здравствено осигурање⁹⁷⁶, чиме се спречава могућност да запослени због привремене спречености за рад остане без

⁹⁷³ ЗР, чл. 157.

⁹⁷⁴ ЗР, чл. 183. ст. 1. т. 1.

⁹⁷⁵ У складу са чл. 115. Закона о раду, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду зараде за време одсуствовања са рада због привремене спречености за рад до 30 дана, и то: (1) најмање у висини 65% просечне зараде у претходних 12 месеци пре месеца у којем је наступила привремена спреченост за рад, с тим да не може бити нижа од минималне зараде утврђене у складу са овим законом, ако је спреченост за рад проузрокована болешћу или повредом ван рада, ако законом није друкчије одређено; (2) у висини 100% просечне зараде у претходних 12 месеци пре месеца у којем је наступила привремена спреченост за рад, с тим да не може бити нижа од минималне зараде утврђене у складу са овим законом, ако је спреченост за рад проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу, ако законом није друкчије одређено.

⁹⁷⁶ У складу са одредбама чл. 102. ст. 1. и 3. Закона о здравственом осигурању (*"Сл. гласник РС"*, бр. 107/2005, 109/2005 - *испр.*, 57/2011, 110/2012 - *одлука УС*, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 - *одлука УС*, 106/2015 и 10/2016 - *др. закон*), накнаду зараде за случајеве привремене спречености за рад за првих 30 дана спречености за рад обезбеђује послодавац из својих средстава, а од 31. дана накнаду зараде обезбеђује Републички фонд, односно матична филијала, осим у случају привремене спречености за рад због повреде на раду или професионалне болести, када накнаду зараде обезбеђује послодавац из својих средстава за време трајања радног односа осигураника, од првог дана привремене спречености за рад, за све време трајања привремене спречености за рад осигураника. Начин исплате накнаде зараде и њена висина утврђују се у складу са одредбама чл. 96. и 103. овог закона.

прихода и буде доведен у стање да у периоду неспособности за рад буде тешко социјално угрожен.

Други циљ који се овим постиже је *спречавање дискриминације запослених с обзиром на здравствено стање*. Треба, међутим, приметити и на овом месту да је заштита запослених од отказа због здравственог стања значајно ограничена законским изменама из 2014. године о којима је претходно било речи, којима је омогућено послодавцу да запосленом - особи са инвалидитетом и запосленом са здравственим сметњама, утврђеним од стране надлежног здравственог органа у складу са законом, откаже уговор о раду као вишку запослених, уколико не може да им обезбеди одговарајући посао према радној способности.

Коначно, треба приметити и да је заштита запослених који одсуствују са рада због привремене спречености проузроковане здравственим проблемима ограничена на то да иста не може сама по себи бити разлог отказа, нити представљати критеријум за утврђивање вишка запослених, али са друге стране, ти запослени могу да буду утврђени вишком и радни однос им може по том основу престати за време коришћења одсуства са рада због привремене спречености за рад проузроковане здравственим проблемима. У том смислу домаће право се разликује од стандарда присутних у неким другим правним системима, на пример, хрватском праву, које у одређеној мери ограничава могућност отпуштања запослених за време одсуства за рада због привремене спречености за рад, што је решење које би *de lege ferenda* требало размотрити и са аспекта домаћег права.

5.6.4.3. Трудноћа и родитељске одговорности запосленог

Као што је већ било говора у претходном делу, заштита запослених од отказа уговора о раду за време трудноће, порођаја и одсуства са рада ради неге и продужене неге детета је апсолутног карактера⁹⁷⁷, те је и забрана прописивања ове врсте

⁹⁷⁷ Заштита ове категорије запослених прописује се чак у три члана Закона о раду, и то: чл. 187, који гласи: "За време трудноће, породичног одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду (ст. 1). Запосленом из става 1. овог члана рок за који је уговором засновао радни однос на одређено време продужава се до истека коришћења права на одсуство (ст. 2). Решење о отказу уговора о раду ништаво је ако је на дан доношења решења о отказу уговора о раду послодавцу било познато постојање околности из става 1. овог члана или ако запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавести послодавца о постојању околности из става 1. овог члана и о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног лекара или другог надлежног органа (ст. 3)" ; чл. 183. ст. 1. т. 2, који гласи: "Оправданим разлогом за отказ уговора о раду, у смислу члана 179. овог закона, не сматра се коришћење породичног одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета" и чл. 157, који гласи: "Критеријум за утврђивање вишка запослених не може да буде одсуствовање запосленог са рада због ... трудноће, породичног одсуства, неге детета и посебне неге детета".

одсуства, као критеријума за утврђивање вишка запослених, део концепта интегралне заштите ових категорија запослених.

5.6.4.4. Синдикалне и друге активности представника запослених

Забрана коришћења ових активности, као критеријума за утврђивање вишка запослених, није експлицитна, већ произилази (1) из опште забране отпуштања запослених због њиховог статуса или активности у својству представника запослених, чланства у синдикату или синдикалним активностима⁹⁷⁸, (2) из законске дефиниције разлога који се не сматрају оправданим за отказ уговора о раду, у које спада чланство у синдикату, деловање у својству представника запослених, у складу са тим законом, као и обраћање синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду⁹⁷⁹, као и из генералне забране дискриминације због чланства у синдикатима⁹⁸⁰.

О значајном смањењу обима и квалитета заштите синдикалних и других представника запослених, које је извршено законским изменама из 2014. године, већ је било речи, те на овом месту подсећамо да ова категорија запослених више не ужива општу заштиту од утврђивања вишком запослених, тако да је њихова заштита сведена управо на то да послодавац има терет доказивања да приликом утврђивања вишком није користио забрањени критеријум - синдикалне и друге активности у својству представника запослених.

5.6.4.5. Други дискриминаторски критеријуми

Полазећи од чињенице да лична својстава запосленог, која закон наводи само *exempli causa*⁹⁸¹, не могу представљати разлог да му се ускрате права из радног односа и откаже уговор о раду, закључује се да ниједно лично својство не може представљати критеријум за утврђивање вишка запослених, јер би било квалификовано као дискриминаторско, осим ако (1) је одређено лично својство

⁹⁷⁸ ЗР, чл. 188. ст. 1.

⁹⁷⁹ ЗР, чл. 183. ст. 1. т. 4-6.

⁹⁸⁰ ЗР, чл. 18.

⁹⁸¹ ЗР, чл. 18. Забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.

стварни и одлучујући услов обављања одређеног посла, тако да само одређена лица могу исти да обављају, а сврха која се тиме жели постићи је оправдана, или (2) је одређеним категоријама запослених због њихових личних својстава потребно пружити посебну заштиту и помоћ, као што су то особе са инвалидитетом, малолетници, запослене за време трудноће и запослени за време породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и продужене неге детета⁹⁸².

Ово, следствено, значи да је примена било ког критеријума, осим критеријума резултата рада, знања и познавања посла и критеријума дужине стажа код послодавца, веома осетљива, јер сваки други критеријум, чак и ако није експлицитно забрањен, хипотетички може представљати дискриминацију на основу неког личног својства запосленог.

У том смислу, већ је претходно указано да су социјално-економски критеријуми, који почивају на имовном и здравственом стању запосленог и чланова његовог домаћинства, те брачном статусу и породичним обавезама запосленог, изложени критици да су дискриминаторски, те иако се може бранити теза да њихова примена може евентуално представљати дозвољену позитивну дискриминацију, функционално адекватну циљу заштите запослених у поступцима решавања вишка запослених, примена ових критеријума у одсуству законског одређивања њихове дозвољености у овим случајевима, носи одређени ризик за послодавца, што их може неоправдано искључити из примене.

У том контексту се у правној теорији и судској јуриспруденцији доста разматра питање допуштености социјално-економских критеријума који почивају на годинама живота запослених и годинама стажа осигурања. Нема дилеме, наиме, да би критеријум за утврђивање вишка запослених према коме би запосленима изнад или испод одређене старосне границе били отказивани уговори о раду, представљао еклатантан вид непосредне дискриминације. Поставља се, међутим, питање да ли успостављање заштите, односно критеријума према коме запосленима преко одређене границе у погледу година живота и стажа не може престати радни однос, представља дискриминацију млађе радне популације? У пракси колективног преговарања на националном и гранском нивоу није постојало овакво уверење, тако да су те категорије запослених отворено биле заштићене од проглашавања вишком. Ово питање било је стављено и пред Уставни суд, који оценио да није несагласна Уставу и закону одредба колективног уговора о посебној заштити од престанка

⁹⁸² ЗР, чл. 22, ст.2; Закон о забрани дискриминације, чл. 16.

радног односа појединих категорија запослених без њихове сагласности (запослених мушкарац са преко 30, односно жена са преко 25 година стажа осигурања и једног од брачних другова када обоје раде у истој установи)⁹⁸³.

С друге стране, у теорији се указује на проблем искључивања старије категорије запослених из програма решавања вишка запослених, са аргументацијом да ће ови запослени ускоро испунити услове за одлазак у старосну пензију, при чему су ти запослени теже запошљиви, тако да у периоду од отказа до стицања услова за пензију остају "на улици", а за већину тих запослених старосна пензија неће представљати довољну компензацију за губитак посла⁹⁸⁴, што је посебно ризично у домаћим приликама. Поставља се, међутим, питање, да ли би се у домаћем праву сматрао дискриминаторским критеријум према коме би вишком запослених били приоритетно утврђени запослени којима до испуњења првог услова за остваривање права на пензију, у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању, недостаје до две године и који у случају отказа због престанка потребе за њиховим радом, остварују право на новчану накнаду у трајању од 24 месеца⁹⁸⁵, дакле континуирано примају новчану накнаду од Националне службе за запошљавање почев од отказа до стицања првог услова за пензију и тиме стичу већи степен материјалне сигурности од запослених који такође могу бити у годинама које их чине теже запошљивим, а истовремено су довољно далеко од пензије да не могу да се надају погодностима повезане накнаде од отказа до пензије. У том погледу чине се интересантним примери из јуриспруденције француског Касационог суда, који се у више различитих ситуација изјашњавао по овом питању. Тако је, примера ради, оцењено да не представља дискриминацију ограничавање мера за запошљавање до границе од 60 година старости, с обзиром да су ти запослени у много мањој опасности од незапослености и прекарног рада у односу на запослене у млађој животној доби, будући да могу остварити *право на старосну пензију и права за случај незапослености до стицања услова за исту*⁹⁸⁶. Слично је Касациони суд резонувао и приликом оцене плана очувања запослења у коме је постављена граница од 57

⁹⁸³ Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 379/2005 од 25. маја 2006. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 56/2006 од 30. јуна 2006. године. У образложењу одлуке заузет је став да је утврђивање ове врсте заштите од отказа засновано на одредбама Устава и посебној заштити породице и заштити запослених од престанка радног односа против њихове воље, као и на одредбама Закона о раду и Закона о основама система образовања и васпитања којима су ти односи уређени.

⁹⁸⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 434. Став о дискриминаторској природи оваквих критеријума заузео је и Врховни касациони суд у пресуди донетој у предмету Рев2 2665/2017 од 20.12.2017. године.

⁹⁸⁵ Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, чл. 72. ст. 3.

⁹⁸⁶ Soc. 15. avril 2015, no. 13-18849, D, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 172.

година старости за остваривање права на одређена обештећења, закључивши да то може бити оправдано чињеницом да *права која ова категорија запослених остварује у случају незапослености умањују последице губитка зараде*, тако да постављање границе између запослених који остварују повећани ниво права за случај незапослености по престанку радног односа и запослених који нису досегли старосну доб потребну за остварење тих права, представља адекватну и потребну меру за постизање легитимног циља очувања запослења⁹⁸⁷. Међутим, Касациони суд је оценио да мера предвиђена планом која се састоји у мотивисању запослених од 55 и више година да аплицирају за превремену старосну пензију, уз умањење права на отпремнину за престанак радног односа у случају да то одбију, представља неједнак третман ове категорије запослених у односу на остале запослене, који није оправдан објективним и важним разлозима⁹⁸⁸.

5.7. Мере за запошљавање вишка запослених

5.7.1. Појам и начин утврђивања мера за запошљавање

Иако законом није одређен појам мера за запошљавање, назив и законски концепт њихове примене имплицитно дефинишу мере за запошљавање као *алтернативна запослења код истог или другог послодавца*, која вишку запослених нуди послодавац *у оквиру расположивих могућности*, а са циљем да се *избегне отказ* због технолошких, економских или организационих промена које су узроковале престанак потребе за радом запосленог на пословима за које је закључио уговор о раду и запосленом уместо отказа обезбеди континуитет запослења.

Закон о раду прописује обавезу послодавца да пре доношења програма решавања вишка запослених размотри све расположиве могућности да запосленима које утврђује вишком понуди мере за запошљавање, али није у обавези да по сваку цену исте обезбеди, већ само оне које су реално могуће у његовој будућој организацији рада или у оквиру договора са другим послодавцима⁹⁸⁹.

⁹⁸⁷ Soc. 18. Mars 2014, no. 12-28275, D, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*

⁹⁸⁸ Soc. 9. juillet 2015, no. 14-16009, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*

⁹⁸⁹ Овај став испољен је, на пример, у пресуди Апелационог суда у Новом Саду у предмету Гж1 1045/15 од 08.06.2015.године, која је потврђена пресудом Врховног касационог суда Rev2 2539/2015 од 12.07.2016.године, као и у пресуди, као и у пресуди Врховног касационог суда Rev2 860/2015 29.06.2016. године, где суд у образложењу пресуде наводи: "Терет доказивања чињеница да је тужени био у могућности да тужиоцу обезбеди други посао одговарајући његовој стручној спреми или преквалификацију или рад код другог послодавца почива на тужиоцу у смислу члана 231. став 2. ЗПП, па такви ревизијски разлози без пружања потребних података и доказа у поступку до правноснажног пресуђења немају значаја за друкчија одлучивања у постојећој чињеничној

Мере за запошљавање су само *exempli causa* наведене у закону, у виду премештаја на друге послове, рада код другог послодавца, преквалификације или доквалификације и рада са непуним радним временом у трајању од најмање половине пуног радног времена⁹⁹⁰, што подразумева слободу послодавца да програмом предвиди и друге мере које је у ситуацији да обезбеди.

Како је обезбеђивање мера за запошљавање еманиција основног циља прописивања посебних правила о решавању вишка запослених - спречавања отказа или свођења њиховог броја на најмању меру, *мере за запошљавање имају приоритет у односу на отказивање уговора о раду уз исплату одговарајуће отпремнине*, што за последицу има то да (1) послодавац који има могућност да запосленом обезбеди меру за запошљавање не може запосленог да отпусти због престанка потребе за његовим радом, а такав евентуални отказ ће се сматрати незаконитим и (2) запослени коме послодавац обезбеди меру за запошљавање, у складу са законом, не остварује право на отпремнину, без обзира да ли је понуђену меру за запошљавање прихватио⁹⁹¹ или одбио⁹⁹², будући да је право на отпремнину законом резервисано искључиво за запослене којима је уговор о раду отказан због немогућности послодавца да им обезбеди било коју од мера за запошљавање, као мера "финансијске подршке у међураздобљу између престанка једног и почетка другог радног односа".⁹⁹³

Сматрамо потпуно неприхватљивим и јако опасним законско решење, које било какву меру за запошљавање коју послодавац понуди запосленом чини разлогом губитка права на исплату отпремнине. Наиме, у ситуацији када је послодавац по питању уређења могућних мера за запошљавање заузео овако лапидаран приступ, послодавци имају широк маневарски простор за осмишљавање различитих мера за запошљавање, којима се запослени доводе у неповољан положај и стога могу лако бити доведени у ситуацију да су принуђени да исте одбију, јер незапосленост представља "мање зло" од понижавајућих услова рада. У тој ситуацији је неприхватљиво да запослени изгуби и право на отпремнину, јер се тиме успоставља

ситуацији."

⁹⁹⁰ Закон о раду, чл. 155. ст. 1. т. 5.

⁹⁹¹ У том смислу, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 888/2014 08.07.2015. године, Рев2 1547/2014 22.04.2015. године и Рев2 280/2015 08.10.2015. године.

⁹⁹² ЗР, чл. 158. ст. 1. т. 1. прописује: "Послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду, у смислу члана 179. став 5. тачка 1) овог закона, запосленом исплати отпремнину у складу са овим чланом." Према чл. 171. ст. 1. т. 4. Закона о раду, послодавац може запосленом који је вишак да понуди измену уговорених услова рада, кроз закључење анекса уговора о раду, ако му је обезбедно меру за запошљавање. У случају одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду из чл 171. ст. 1 т. 4 Закона о раду, послодавац му може отказати уговор о раду на основу чл. 179. ст. 5 т. 2 Закона о раду, који није прописан као основ за исплату отпремнине.

⁹⁹³ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 888/2014 08.07.2015. године.

неравнотежа између права и интереса запослених и послодаваца, којом се флагрантно нарушава социјална правда, будући да се послодавцу дају у руке "и нож и погача", односно неограничена власт да запосленима понуди било коју меру за запошљавање, док запосленима није дато право избора да понуђену меру прихвате или одбију, уз задржавање права на отпремнину. Ово чини неопходним *de lege ferenda* законску интервенцију, или на тај начин што ће се (1) *запосленом који одбије меру за запошљавање омогући исплата отпремнине без обзира на разлог одбијања*, по угледу на посматрана упоредна права, или тако што ће се (2) *таксативно прописати и детаљно прецизирати мере за запошљавање које послодавац може императивно да понуди запосленом*, под претњом губитка права на отпремнину, уз остављање простора да послодавац понуди и друге мере и пуне слободе запосленом да те мере одбије, без негативних последица по остваривање права на отпремнину.

С обзиром да су мере за запошљавање, идентично као и критеријуми, дефинисане као обавезни елемент програма, у пословној пракси и јуриспруденцији судова се поставило питање (не)постојања обавезе послодавца који нема обавезу израде програма решавања вишка запослених да запосленима које утврди вишком обезбеди меру за запошљавање. Аналогно ситуацији са применом критеријума, део судске праксе је и у овом случају заузео став да за обавезност примене мера за запошљавање ван контекста програма не постоји нормативни основ⁹⁹⁴. Међутим, за разлику од питања обавезности примене критеријума и у ситуацији када се не доноси програм, које се сасвим искристалисало, по питању обавезности примене мера за запошљавање јуриспруденција није толико еволуирала, тако да није присутан децидиран и императиван став по овом питању.

5.7.2. Критеријуми за примену мера за запошљавање

Закон о раду ни на који начин не одређује да ли послодавац има право дискреционе оцене приликом распоређивања расположивих мера за запошљавање на запослене утврђене као вишак, или је ипак дужан да мере за запошљавање нуди запосленима применом одређених критеријумима, а ако је дужан да примени критеријуме, да ли би то били идентични критеријуми који се примењују приликом

⁹⁹⁴ Примера ради, решење Апелационог суда у Београду Гж1 1797/11 од 11.05.2011. године, пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 88/14 од 30.01.2014. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 402/2014 од 05.06.2014. године, као и Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2618/11 од 30.01.2012. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 737/2012 од 30.11.2012. године.

утврђивања вишка запослених на пословима на којима се смањује број извршилаца или послодавац може да утврди неке друге критеријуме.

Судска пракса стоји на становишту да послодавац нема право дискреционе оцене и да је дужан да запослене којима ће бити обезбеђене мере за запошљавање утврди применом критеријума⁹⁹⁵, али нема јасан став по питању тога да ли су у питању идентични критеријуми које је послодавац утврдио као метод за утврђење вишка запослених на пословима на којима смањује број извршилаца, што је модел изричито прописан у немачком праву, или је послодавац слободан да утврди другачије критеријуме, што се показало као извор значајног броја радних спорова, у којима је суд у одређеном броју одлука стајао на становиште да је, у ситуацији када више запослених са истом стручном спремом, који постају вишак због укидања послова које су обављали, конкурише за меру за запошљавање, приликом селекције меродавна оцена рада од стране претпостављених⁹⁹⁶, док је у низу других пресуда оценио законитим критеријуме који не почивају на оценама резултата рада, већ су засновани на социјално-економским аспектима (здравственим и породичним приликама), старешинству, квалификацијама запослених које омогућавају обављање одређених послова код послодавца, односно другог послодавца код кога се обезбеђује наставак запослења.⁹⁹⁷

Мишљења смо да је примена одређених критеријума приликом распоређивања мера за запошљавање неопходна, јер би признавањем дискреционог права послодавцу да, без икаквих јасних правила и образложења фаворизује одређене запослене за останак на раду, био створен широк терен за злоупотребе, субјективност и арбитрерно поступање на штету запослених. С друге стране, сматрамо да би обавезивање послодавца да приликом разврставања мера за запошљавање примењује идентичне критеријуме као и код утврђивања вишка запослених на пословима на којима се смањује број извршилаца, било превише ригидно и погрешно, с обзиром на различиту сврху примене критеријума у ова два случаја. Наиме, схрха примене критеријума ради утврђивања вишка запослених на пословима на којима се смањује број извршилаца је да се изврши избор кандидата који имају предност за останак на раду због, зависно од примењених критеријума, најбољих резултата на раду,

⁹⁹⁵ Примера ради, Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1300/2015 од 06.04.2016. године.

⁹⁹⁶ Примера ради, пресуда Врховног касационог суда Рев2 1300/2015 од 06.04.2016. године.

⁹⁹⁷ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда у предметима Рев2 810/2015 од 27.10.2015. године, Рев2 91/2015 од 08.07.2015. године, Рев2 2539/2015 од 12.07.2016. године.

најугроженијег социјално-економског положаја, најдужега стажа код послодавца или најбољих стручних и теоријских знања послова које обављају. Запослени који се применом критеријума не кандидују за останак на пословима које су до тада радили, постају вишак коме се може применом мере за запослење обезбедити да им уговор о раду не буде отказан. Уколико би се приликом распоређивања мера за запошљавање примењивали исти критеријуми као и претходно, то би значило, зависно од врсте критеријума изабраног за утврђивање вишка, да би предност за обезбеђивање мере за запошљавање по аутоматизму имали кандидати са мање лошим претходним резултатима рада, социјално-економски најугроженији, кандидати са најдужим стажом међу утврђеним вишком или кандидати са најбољим резултатима тестова практичних и теоријских знања на пословима које су претходно обављали. Иако би ово могло деловати правично, мора се приметити да претходно наведене карактеристике не значе да ови запослени, иако испуњавају формалне услове у погледу степена и врсте стручне спреме за послове који представљају меру за запошљавање, истовремено представљају и најподесније кандидате за те послове, с обзиром на претходно радно искуство и посебна знања и вештине потребне или пожељне за рад на пословима који представљају меру за запошљавање. Поред тога, овом методологијом били би изостављени из конкуренције запослени чији су послови укинута и који су стога постали вишак без примене критеријума. Даље, наведени приступ, уколико је одлучујући критеријум резултата рада, ствара ризик довођења запослених у неравноправан положај, јер би се поредили резултати рада запослених који су обављали различите послове и били оцењивани од стране различитих руководилаца на основу различитих параметара. Већ само овај делић проблема указује да *критеријуми за примену мера за запошљавање не треба да буду у сваком случају идентични критеријумима за утврђивање вишка запослених на којима се смањује број извршилаца*, већ их треба прилагодити карактеристикама послова који у конкретном случају представљају расположиве мере за запошљавање тако да се постигне оптималан баланс интереса, односно омогући послодавцу да, кроз објективну и транспарентну конкуренцију, на пословима који представљају меру за запошљавање распореди запослене који представљају најподесније кандидате, водећи притом рачуна и о потреби заштите посебно осетљивих категорија запослених, у мери у којој је то могуће у оквиру захтева процеса и организације рада.

У сваком случају, сматрамо да овако важно питање не сме да остане неуређено и да законодавац треба да *de lege ferenda* јасно определи концепт у односу на

критеријуме за примену мера за запошљавање.

5.7.3. Врсте мера за запошљавање

5.7.3.1. Уводна разматрања

Закон о раду не садржи исцрпну листу мера за запошљавање, већ врсте мера наводи *exempli causa*, прописујући да то могу бити премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере.

Домаћа јуриспруденција стоји на становишту да послодавац избор мера врши у складу са својим реалним могућностима⁹⁹⁸, а уколико располаже са више мера, послодавац има право да их запосленима понуди према одређеним критеријумима, при чему запослени нема право да врши избор између више расположивих врста мера, већ је његов избор ограничен на прихватање или неприхватање конкретне мере коју му је понудио послодавац⁹⁹⁹.

5.7.3.2. Премештај на друге послове код послодавца

Премештај на друге послове код послодавца, као мера за запошљавање вишка запослених, последица је специфичног концепта вишка запослених, усвојеног у домаћем праву, према коме се вишкови запослених везују за радно место, а не за радну средину у целини¹⁰⁰⁰. Стога је послодавац, који је услед наступања технолошких, економских или организационих промена у предузећу, укинуо или смањено број извршилаца на пословима које је обављао, дужан да све запослене на тим пословима утврди као вишак и да расположиве послове, према унапред одређеним критеријумима, понуди запосленима који испуњавају одређене услове.

Разлика између премештаја, као мере за запошљавање и "редовног" премештаја, који се врши из различитих објективних или субјективних разлога, у функцији потреба процеса и организације рада, је превасходно у томе што премештај као мера за запошљавање представља "принудни" премештај, који је послодавац у обавези да

⁹⁹⁸ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1045/15 од 08.06.2015. године, која је потврђена ревизијском пресудом Врховног касационог суда Рев2 2539/2015 од 12.07.2016. године.

⁹⁹⁹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 382/2015 од 25.11.2015. године.

¹⁰⁰⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 581.

обезбеди и понуди запосленом уколико за то постоје било какве могућности, будући да може запосленом дати отказ због економског разлога само ако није било могућности за премештај на други посао.¹⁰⁰¹

Принудни карактер премештаја, као мере за запошљавање, односи се превасходно на послодавца, с обзиром да *премештај као мера за запошљавање није последица пословних потреба послодавца*, већ потребе да се запосленом обезбеди континуитет запослења и у том смислу представља својеврсну социјално-економску меру. Домаћа јуриспруденција стоји на становишту да је послодавац, у поступку решавања вишка запослених, дужан да запосленима понуди све упражњене послове, без обзира на то да ли има стварну и актуелну потребу за тим пословима, те без обзира на то да ли запосленог сматра одговарајућим кандидатом за те послове¹⁰⁰². У случају "редовног" премештаја, ови разлози би понуду чинили флагрантно незаконитом – код "принудног" премештаја, ови разлози су суштина њене законитости.

Други аспект принудности односи се на *одсуство слободе послодавца да, вршећи своја управљачка овлашћења, по сопственој дискреционој оцени одлучи о томе коме ће од запослених понудити премештај на одређене послове*, с обзиром да је дужан да те понуде упућује према унапред одређеним, објективним и транспарентним критеријумима, који ће у већини случаја одступати од његове субјективне процене и жеља.

Принудност премештаја, међутим, установљена је и на страни запослених, с обзиром да *запослени не може одбити понуђену меру за премештај без ризика губитка права на отпремнину*, с обзиром да је, како је већ било речи, домаћи законодавац искључно право на отпремнину у односу на запослене којима послодавац обезбеди меру за запошљавање, без обзира да ли ју је запослени прихватио или не. С тим у вези, неопходно је указати на озбиљан недостатак домаћег закона, који запослене доводи у изузетно неповољан положај, а састоји се у томе што *законодавац као меру за запошљавање не прописује премештај на "друге одговарајуће послове", већ само на "друге послове", што даје повода различитим тумачењима да ли је изостављање израза "одговарајући" ствар пропуста или интенције*.

Иако би више него деценијска инертност према додавању речи "одговарајући" у законски текст, чињеница да тај термин, чини се тенденциозно, изоставља не из једне, већ две законске одредбе којима уређује премештај као меру

¹⁰⁰¹ Arnaud Martinon, *Essai sur la stabilité du contrat de travail a durée indéterminée*, Dalloz, Paris, 2005, стр. 119.

¹⁰⁰² Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1247/2015 од 28.10.2015. године.

за запошљавање¹⁰⁰³, те концепт приоритета запослења у односу на отказ вишку запослених, дали повода за аргументацију да посао који је мера за запошљавање не мора да буде одговарајући, у јуриспруденцији домаћих судова преовлађује став да је ипак реч о пропусту, тако да неодговарајући посао може представљати закониту меру за запошљавање искључиво уз пристанак запосленог који је утврђен вишком¹⁰⁰⁴. Сматрамо да је став домаће јуриспруденције са аспекта радних стандарда и концепта достојанственог рада једини прихватљив. Наиме, с обзиром да је законодавац премештај на друге послове, као меру вишка, поставио императивно за обе стране у радном односу – за послодавца да обезбеди, ако икако може, а за запосленог да је прихвати, под претњом отказа без отпремнине, намеће се закључак да послови морају бити одговарајући, јер би, у супротном таква мера запосленог и људски и професионално деградирала. Подсећамо у том смислу да је новијим законским реформама италијански законодавац предвидео могућност премештаја вишка запослених на ниже рангиране послове, али је то изричито условно сагласношћу запосленог.

Претходна разматрања јасно упућују на неопходност да законодавац *de lege ferenda* определи концепт у погледу ове врсте мера за запошљавање, тиме што ће или јасно навести да послови који представљају меру за запошљавање морају бити "одговарајући" или, ако сматра да у процесима колективних отпуштања мера за запошљавање може бити и посао са нижим квалификацијама, тада то јасно определити и признати запосленом који одбије такву меру за запошљавање право на отпремнину.

5.7.3.3. Рад са непуним радним временом

Радни однос са непуним радним временом се у међународном праву дефинише као рад краћи од пуног радног времена. Тако, Конвенција Међународне организације рада бр. 175 о непунуном радном времену, дефинише појам радника са непуним радним временом као запосленог чији су редовни сати рада мањи од сати рада компаративних радника са пуним радним временом, при чему се под

¹⁰⁰³ ЗР, чл. 155, ст. 1, т. 5 и чл. 171 ст. 1 т. 4, ст. 2. Наиме, законодавац не само да је пропустио да у називу ове мере за запошљавање наведе термин "одговарајући" (чл. 155, ст. 1, т. 5), већ то понавља и у одредбама којима прописује могуће разлоге понуде за закључење анекса уговора о раду, везујући појам "одговарајући" за "редовни" премештај, али не и анекс ради обезбеђења премештаја као мере за запошљавање.

¹⁰⁰⁴ Пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 620/2016 од 28.10.2016. године, Рев2 618/2016 од 31.01.2018. године, Решење Апелационог суда у Београду у предмету Гж1 1191/2014 од 13.05.2014. године.

компаративним радником сматра радник са истим типом радног односа, који ради на истом или сличном послу у истом организационом делу, или ако таквог нема, код истог послодавца, а ако ни таквог нема, у истој врсти посла као и радник са непуним радним временом.¹⁰⁰⁵ На скоро идентичан начин појам радника на одређено време дефинише и комунитарна Директива 97/81/ЕЗ¹⁰⁰⁶. Иако су до средине деведесетих година двадесетог века поједина законодавства утврђивала минимум радних сати потребан за квалификацију радног односа са непуним радним временом¹⁰⁰⁷, важећи извори међународног и европског радног права ово не чине, већ се радним односом са непуним радним временом сматра сваки радни однос са радним временом краћим од пуног радног времена.

Ова врста мере за запошљавање није непозната ни у другим правним системима,¹⁰⁰⁸ а међу посматраним државама има посебан значај у италијанском и немачком праву. Рад са непуним радним временом може имати низ предности и за послодавца и за запослене који су утврђени као вишак. Са аспекта послодавца, предност је у томе што увођењем непуног радног времена може ефикасније да организује процес рада и отклони разлоге настанка вишка радне снаге. То је чест случај када су разлог вишка осцилације у процесу рада, изазване специфичностима производње или могућностима продаје, које чине неоправданим ангажовање запослених са пуним радним временом. У тој ситуацији, конверзија радног односа запослених са пуног на непуно радно време доприноси рационалнијој организацији посла кроз смењивање запослених са непуним радним временом на месечном или периодичном нивоу, чиме се постижу бољи економски резултати, без угрожавања радног процеса у погледу броја и стручне оспособљености запослених. С друге стране, ово решење је и социјално одговорно, јер омогућава да вишак запослених не остане без посла у целости, већ да делимично остане у радном односу, остварује сразмерна примања, те да, истовремено, ако му рад са непуним радним временом не

¹⁰⁰⁵ Конвенција бр. 175 о раду са непуним радним временом - Part-Time Work Convention (1994), чл. 1, ст. а), и).

¹⁰⁰⁶ Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC - Annex : Framework agreement on part-time work (*Official Journal L 014* , 20/01/1998 P. 0009 - 0014) - у даљем тексту: Директива 97/81/ЕЗ, чл. 3, ст. 1-2, дефинише појам радника са непуним радним временом као запосленог чији су редовни сати рада, рачунати на недељном нивоу или на периодичном нивоу до годину дана, краћи од радних сати упоредног радника, при чему се упоредним радником сматра запослени у истом организационом делу са истом врстом радног односа, који ради на сличном послу, а када га нема, упоредни радник ће се утврдити према колективном уговору, а у његовом одсуству, националним законима, колективним уговорима или пракси.

¹⁰⁰⁷ International Labour Organization, *Part-time work*, стр. 9-10. Тако, у Француској је било прописано да је минимални фонд сати потребан за квалификацију 1/5 пуног радног времена, у Ирској је као минимум био прописан фонд од осам сати недељно, а у Белгији 1/3 недељног пуног радног времена.

¹⁰⁰⁸ Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5e édition, Mentchrestien, Paris, 2006, стр. 429.

одговара, тражи посао, а да притом није "на улици". Запосленима, такође, може одговарати рад са непуним радним временом као модалитет рада, посебно ако имају неке друге пословне активности, самосталне или за другог послодавца, за које им треба одређени корпус времена који на овај начин добијају, или, пак, уколико имају породичне обавезе које захтевају слободно време. У том смислу је интересантно истаћи да су истраживања различитих земаља показала да је до настанка института рада са непуним радним временом дошло спонтаним процесом враћања удатих жена на тржиште рада.¹⁰⁰⁹

Међутим, треба указати да ова мера за запошљавање такође може бити веома неповољна за запосленог, због низа специфичности везаних за овај вид радног односа, услед чега је Директивом 97/81/ЕЗ и прописано да одбијање запосленог да пређе са пуног на непуно радно време и *vice versa* не треба да буде, само по себи, разлог за отказ.¹⁰¹⁰ Поред тога што запослени остаје да ради код истог послодавца, што у већини случајева значи да запослени, ради очувања животног стандарда, мора наћи начин да допуни фонд сати, што није лак задатак, рад са непуним радним временом скопчан је и са ризицима дискриминације, на шта се у правној теорији аргументовано указује.¹⁰¹¹

Уважавајући све предности и недостатке, ипак закључујемо да ова врста мере за запошљавање има вредност, посебно имајући у виду стопу незапослености и стање на тржишту рада. Стога се на законско решење које предвиђа ову врсту мере за запошљавање може афирмативно гледати, али се истовремено морају ставити замерке на рачун лаконског навођења ове могућности, без детаљније разраде начина реализације ове мере за запошљавање. Прва замерка се односи на то што је нејасно да ли запосленом, кога послодавац утврди вишком за део радног времена, припада *право на отпремнину за део радног времена за који му је радни однос престао*. Иако би то требало да се подразумева, чињеница да закон није изричито прописао право на отпремнину код примене ове мере за запошљавање, у пракси ствара дилеме, будући да закон начелно ослобађа обавезе отпремнине послодавца који обезбеди запосленом меру за запошљавање, тако да би *de lege ferenda* ово право требало

¹⁰⁰⁹ У Немачкој увећани приход запослених мајки има своје извориште управо у повећању рада са непуним радним временом; У Шпанији број жена запослених са непуним радним временом се повећао скоро за 6 % у протеклој деценији; У Великој Британији жене чине 81% запослених са непуним радним временом." Silvana Sciarra, *New Discourses in Labour Law, Part-time Work and the Paradigm of Flexibility*, European University Institute, Florence, Working paper law NO. 2003/14, стр. 14-15.

¹⁰¹⁰ Директива 97/81/ЕЗ, чл. 1, ст. 2. Ова одредба, међутим, предвиђа да разлози за отказ могу бити операционални разлози у вези са овим захтевом, чиме се, заправо, потврђује могућност да решавање вишка запослених може представљати легитиман разлог захтева за прелазак са пуног на непуно радно време.

¹⁰¹¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе, op. cit.*, стр. 442-443.

експлицитно предвидети. Поред тога, Закон о раду је непрецизан по питању *да ли се ова мера за запошљавање може нудити само у односу на послове које запослени обавља* и на којима је утврђен као вишак за део радног времена, или и у односу на друге расположиве послове. Иако се у правној теорији закључује да су могуће обе опције¹⁰¹², зависно од расположивих послова код послодавца и структуре послова који се укидају или редукују, са чиме се у потпуности слажемо, сматрамо да је неопходно да законодавац ову могућност изричито предвиди, с обзиром да овако значајну меру за запошљавање не треба непотребно чинити правно несигурном и тиме непривлачном за употребу.

5.7.3.4. Рад код другог послодавца

Рад код другог послодавца представља меру за запошљавање којом се запослени трајно преузима на одговарајуће радно место код другог послодавца за рад са пуним радним временом, при чему се одбијање овог преузимања од стране запосленог сматра одбијањем обезбеђеног права, што представља основ за престанак радног односа¹⁰¹³, без права на исплату отпремнине.

Ову меру за запошљавање треба разликовати од института "привременог упућивања на рад код другог послодавца". Наиме, привремено упућивање код другог послодавца је резултат или (1) привремене потребе послодавца да, зарад реализације одређених пословних интереса, свог запосленог "позајми" на одређени период свом пословном партнеру, или (2) привременог престанка за радом запосленог, при чему запослени са послодавцем код кога је привремено упућен заснива радни однос на одређено време, док му радни однос код "матичног послодавца" за то време мирује.¹⁰¹⁴ Насупрот томе, рад код другог послодавца као мера за запошљавање је резултат трајног и коначног престанка потребе за радом запосленог због технолошких, економских или организационих промена у предузећу, због чега је послодавац дужан да, као услов законитости отказа, покуша да обезбеди запосленом који је вишак радни однос на неодређено време код другог послодавца, који тада постаје његов "матични" послодавац.

¹⁰¹²Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, *оп. cit.*, стр. 581.

¹⁰¹³ *Ibid.*, стр. 582.

¹⁰¹⁴ЗР, чл. 174, ст. 1: "Запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао ако је привремено престала потреба за његовим радом, дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, док трају разлози за његово упућивање, а најдуже годину дана."

Ова врста мере за запошљавање, иако начелно може бити прихватљива за запослене, у пракси се често показује неповољном по запослене, што је последица крајње оскудног законског уређења, коме се може ставити низ суштинских и процесних замерки. Наиме, законодавац је прописао рад код другог послодавца као једну од могућих мера за запошљавање, задржавши се на томе да се иста реализује упућивањем понуде запосленом за закључење анекса уговора о раду¹⁰¹⁵ и да је одбијање тог анекса разлог за отказ уговора о раду без права на исплату отпремнине¹⁰¹⁶.

Суштинске замерке на рачун позитивноправног уређења ове мере за запошљавање односе се на то да уопште није прописано (1) који се послови и под којим условима могу нудити, (2) да ли је достављање уговора о раду са новим послодавцем услов законитости понуде, као гаранције да ће мера за запошљавање заиста бити обезбеђена, те (3) да ли је услов законитости ове мере за запошљавање да радни однос код другог послодавца буде на неодређено време. Сматрамо да би, применом аналогије са упоредивим правним ситуацијама и начела *in favorem laboratoris*, одговори на ова питања требало да буду да се (1) запосленом морају понудити одговарајући послови са аспекта степена и врсте стручне спреме, што не подразумева гаранције задржавања основне зараде, нити других примања и права која је имао код послодавца који га утврђује вишком, до ког се закључка долази аналогијом са премештајем на друге одговарајуће послове код истог послодавца, који не даје право на задржавање основне зараде претходног "радног места", као и аналогијом са институтом привременог упућивања на рад код другог послодавца, током ког запослени остварује сва примања у складу са општим актом послодавца код ког се упућује¹⁰¹⁷, да (2) уговор о раду, потписан од стране новог послодавца, који се аутоматски активира потписивањем од стране запосленог и ступањем на рад, мора бити прилог понуде за реализацију ове мере за запошљавање, јер у противном запослени не би имао никакве гаранције да ће та мера бити реализована, те да је (3) заснивање радног односа на неодређено време код другог послодавца услов законитости понуде, јер у супротном запосленом не би био обезбеђен континуитет радног односа, већ само привремено радно ангажовање, тако да не би била остварена сврха мере за запошљавање¹⁰¹⁸.

¹⁰¹⁵ ЗР, чл. 171, ст. 1, т. 4.

¹⁰¹⁶ ЗР, чл. 179, ст. 5, т. 2.

¹⁰¹⁷ ЗР, чл. 174.

¹⁰¹⁸ Врховни касациони суд у пресуди донетој у предмету Рев2 91/2015 од 08.07.2015. године стао је на становиште да се мера за запошљавање реализује тек заснивањем радног односа код другог послодавца.

Процесне замерке на рачун уређења ове мере за запошљавање односе се на то да је потпуно нејасна правна природа понуде за закључење анекса коју је послодавац дужан да упути запосленом, с обзиром да је нови послодавац треће лице у радном односу који треба да се "анексира", што даље води томе да је сасвим нејасно шта треба да чини садржину тог анекса уговора о раду, да ли услове рада код трећег лица над којим послодавац нема контролу, или клаузулу о споразумном раскиду уговора о раду¹⁰¹⁹, или нешто треће? Коначно, остаје потпуно нејасно по ком правном основу престаје радни однос запосленом који прихвати анекс уговора о раду, будући да закон такав правни основ не прописује, што ствара проблеме у примени ове мере за запошљавање¹⁰²⁰.

Низ наведених замерки у погледу овог института чине такав начин решавања вишка запослених високо ризичним и за послодавце, које процесне и материјалне грешке проузроковане правним празнинама у закону могу скупо да коштају у случају спора, као и за запослене, који се могу наћи у ситуацији да под притиском губитка права на отпремнину прихвате потпуну неизвесност рада код другог послодавца и далеко неповољније услове рада у односу на оне које су имали код претходног послодавца. С обзиром да институт рада код другог послодавца не само да није непознат у страним правима, већ је, штавише и у широкој употреби, примера ради у француском и немачком праву, сматрамо да је неопходно да домаћи законодавац *de lege ferenda* учини овај институт мање правно неизвесним механизмом за очување континуитета запослења, уз обезбеђивање одређеног нивоа гаранција које ће запосленима обезбедити достојанствен рад.

Сматрамо, ипак, да уколико послодавац уз понуду за закључење анекса из члана 171 став 1 тачка 4 Закона о раду, запосленом достави уговор о раду потписан од стране другог послодавца и запослени прихвати закључење тог анекса, али до заснивања радног односа код другог послодавца не дође кривицом запосленог, треба сматрати да је послодавац обезбедио меру за запошљавање, те да су се закључењем анекса стекли услови за престанак радног односа, без обзира што није дошло до реализације мере за запошљавање.

¹⁰¹⁹ Овакав став је заузео Врховни касациони суд у пресудама донетим у предметима Рев2 280/2015 од 08.10.2015. године и Рев2 1547/2014 од 22.04.2015. године.

¹⁰²⁰ Као илустрација могу послужити спорови који су настали приликом спровођења програма решавања вишка запослених у Градском саобраћајном предузећу, где је послодавац, не налазећи други основ у закону, отказао запосленима којима је обезбедио меру за запошљавање - рад код другог послодавца, уговоре о раду по основу члана 179 став 1 тачка 9 Закона о раду, што је (био) основ по коме се отказује уговор о раду вишку запослених коме припада право на отпремнину, јер му се обезбеђује мера за запошљавање. Навођење овог основа запослене је мотивисало да покрену радне спорове ради остваривања права на отпремнину, који су запослени на крају изгубили. Врховни суд је, одлучујући по ревизијама, оценио да навођење погрешног правног основа престанка радног односа не даје запосленима којима је обезбеђена мера за запошљавање - рад код другог послодавца, право на отпремнину, али се није изјаснио по ком правном основу је запосленима требало да у тој ситуацији престане радни однос. У том смислу, пресуде Врховног касационог суда: Рев2 280/15 од 08.10.2015. године и Рев2 1547/2014 од 22.04.2015. године.

5.7.3.5. Преквалификација или доквалификација

Преквалификација и доквалификација представљају мере за запошљавање које се састоје у различитим врстама теоријске и практичне обуке, које запосленима обезбеђују стицање нових знања и искустава, као и формалних квалификација, које их чине "запошљивијим" на тржишту рада и омогућавају запосленима да, по окончаној обуци, наставе рад код истог или другог послодавца. Ове врсте мера за запошљавање прожете су начелима трипартизма, јер подразумевају учешће јавних служби за запошљавање¹⁰²¹. Преквалификација је *оспособљавање запосленог за рад у другој струци*, које има два облика: (1) стицање радне способности - знања и способности или стицање одговарајуће стручне спреме за рад у другој струци. Доквалификација је *стицање вишег степена* стручне спреме у оквиру сопствене струке, како би се запослени могао распоредити на друге послове код истог или новог послодавца.¹⁰²²

Ове врсте мера за запошљавање веома су заступљене у страним правима и, како смо видели, представљају посебно маркантно обележје француског права, које већ у законским одредбама садржи детаљну разраду начина реализације ових мера за запошљавање, те права, обавезе и одговорности свих партиципаната у овим процесима, а ове мере имају изузетан значај и у немачком и италијанском праву. Примена неке од ових мера за запошљавање чини запосленог конкурентнијим на тржишту рада и у том смислу има за њега дугорочне предности, било да му обезбеђује наставак рада код истог послодавца или само ублажава последице отказа и транзициони период до проналаска новог запослења. Предност постоји и за послодавца, тако што ће улагањем у обуку вишка запослених моћи да обезбеди квалификованију кадровску структуру за нове пословне потребе, или тако што ће на основу обезбеђене обуке уз исплату накнаде зараде вишку запослених у одређеном периоду, моћи да издејствује споразумни раскид радног односа, што је као модалитет предвиђено у француском праву, те тиме превенира могуће радне спорове.

У том смислу сматрамо да треба ставити замерку на крајње оскудно решење садржано у Закону о раду, које ову могућност лаконски спомиње у једној законској одредби, као начелну могућност, апсолутно без икакве разраде ове мере за запошљавање. Наиме, превише детаља остаје нејасно, а нарочито (1) какав је статус запосленог током преквалификације и доквалификације, (2) да ли је послодавац

¹⁰²¹Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, *op. cit.*, стр. 582.

¹⁰²² *Ibid.*, стр. 584.

дужан да обезбеди запосленом квалификацију само с обзиром на расположиве послове у сопственој структури за које би запослени могао да се оспособи или је дужан да га оспособи и за евентуално расположиве послове код других послодаваца, (3) који су максимални трошкови и дужина обуке коју је послодавац дужан да обезбеди, (4) да ли је услов упућивања на преквалификацију или доквалификацију претходно закључивање анекса уговора о раду између послодавца и запосленог и која би била садржина тог анекса и (5) да ли запослени има право на накнаду зараде током преквалификације или доквалификације и ко је обвезник те исплате - послодавац или држава.

Одредбе раније важећег Општег колективног уговора из 2008. године¹⁰²³ су предвиђале обавезу послодавца да запосленом за време преквалификације или доквалификације, као и за време чекања да буде распоређен код послодавца на одговарајуће послове након преквалификације или доквалификације, исплаћује накнаду зараде у висини од 65% просечне зараде у претходна три месеца, из чега се може имплицитно закључити да је послодавац дужан да обезбеди преквалификацију или доквалификацију само уколико у својој кадровској структури има расположиве послове на које ће запосленог моћи да премести након извршене обуке.

Ова врста мера за запошљавање потенцијално може да има велику вредност и за запослене и за послодавце, што примери из француског права експлицитно показују и доказују, али захтева и активну улогу јавне власти у њиховој реализацији, на шта непосредно указује и Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука. У том смислу, неопходне су *de lege ferenda* системске интервенције, које треба да обухвате и одредбе Закона о раду и Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, како би се успоставило јавно-приватно партнерство по овом важном питању.

5.8. Учешће представника запослених

5.8.1. Уводна разматрања

Закон о раду прописује обавезу послодавца да, пре доношења програма решавања вишка запослених, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код

¹⁰²³ ОКУ (2008), чл. 31.

послодавца, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених¹⁰²⁴, односно да достави репрезентативном синдикату предлог програма ради давања мишљења, које је послодавац дужан да размотри и обавести репрезентативни синдикат о свом ставу¹⁰²⁵.

Репрезентативни синдикати су истовремено једини представници запослених који су овлашћени да узму учешћа у поступку решавања вишка запослених, тако да у ситуацији када код послодавца не постоји репрезентативни синдикат, не постоји никаква законска могућност да се чује глас запослених о одлукама послодавца.

5.8.2. Права репрезентативних синдиката

5.8.2.1. Право на информисање

Право репрезентативних синдиката на информисање састоји се у праву да буду обавештени о елементима предлога програма за решавање вишка запослених, односно: (1) разлозима престанка потребе за радом запослених; (2) укупном броју запослених код послодавца; (3) броју, квалификационој структури, годинама старости и стажа осигурања запослених који су вишак и пословима које обављају; (4) критеријумима за утврђивање вишка запослених; (5) мерама за запошљавање: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификација или доквалификација, непуно радно време али не краће од половине пуног радног времена и друге мере; (6) средствима за решавање социјално-економског положаја вишка запослених; (7) року у коме ће бити отказан уговор о раду.¹⁰²⁶

Информисање репрезентативних синдиката врши се достављањем предлога програма, без посебно прописане обавезе послодавца да са синдикатом одржи један или више састанка и да одговори на допунска питања синдиката везана за елементе предлога програма.

Отуда, иако се право репрезентативних синдиката на информисање може, на први поглед, с обзиром на обим и врсту информација које су им доступне, учинити широко конципирано, чак и шире од оквира постављених у комунитарном праву, оно је суштински доста скучено, јер репрезентативни синдикати заправо имају

¹⁰²⁴ ЗР, чл. 154.

¹⁰²⁵ ЗР, чл. 155, ст. 2 и чл. 156, ст. 3.

¹⁰²⁶ ЗР, чл. 155, ст. 1.

искључиво приступ информацијама које је послодавац унео у предлог програма и које су прошле његове својеврсне филтере, при чему не постоји правни механизам који би синдикатима омогућио да траже допунске информације или појашњења достављених, које би им омогућиле формирање мишљења и предлога, као и ваљано информисање запослених, већ су у том погледу препуштени доброј вољи послодавца, односно изграђеном нивоу социјалног дијалога.

5.8.2.2. Право на консултовање

Право репрезентативних синдиката на консултовање састоји се у праву синдиката да дају своје мишљење о предлогу програма. Синдикат има право и обавезу да своје мишљење послодавцу достави у писаној форми, у року од 15 дана од дана достављања предлога програма¹⁰²⁷. Евентуално пропуштање синдиката да достави мишљење на предлог програма не спречава послодавца да поступак настави доношењем програма, по истеку рока за достављање мишљења синдиката.

Обавеза послодавца да консултује репрезентативни синдикат исцрпљује се достављањем предлога програма и обавезом разматрања мишљења синдиката и достављања обавештења синдикату о ставу послодавца по питањима која су предмет мишљења.

Закон не прописује никакву обавезу послодавца да са синдикатом, у периоду између достављања предлога програма и истека рока за достављање мишљења, одржи састанак ради усмене и непосредне дискусије о предлогу програма и уважавања ставова синдиката. Такође, послодавац није ни у каквој обавези да прихвати мишљење синдиката и сходно коригује предлог програма, већ је слободан да одбије све предлоге синдиката, уз обавезу да о томе синдикат обавести пре усвајања коначног програма решавања вишка запослених. Закон чак не прописује ни обавезу послодавца да образложи свој став, већ само да о истом обавести синдикат.

Стога се чини оправданим закључити да је право репрезентативних синдиката на консултовање изузетно ограничено и више протоколарног него суштинског карактера, будући да закон не предвиђа никакав правни механизам који би обезбедио квалитетан социјални дијалог о предлогу програма, већ предвиђа искључиво комуникацију писаним путем, која се своди на три документа (1)

¹⁰²⁷ ЗР, чл. 156, ст. 1.

достављање предлога програма синдикату, (2) достављање послодавцу мишљења синдиката на предлог програма и (3) достављање синдикату става послодавца о мишљењу на предлог програма.

Отуда, не само да право на консултовање репрезентативних синдиката у вези са колективним отпуштањима у домаћем праву није на нивоу комунитарних стандарда, који прописују обавезу консултовања са циљем постизања договора, већ се основано може поставити питање да ли се овај вид комуникације уопште може назвати консултовањем. Управо овако је резонувао Европски суд правде у спору *Commission v. United Kingdom*, најоштрије осудивши, као *противне Директиви, одредбе британског законодавства, којима је*, уместо консултовања у циљу постизања договора о начинима и средствима за избегавање или смањење обима колективних отпуштања, као и санирања последица отпуштања кроз социјалне мере за ново запошљавање или преквалификацију вишкова ради унапређење њихове упошљивости, *прописана само обавеза послодавца да размотри предлоге представника запослених и, ако исте не прихвата, наведе своје разлоге*¹⁰²⁸, што је пресликан модел који постоји у домаћем праву.

5.8.2.3. Положај синдиката који немају својство репрезентативности и других представника запослених

Синдикати који немају својство репрезентативности, као ни други представници запослених, немају никакво право да узму учешће у поступцима колективних отпуштања, па је и са те стране могућност запослених да у случају технолошких, економских или организационих промена код послодавца утичу на своју судбину у знатној мери умањена у односу на комунитарне стандарде, који сматрају овакво ускраћивање права апсолутно недопустивим, на шта је указао Европски суд правде у пресуди донетој у спору *Commission v. United Kingdom*, апострофирајући да препуштање задатка државама чланицама да уреде начин одређивања радничких представника, који ће, зависно од околности, морати или моћи да се умешају у поступак колективног отпуштања, нипошто не даје овлашћење државама чланицама да створе механизме који ће омогућити послодавцима да колективно отпуштање, услед непостојања представника запослених, спроведу без обавеза информисања и консултовања¹⁰²⁹.

¹⁰²⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 08.06.1994., ECLI:EU:C:1994:234, т. 34, 36 и изрека Пресуде.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, т. 19.

5.9. Улога Националне службе за запошљавање у решавању вишкова запослених

5.9.1. Уводна разматрања

Закон о раду обавезује послодавца који утврди да ће, због технолошких, економских или организационих промена, доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време у обиму који га обавезује на доношење програма решавања вишка запослених, предлог програма достави републичкој организацији надлежној за запошљавање - Националној служби за запошљавање, како би ова служба, у циљу спречавања или смањења броја отказа, односно новог запошљавања вишка запослених, могла да послодавцу достави предлог мера, које подразумевају преквалификацију, доквалификацију, samozapošljavanje и друге мере¹⁰³⁰.

Национална служба за запошљавање нема право да својим актом одложи или забрани спровођење планираног програма решавања вишка запослених, уколико би оценила да достављени предлог садржи одређене недостатке које треба отклонити у циљу спречавања или максималног смањења броја планираних отказа, већ може послодавцу само доставити своје мишљење, које послодавац може, али не мора да прихвати¹⁰³¹.

5.9.2. Обавеза обавештавања надлежне јавне власти

Обавеза обавештавања Националне службе за запошљавање о предстојећим колективним отпуштањима исцрпљује се достављањем предлога програма решавања вишка запослених. Наиме, с обзиром да је тежиште улоге ове службе на томе да послодавцу предложи мере за ново запошљавање вишка запослених за које послодавац нема обезбеђену меру и стога предлогом програма предвиђа њихова отпуштања, није створен правни оквир који би омогућио Националној служби за запошљавање да евалуира информације о садржини самог колективног отпуштања, те да од послодавца у том циљу захтева било какве додатне информације које нису садржане у предлогу програма. Штавише, послодавац је дужан да Националној служби за запошљавање достави писано изјашњење о мишљењу и предлогу мера

¹⁰³⁰ ЗР, чл. 156, ст. 2.

¹⁰³¹ ЗР, чл. 156, ст. 3.

које му је упутила, али нема обавезу да јој достави коначно усвојени програм решавања вишка запослених, тако да ова служба нема никакву информацију о коначно одабраном модалитету решавања вишка запослених код послодавца који јој се обратио са предлогом програма.

5.9.3. Предлог мера за ново запошљавање вишка запослених

Законом су, *exempti causa*, предвиђене мере које Национална служба за запошљавање може да предложи, у оквиру својих надлежности, и то преквалификација или доквалификација, самозапошљавање и друге мере за ново запошљавање вишка запослених. У том погледу се домаћи законодавац определио за скупчен домаћај надлежности ове службе, будући да иста нема могућности да, попут француског Директората, евалуира мере за запошљавање које је послодавац имплементирао у предлог програма и налаже њихове корекције, већ је њен фокус ограничен на испитивање могућности новог запошљавања вишка запослених коришћењем ресурса те службе, односно (1) података из службене евиденције о исказаним потребама других послодавца за пријемом у радни однос извршилаца одређених образовних профила и (2) сопствених програма активне политике запошљавања.

Прописане надлежности Националне службе за запошљавање начелно нису несагласне комунитарним стандардима, с тим што се у правној теорији оправдано предлаже да се *de lege ferenda*, ради доследног усклађивања нашег законодавства са правом Европске уније, (1) забрани послодавцима да отпусте запослене за које је израђен програм решавања вишка запослених у одређеном року од дана достављања програма Националној служби за запошљавање, као и да би требало овластити службу да може да одложи (2) спровођење отпуштања свих или појединих запослених који су обухваћени програмом решавања вишка запослених, уз строго уређивање, с обзиром на ограничавање слободе предузетништва, оправданих економских и социјалних разлога због којих се одлагање може одредити¹⁰³².

Простора за унапређење свакако има и са аспекта универзалних радних стандарда садржаних у Препоруци бр. 166, према којима би *неке од мера којима се вишку запослених обезбеђује одговарајуће алтернативно запошлење*, као што су преквалификација и доквалификација, требало обезбедити *на терет буџета*, уз право на накнаду зараде за

¹⁰³² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 432.

време преквалификације или доквалификације, накнаду свих или дела трошкова преквалификације или доквалификације, те накнаду трошкова запослења који подразумевају промену пребивалишта, у складу са националним законима и другим прописима. Поред тога, могуће би било прописати и обавезу *представника запослених и послодаваца* да се у одређеној мери ангажују на тражењу новог запослења за запослене којима је радни однос престао, при чему послодавац може допринети новом запошљавању и кроз директан контакт са послодавцима које је сугерисала Национална служба за запошљавање.¹⁰³³

Претходна разматрања наводе на закључак да је улога јавне власти у погледу очувања запослења запослених утврђених вишком више протоколарна и декларативна него корисна и конструктивна, јер је ограничена на више начина. Најпре, не постоји правни механизам који би омогућио учешће надлежне јавне власти пре доношења одлуке о начину реорганизације пословања, већ тек у фази предлога програма решавања вишка запослених, када је реорганизација већ коначно осмишљена и започета, те тиме смањен маневарски простор за имплементацију мера за запошљавање. Потом, иако би, хипотетички, предлог мера Националне службе за запошљавање могао бити функционалан и спроводив и у тој фази поступка, јер се изради предлога програма приступа управо стога да би исти могао да се ревидира у складу са мишљењем и предлозима надлежне јавне власти, не постоје правни механизми, нити буџетска средства, која би омогућила ефикасније предлагање и реализацију мера за ново запошљавање вишка запослених.

Поређењем позитивноправне улоге надлежне јавне власти у поступцима решавања вишка запослених са положајем и функцијом надлежних јавних служби у правним системима који су узети као истраживачки узорак, јасно произилази да је улога надлежне јавне власти у домаћем праву најпасивнија могућа и у том погледу на nižем нивоу чак и у односу на немачко право, где је улога Агенције за запошљавање минорна, тако да очигледно има много простора за *de lege ferenda* интервенције у правцу унапређења корисне улоге Националне службе за запошљавање, како би се она од евидентичара предлога програма решавања вишка запослених и информатора о слободним радним местима код других послодаваца, претворила у активног саговорника, предлагача мера обуке и других активности којима би се заиста смањио број отпуштања и омогућило запосленима чији су откази неминовни да што безболније прођу транзициони период до проналаска новог запослења, чиме

¹⁰³³ Препорука бр. 166, т. 25-26.

би се истовремено умањила и могућност настанка спорова узрокованих осећајем запослених да није учињено све што је могло да се учини да у оквиру реорганизације послодавца не остану "на улици" и без изгледа за проналажење новог посла.

5.10. Обавеза исплате отпремнине

Уколико не постоји начин да се успешно примене мере за запошљавање тако да се избегне отпуштање, послодавац је дужан да пре отказа уговора о раду запосленом исплати отпремнину у висини која се утврђује општим актом код послодавца или уговором о раду, с тим што не може бити нижа од збира трећине зараде запосленог за сваку навршену годину рада у радном односу код послодавца код кога остварује право на отпремнину¹⁰³⁴.

Поред година рада код послодавца, релевантним периодом за утврђивање права на отпремнину и висину отпремнине, сматра се и време проведено у радном односу код (1) послодавца претходника у случају статусне промене и (2) друге промене послодавца у складу са Закона о раду, као и код (3) повезаних лица са послодавцем у складу са законом који уређује привредна друштва. Промена власништва над капиталом не сматра се променом послодавца у смислу остваривања права на отпремнину у складу са овим чланом.¹⁰³⁵ Законским изменама из 2014. године искључена је могућност да се општим актом или уговором о раду утврди дужи период за исплату отпремнине од периода проведеног у радном односу код послодавца, послодавца претходника и повезаног лица са послодавцем, као и да запослени оствари право на отпремнину за исти период за који му је већ исплаћена отпремнина код истог или другог послодавца¹⁰³⁶. Овим је значајно редуковано право запослених на отпремнину у односу на претходни период, јер је пре наведених новела Закон о раду прописивао обавезу послодавца да приликом обрачуна отпремнине узме у обзир целокупан стаж осигурања запосленог кога утврђује вишком, без обзира да ли је тај стаж остварен код тог послодавца или трећег лица, које није ни послодавац претходник у смислу одредби Закона о раду, нити повезано лице у смислу закона који уређује привредна друштва.

Зарадом која представља основицу за обрачун отпремнине сматра се просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца која

¹⁰³⁴ ЗР, чл. 158, ст.1.

¹⁰³⁵ ЗР, чл. 158, ст. 2-4.

¹⁰³⁶ ЗР, чл. 158, ст. 5 и 6.

претходе месецу у коме се исплаћује отпремнина¹⁰³⁷. С обзиром да Закон о раду познаје концепт бруто зараде, тако да се под зарадом сматра зарада која садржи порез и доприносе који се плаћају из зараде¹⁰³⁸, сматрамо логичним да основицу за обрачун отпремнине представља бруто зарада запосленог, која се у целости исплаћује запосленом, као финансијска подршка у периоду тражења новог запослења, при чему за послодавца не настаје додатни трошак, јер се отпремнина не сматра зарадом, тако да није оптерећена порезом на зараде и доприносима за социјално осигурање који се плаћају из зараде¹⁰³⁹, а када се исплаћује на нивоу законског минимума ослобођена је и пореза на доходак грађана¹⁰⁴⁰. Међутим, у пракси Уставног суда Србије заузет је став, који почињу да прихватају и редовни судови у радним споровима, да основицу за обрачун отпремнине представља нето, а не бруто зарада запосленог¹⁰⁴¹, што се објашњава тиме да Закон о раду као основицу за обрачун дефинише зараду која је исплаћена, из чега се закључује да може бити реч само о нето заради, која се исплаћује запосленом, а не бруто заради, будући да се порези и доприноси запосленом не исплаћују¹⁰⁴². Сматрамо да се оваквом тумачењу закона може ставити замерка да је исувише уско, да нема подлоге у тексту законске одредбе, те да је у супротности са законским концептом зараде. Ово стога што је наведено тумачење засновано на томе да се исплаћеном зарадом сматра искључиво нето износ који се исплаћује запосленом по уплати пореза и доприноса пореској управи и надлежним фондовима, при чему се губи из вида да Закон о раду не прописује да основицу за обрачун отпремнине представља зарада која је исплаћена запосленом на рачун или руке, већ говори само о исплаћеној заради као таквој, што одговара концепту бруто зараде, који подразумева да је послодавац обвезник исплате бруто зараде, чији део у виду пореза и доприноса исплаћује на одређене буџетске рачуне, а део непосредно запосленом, са акцентом да цео износ те зараде послодавац

¹⁰³⁷ ЗР, чл. 159.

¹⁰³⁸ ЗР, чл. 105, ст. 2.

¹⁰³⁹ ЗР, чл. 105, ст. 3.

¹⁰⁴⁰ Закон о порезу на доходак грађана ("Сл. гласник РС", бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 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 и 7/2018 - усклађени дин. изн.), чл. 9, ст. 1, т. 19.

¹⁰⁴¹ Примера ради, одлуке Уставног суда Србије у предметима Уж-10976-2013, Уж-7559/2012, Уж-6583/2012, као и пресуда Апелационог суда у Новом Саду донета у предмету Гж1. 2430/2014 од 17.12.2014. године.

¹⁰⁴² Из образложења Одлуке Уставног суда Србије у предмету Уж-6583/12: "Сагласно одредби члана 158. Закона о раду, подносиоцима је радни однос могао престати само под условом да им тужени претходно исплати отпремнину у висини коју ова одредба прописује, при чему се под зарадом релевантном за обрачун отпремнине, у смислу члана 159. Закона о раду, сматра просечна месечна зарада запосленог исплаћена за последња три месеца, које претходе месецу у којем се исплаћује отпремнина. Дакле, висина основице за обрачун отпремнине је везана за исплаћену, што значи нето зараду која запосленом припада након уплате пореза и доприноса из бруто зараде, а не обрачунату зараду, односно њену бруто вредност, у смислу члана 105. став 2. Закона о раду."

исплаћује.

Исплата отпремнине пре отказа уговора о раду прописана је као императивна обавеза послодавца и услов за законитост решења о отказу. У јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је став да отпремнина мора бити исплаћена пре дана одређеног као дан престанка радног односа, али да, ипак, отказ неће бити незаконит ни када отпремнина није исплаћена пре престанка радног односа, уколико је разлог томе грешка у обрачуну зараде¹⁰⁴³, споразум послодавца и запосленог или уколико је до пропуста у исплати отпремнине дошло из другог разлога, или уколико такав споразум није закључен, али је отпремнина у целости исплаћена пре подношења тужбе¹⁰⁴⁴.

Посебно интересантно питање, које је кроз судску праксу еволуирало у потпуно супротним правцима, јесте питање да ли се запослени може одрећи права на отпремнину, односно на њену исплату по доспелости. Наиме, у прошлости је у пракси често долазило до тога да су послодавци, притиснути финансијским проблемима, а користећи свој супериоран положај и, често, неукост запослених, са запосленима закључивали споразуме којима су се запослени у целости или делимично одрицали права на исплату отпремнина које би им припале као запосленима које је послодавац утврдио вишком. У јуриспруденцији редовних основних и апелационих судова, као и Врховног суда Србије, неко време је егзистирао став да су овакви споразуми могући и дозвољени, под условом (1) да се запослени не одриче права на отпремнину *a priori*, већ да до одрицања долази када је такво потраживање већ доспело, односно када је послодавац већ запосленог утврдио вишком коме ће уговор о раду бити отказан¹⁰⁴⁵ и (2) да је запосленом познат износ отпремнине кога се одриче¹⁰⁴⁶. Овај став био је заснован на схватању да се, након што запослени буде утврђен као вишак, право на отпремнину, као субјективно социјално-економско право запосленог из радног односа, које представља скуп овлашћења и захтева за остваривање права и кога се запослени не може унапред одрећи, конвертује у конкретно право, односно доспело потраживање износа отпремнине према послодавцу, а таквог потраживања се, у складу са општим правилима облигационог права, може одрећи исто као и било ког другог

¹⁰⁴³ Врховни суд Србије је у пресуди Рев2 787/2014 15.05.2015. године заузео став да делимично плаћена отпремнина услед грешке у обрачуну не представља разлог за поништај отказа, већ да запослени може само у посебном поступку тражити исплату разлике до пуног износа отпремнине за који сматра да би му пришао.

¹⁰⁴⁴ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 231/2015 01.07.2015. године.

¹⁰⁴⁵ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда донете у предметима: Рев2 1494/10 од 27.05.2010. године и Рев 887/10 од 23.06.2010. године.

¹⁰⁴⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду у предмету Гж1 4181/14 од 25.09.2015. године.

потраживања, у оквиру законом предвиђеног правног института отпуштања дуга¹⁰⁴⁷. Уставни суд Србије је, међутим, одлучујући по већем броју уставних жалби запослених чије су одрицање од права на отпремнину редовни судови сматрали правно ваљаним, заузео дијаметрално супротан став од Врховног касационог суда, оцењујући одрицање од права на отпремнину, као и од конкретног потраживања отпремнине, изјавом без правног дејства и директно супротном Уставу Републике Србије. Образлажући овај став, Уставни суд је навео да "Устав изричито утврђује да се запослени права зајемчених одредбом члана 60. став 4. Устава, међу којима је и право на правну заштиту за случај престанка радног односа, не може одрећи. С обзиром на то да исплата отпремнине представља један од законом утврђених облика правне заштите запослених у случају престанка радног односа због увођења технолошких, економских и организационих промена, које се запослени у смислу члана 60. став 4. Устава не може одрећи, то се закључењем вансудског поравнања којим се одриче права на отпремнину, подносилац уставне жалбе у суштини одрекао неотуђивог уставног права на правну заштиту поводом престанка радног односа. Како се подносилац није могао одрећи права на отпремнину, то и закључено вансудско поравнање није могло произвести правне последице које су утврђене оспореном пресудом."¹⁰⁴⁸

Иако овакав став Уставног суда Србије није био једногласно прихваћен од стране свих судија надлежних за радне спорове,¹⁰⁴⁹ Врховни касациони суд је у циљу

¹⁰⁴⁷У образложењу пресуде донете у предмету Рев 887/10 од 23.06.2010. године Врховни касациони суд наводи: "Ово стога што се имао субјективног права не може одрећи тог права као скупа овлашћења и захтева за остваривање права, унапред, пре настанка конкретног права и обавеза. Наиме, да би одрицање од права производило правно дејство, потребно је да је потраживање доспело, јер би тек после доспелости потраживања било речи о одрицању од наплате у смислу члана 344. ЗОО-а. Зато је недозвољена изјава у којој се запослени одриче неког субјективног социјално економског права у ситуацији када потраживање из истог није доспело. То даље води закључку да се запослени пре спроведеног поступка утврђивања вишка запослених и утврђивање висине отпремнине која би му припала, не може одрећи тог свог субјективног социјално-економског права."

¹⁰⁴⁸ Одлука Уставног суда Србије у предмету Уж – 4272/2010.

¹⁰⁴⁹ Тако, судија Врховног касационог суда Предраг Трифуновић, оцењује да су ставови Уставног суда погрешни, јер "изјава о одрицању од отпремнине не улази у појам 'одрицања од правне заштите'. Правна заштита је један од два елемента субјективног права и представља право субјекта на тужбу, приговоре и друге алтернативне видове заштите коју објективно право признаје. Наиме, субјективно право по дефиницији (има их више), представља објективним правом признату власт (овлашћење) носица да може захтевати испуњење (давање, чињење, нечињење или трпљење) ради задовољења материјалних или нематеријалних интереса. Из оваквог дефинисања субјективног права произилази да његова феноменолошка структура садржи најмање два елемента: овлашћење (у облигационом праву то је потраживање) и захтев (тражење) које може бити вансудско (најчешће) или судско (тужба). Смисао уставних правила о забрани одрицања од права је да се носилац субјективног права не може одрећи права као скупа овлашћења и захтева за остваривање права пре настанка конкретних права и обавеза. Да би одрицање производило правни учинак потребно је да право овлашћење (захтевати потраживање) није доспело. Зато одрицање од наплате доспелог новчаног потраживања (делимично или у целини) не представља одрицање од права, већ опрост дуга из члана 344. ЗОО, која претпоставља изјаву воље повериоца да се неће користити својим правом на наплату и сагласности дужника са том изјавом. Дакле, недозвољена би била изјава у којој би се запослени одрекао неког субјективног социјално-економског права унапред схваћеног као правна нада (оправдано очекивање), а не и када се одрекле пријема доспелог потраживања (потпуно или делимично) у ситуацији када зна његову висину. То у складу са традиционалним правилом да се нико не може натерати да

уједначавања правне праксе редовних судова на седници Грађанског одељења, одржаној 18.06.2015. године, заузео правни став према коме се запослени не може одрећи права на отпремнину, нити износа који је утврђен у решењу о престанку радног односа, чиме је стављена тачка на различите ставове судова по овом питању и надаље успостављена јединствена судска пракса¹⁰⁵⁰. Не улазећи на овом месту у оцену аргументације коју је дао Уставни суд Србије о томе да отпремнина представља правну заштиту за случај престанка радног односа, несумњиво је да је успостављање јединственог става судова по овом питању значајно унапредило стандарде заштите запослених у случају отказа због технолошких, економских и организационих промена, будући да је послодавцима овим ускраћен било какав правни механизам да запосленима откажу уговор о раду по овом основу без исплате отпремнине, која даје запосленима одређену материјалну сигурност за време тражења новог запослења.

5.11. *Отказни рок*

Позитивно право Републике Србије не прописује обавезу послодавца да запосленима које утврђује вишком остави одређени отказни рок, током кога би могли да траже ново запослење док су још увек у радном односу код другог послодавца. Овом решењу могу се ставити озбиљне замерке, како са аспекта универзалних и националних радних стандарда, тако и са аспекта самог Закона о раду, који запосленом коме послодавац отказује уговор о раду због неостваривања резултата рада, односно непоседовања потребних знања и способности за обављање послова за које је закључио уговор о раду, установљава право на отказни рок у трајању од осам до 30 дана, док запосленом који без икакве своје кривице и доприноса остаје без посла, искључиво због потреба послодавца, не гарантује ово право, већ социјално-економску заштиту ограничава само на исплату отпремнине.

врши своје право." Предраг Трифуновић, "Права запослених и уставна жалба", *Радно и социјално право*, бр. 1/2010, доступно на интернет страници, <https://radno-pravo.org/casopis/?p=18>, 06.01.2019., стр. 11-12.

¹⁰⁵⁰ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда донете у предметима Рев2 388/2015 од 09.12.2015. године и Рев2 93/2016 од 29.09.2016. године.

Део други

РАДНИ СПОРОВИ У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊЕМ

1. Индивидуални радни спор у вези са колективним отпуштањем

1.1. Појам, предмет и субјекти индивидуалног радног спора

Индивидуални радни спор је нужни ризик постојања радног односа и извршења права и обавеза који чине његову садржину, а који су уређени хетерогеним и аутономним нормама радног права. Овај спор је, како указује проф. Лубарда, *увек правни спор*, јер је реч о спору који настаје у примени права, односно "у вези са предметом (извршења) индивидуалног уговора о раду и *састоји се у истицању контрадикторних захтева странака, које настају да заштите своје право које сматрају повређеним.*"¹⁰⁵¹

У правној доктрини постоји значајан број дефиниција које настоје да дају што потпуније и прецизније појмовно одређење индивидуалног радног спора, како са материјалног, тако и са процесног аспекта.

Према *интегралној дефиницији*, која обухвата и материјалноправна и формалноправна обележја, под индивидуалним радним спором се у општем режиму радних односа подразумева спор који настаје између радника и послодавца, поводом повреде права признатих општим актима хетерономног (закон, уредбе или други нормативни акт) и/или аутономног права (колективни уговор, правилник о раду), као и појединачним актом (уговором о раду), за чије је решавање надлежан суд или други орган (арбитража).¹⁰⁵²

Универзалне карактеристике радних спорова су: "(а) то је спор између запосленог (као појединца) и послодавца; (б) то је спор чији предмет чине индивидуална, појединачна, права и обавезе из радног односа и (в) то је спор који се решава на одговарајући - прописима предвиђени начин (споразумом страна у спору или одлуком надлежних тела и органа у утврђеном поступку)"¹⁰⁵³.

¹⁰⁵¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 765.

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 356.

Закон о раду Републике Србије не дефинише појам индивидуалног радног спора, али имплицитно одређује да је реч о спору који може настати *између послодавца и запосленог поводом правног акта или фактичке радње послодавца којом је повређено неко право запосленог*, ради чије заштите запослени може покренути спор¹⁰⁵⁴.

Предмет индивидуалног радног спора чине индивидуална права и обавезе из радног односа с обзиром на чије остварење или повреду настаје спор.

*Субјекти индивидуалног радног спора су увек запослени и послодавац*¹⁰⁵⁵.

Запослени је, најопштије дефинисано, лице које ради у оквиру радног односа и тај појам се "традиционално одређује у светлу разлике која постоји између овог појма и појма радник", који обухвата "свако лице које обавља одређени рад, и то, независно од чињенице да ли ради у своје име и за свој рачун или у име и за рачун другог", односно представља "генерички појам који обухвата сва лица која остварују приходе од свог рада, укључујући запослене и samozапослене, а, по неким ауторима, и незапослене раднике који су против своје воље остали без посла."¹⁰⁵⁶ У правној доктрини се указује на деликатност одређивања појма запосленог, с обзиром да се у свим националним законодавствима користи појам запослени, али му се не даје исто значење, већ се одређује на основу различитих чинилаца чији однос и хијерархија остају нејасни, а проблем додатно подстиче чињеница да "у многим државама постоји тенденција проширивања радног законодавства *ratione personae* (нпр. у Немачкој и Француској)", што "има за последицу прихватање шир(ок)их дефиниција појма запосленог, које су, неизоставно, суочене са ризиком да буду неодређене и двосмислене."¹⁰⁵⁷ *Комплексност појма запосленог у пуном капацитету долази до изражаја код колективних отпуштања*, што показују различита решења у страним правима у погледу одређивања круга запослених на која се примењују правила о колективним отпуштањима, што је и био разлог да Европски суд правде успостави комуитарну дефиницију појма запосленог у контексту примене Директиве Савета 98/59/ЕЗ, према којој појам запосленог треба посматрати на основу објективних критеријума који карактеришу радни однос, узимајући у обзир права и обавезе конкретног извршиоца, те чињеницу да *суштинско обележје радног односа представља обављање одређених послова, у одређеном периоду, од стране једног лица за рачун и према налозима*

¹⁰⁵⁴ ЗР, чл. 195.

¹⁰⁵⁵ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 356. Бранко Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр. 311.

¹⁰⁵⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, стр. 237.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, стр. 241.

другог лица у замену за одређену надокнаду¹⁰⁵⁸, у ком смислу је ирелевантна правна природа (основ) његовог ангажовања за послодавца¹⁰⁵⁹.

По угледу на највећи број националних законодавстава, који запосленог одређују као лице које је закључило уговор о раду и ради на основу овог уговора, односно као лице које ради за послодавца или као лице које ради у оквиру радног односа¹⁰⁶⁰, тако се и *домаћи законодавац* определио за ову ужу дефиницију, *одређујући запосленог као физичко лице које је у радном односу код послодавца*¹⁰⁶¹, при чему је примену правила о колективним отпуштањима ограничио на запослене у радном односу на неодређено време.

Стога *субјект индивидуалног радног спора поводом колективног отпуштања у домаћем праву може бити искључиво физичко лице у радном односу код послодавца, и то искључиво уколико је у радном односу на неодређено време.*

*Послодавац, "као физичко или правно лице, субјект радног права, субјект индивидуалног и/или колективног радног односа, који испуњење својих законских или уговорних обавеза према запосленима и другим радноангажованим лицима или њиховим синдикатима и другим институцијама представничког карактера - бипартитним или трипартитним, обезбеђује својом имовином, будући да преузима на себе ризик пословања"*¹⁰⁶², може бити субјект не само индивидуалног, већ и колективног радног спора. Проф. Лубарда указује да одређивање појма послодавац није тако сложено као одређивање појма запосленог¹⁰⁶³, а проф. Ковачевић указује да "појам послодавца гради више елемената: организовање делатности, коришћење туђег рада, организовање рада запослених, управљање и надзор над радом запослених, обавеза исплате зараде."¹⁰⁶⁴ У литератури се, како истиче проф. Ковачевић, неретко указује да послодавац има двојаку улогу у радном односу – улогу *организатора рада запослених* и улогу *дестинатера (адресата) њиховог рада* и оцењује да се "овакво схватање појма послодавца одражава и на његову законску дефиницију, будући да се у радном законодавству, послодавац, редовно, одређује као лице које

¹⁰⁵⁸ Пресуда Европског суда правде у предмету C-596/12 (*Commission vs. Italy*) од 13.02.2014, ECLI:EU:C:2014:77, ст. 17; напомена: ова обележја радног односа преузета су из Пресуде Европског суда правде у предмету C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*) од 03.07.1986., ECLI:EU:C:1986:284, ст. 17, којом је први пут дата дефиниција "запосленог" у комунитарном значењу.

¹⁰⁵⁹ Пресуда Европског суда правде у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 09.07.2015, ECLI:EU:C:2015:455, ст. 36.

¹⁰⁶⁰ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе, оп. cit.*, стр. 243.

¹⁰⁶¹ ЗР, чл. 5, ст. 1.

¹⁰⁶² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 84.

¹⁰⁶³ *Ibid.*, стр. 83.

¹⁰⁶⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе, оп. cit.*, стр. 254.

запошљава раднике или користи њихов рад"¹⁰⁶⁵. Констатоваћемо да од овог модела није одступио ни домаћи законодавац, дефинишући послодавца као *домаће, односно страну правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица*¹⁰⁶⁶.

1.2. Предмет индивидуалног радног спора у вези са колективним отпуштањем

1.2.1. Уводна разматрања

С обзиром да предмет индивидуалног радног спора може бити искључиво повреда права гарантованих запосленом нормама хетерономног и аутономног права, то и предмет ове специфичне врсте спорова могу бити повреде материјалних и процесних права која су запосленима у овим поступцима гарантована. Стога гаранције права представљају *conditio sine qua non* за ефикасну правну заштиту запосленог приликом решавања вишка запослених, јер *запослени не може пред судом или било којим другим органом да заштити права која сматра да му припадају*, будући да би тада водио недопуштен интересни спор, већ *искључиво она која су му формално потврђена законом и општим актом послодавца и она која је непосредно уговорио са послодавцем*.

До настанка индивидуалног радног спора у вези са колективним отпуштањем ретко ће доћи у току самог поступка колективног отпуштања, с обзиром да током поступка послодавац комуницира са представницима запослених и надлежном јавном влашћу, коригујући у одређеном погледу иницијалне предлоге, тако да запослени, по правилу, немају прилику да стекну прецизну слику о свом радноправном статусу пре него што им послодавац достави коначан индивидуални акт *(1) отказ уговора о раду, или (2) понуду за реализацију мере за запошљавање*, због чега управо *оспоравање законитости ових аката чини типичан предмет индивидуалног радног спора поводом колективног отпуштања*.

С обзиром на суштинска обележја правног режима колективног отпуштања, типични спорови настају због (1) повреде правила отказног поступка, (2) пропуста у примени критеријума за селекцију вишка запослених, (3) пропуста у примени мера за запошљавање вишка запослених, (4) повреде права на отпремнину и (5) злоупотребе права у поступку решавања вишка запослених.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, стр. 255.

¹⁰⁶⁶ ЗР, чл. 5, ст. 2.

1.2.2. Повреда правила отказног поступка

Анализа правног режима колективних отпуштања у међународном, страном и домаћем праву показала је да су основне процесне карактеристике колективних отпуштања везане за партиципацију представника запослених, као и обавештавање надлежне јавне власти о овим поступцима. Пропусти испуњавања наведених обавеза у већини посматраних права по правилу представљају узрок спорова и као што је већ било речи, поништаја, па чак и утврђивања ништавости отказа уговора о раду. Италијанска јуриспруденција експлицитно стоји на становишту да сваки запослени коме је отказан уговор о раду има право да оспори целовитост информација које су достављене синдикату у поступку колективног отпуштања, будући да постоји схватање да је целовитост информација од кључног значаја за плодотворну и продуктивну партиципацију синдиката у решавању кризних ситуација и за транспарентност одлука донетих у поступку решавања вишка запослених¹⁰⁶⁷. Стога, уколико су неадекватно достављене информације послужиле као основ за закључење колективног уговора, откази ће бити поништени због незаконитости поступка колективног отпуштања¹⁰⁶⁸.

Први спор који стога може настати је спор око тога да ли су *испуњене квантитативне, временске и друге претпоставке за колективно отпуштање* и обавезе које се тим поводом активирају.

Даље, спорови могу настати у вези са *роковима за поступање у односу на представнике запослених, као и садржину информација и консултација*.

Додатно, у правима у којима постоји обавеза доношења посебног правног акта социјалног програма, који на интегралан начин уређује питања колективног отпуштања, (план очувања запослења у француском, социјални план у немачком, програм решавања вишка запослених у домаћем праву), спорови могу настати *поводом обавезе и поступка доношења, као и садржине социјалног програма*.

Примера ради, у *француском праву* ће се сматрати да је поступак отказивања уговора о раду био незаконит, те да је отказ уговора о раду ништав, уколико је (1) уговор о раду отказан на основу плана очувања запослења који није одобрен, односно валидиран од стране Директората, било да се послодавац уопште није

¹⁰⁶⁷ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 258.

¹⁰⁶⁸ Пресуда Касационог суда Републике Италије 880/2013, нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 265.

обраћао Директорату или да је Директорат донео негативну одлуку о плану, као и ако је (2) одлука Директората о одобрењу, односно валидацији плана на основу кога је уговор о раду отказан накнадно поништена због недовољности плана очувања запослења или било ког другог разлога.¹⁰⁶⁹ Ништавост плана из наведених разлога резултираће не само ништавошћу индивидуалних отказа, као једностраних аката послодавца, већ и ништавошћу споразумних раскида радног односа који су закључени у вези са реализацијом тог плана¹⁰⁷⁰.

Простор за спорове у погледу обавезе доношења програма посебно се ствара када нису прописани довољно јасни квалификациони услови за његовог доношење, а *домаће право* је прави пример тога, с обзиром на постављање два могућа услова за квалификавију колективног отпуштања, који су међусобно некохерентни, а њихов међусобни однос није уређен. Ипак, ови спорови имају релативно ниско учешће у укупном броју пресуда у споровима насталим поводом поступака решавања вишка запослених, објављених на интернет страници Врховног касационог суда, што може указати на то да домаћи послодавци екстензивно тумаче законске одредбе и не избегавају обавезу доношења програма.

У правима у којима посебан поступак колективних отпуштања не искључује обавезу спровођења процедуре индивидуалних отказа, који подразумевају учешће представника запослених, што је случај у *немачком и хрватском праву*, спор може настати у вези са процедуром индивидуалног отказа.

У *домаћем праву* су учестали спорови везани за доношење/измене правилника о организацији и систематизацији спорова, као услова за отпуштање запослених, чији разлози леже у (1) постојању правне празнине у погледу обавезности доношења овог акта у оквиру поступка решавања вишка запослених и (2) недовољно јасном дефинисању да ли је правилник о организацији и систематизацији послова општи акт, чије је

¹⁰⁶⁹ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 181. Од наведена два правила Закоником о раду су предвиђени следећи изузеци, и то: (1) прво правило се не примењује на послодавце у поступку стечаја или судске ликвидације, (2) накнадни поништај одлуке Директората нема утицај на законитост отказа уколико је разлог поништаја недовољно образложење исте. Поред наведена два, трећи изузетак је плод јуриспруденције Касационог суда, који наводи да ни поступак отказа нити сам отказ не могу бити утврђени ништавим због одсуства стварног и озбиљног економског разлога отказа, већ искључиво због недовољности плана, с обзиром да је питање ваљаности плана у потпуности независно од разлога отказа (који представља материјални основ који утврђује искључиво радни суд).

¹⁰⁷⁰ Ова, веома општа, санкција незаконитости плана плод је јуриспруденције Касационог суда, а објашњава се чињеницом да се споразумни престанци радног односа, мотивисани економских разлозима и у оквиру поступка редукције броја запослених, узимају у обзир приликом одређивања обавеза послодавца у односу на поступак информисања и консултовања представника запослених и израду плана очувања запослења. Стога, без обзира што ови престанци радног односа нису део плана, ништавост плана резултира и њиховом ништавошћу због чињенице да се ништавост плана протеже и на све потоње акте с њим у вези. (Одлуке Касационог суда: Soc. 9 mart 2011, no. 10-11581 и Soc. 15 maj 2013, no. 11-26414, bull. civ. 2013, V, no. 122, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 182).

објављивање услов ступања на снагу, чему доприноси дефиниција садржан у Закону о раду, према којој су само колективни уговори и правилници о раду општи акти послодавца. *Наведене правне празнине доводе до непотребно великог броја спорова, при чему ни у јуриспруденцији Врховног касационог суда нема јасног одређеног става*, па се тако у одређеном броју одлука оцењује да правилник о организацији јесте општи акт који подлеже објављивању и који мора бити измењен у поступку решавања вишка запослених, па оцењују незаконитим решење о отказу које је донето на основу правилника о организацији и систематизацији послова који није објављен, или није ступио на снагу, или није почео да се примењује¹⁰⁷¹, односно ако истим није укинута радно место, односно смањен број извршилаца на пословима које је обављао запослени коме је отказан уговор о раду¹⁰⁷². Међутим, постоје и супротне одлуке највише судске инстанце, према којима измене овог правилника представљају формализацију одлуке послодавца о решавању вишка запослених нису услов законитости решења о отказу, тако да исто може бити донето и пре измена, односно ступања на снагу овог правилника¹⁰⁷³.

1.2.3. Пропусти у примени критеријума за селекцију вишка запослених

Типични спорови који се јављају у вези са применом критеријума односе се на одређивање врсте критеријума, њиховог рангирања и вредновања, те опсега њихове примене, као и њихове евентуалне дискриминаторске природе или примене, што представља посебан проблем када се послодавцу оставља право једностраног одређивања тих параметара. У овим споровима се може као важно поставити и питање дискриминаторских критеријума.

У немачком праву, иако закон садржи *numerus clausus* листу критеријума, остављајући могућност да се њихово рангирање и вредновање одреде једностраном одлуком послодавца (*тзв. аутономне смернице за избор*), или споразумом послодавца и савета запослених (*тзв. колективне смернице за избор*), ризик ништавости отказа због погрешног начина примене критеријума је тако висок да послодавци радије прибегавају споразумима са синдикатом уместо да ове параметре сами одређују,

¹⁰⁷¹ Пресуде Врховног касационог суда Рев2 2309/2017 од 28.09.2017. године, Рев2 576/2016 од 09.03.2017. године, Рев2 119/2016 од 08.12.2016. године, 119/2016 од 08.12.2016. године, Рев2 1436/2015 од 20.04.2016. године, Рев2 774/2014 од 16.07.2015. године.

¹⁰⁷² Примера ради, Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 469/2017 од 30.03.2017. године.

¹⁰⁷³ Пресуде Врховног касационог суда Рев2 1137/2015 од 11.02.2016. године, Рев2 1608/2015 од 27.01.2016. године.

будући да се споразумима са синдикатом смањује обим овлашћења судија искључиво на правну контролу евентуалних грубих грешака у виду, на пример, изостављања неког критеријума, па тиме и могућност оспоравања примене критеријума од стране запосленог. Исто вреди и за листе вишкова у случају *тзв. помирења интереса* код увођења суштинских промена у погону, где заједничко утврђивање листе вишкова од стране послодавца и савета запослених сужава могућност оцене критеријума од стране суда, чиме се превенира могућност настанка спорова, јер запослени губе овај аргумент за тужбу.

У *француском праву*, у спору око примене критеријума, послодавац је дужан да у радном спору образложи критеријуме којима се руководио приликом селекције запослених којима ће бити отказани уговори о раду, у противном ће се сматрати да је дошло до повреде обавезе примене критеријума. У јуриспруденцији Касационог суда је заузет став да суд нема овлашћење да својом одлуком супституише одлуку послодавца, односно да сам процењује професионалне квалитете запослених, већ да је судска надлежност ограничена на испитивање да ли је приликом примене критеријума дошло до злоупотребе права или до грешке у примени критеријума која није последица *mala fides* поступања, али је свакако довела до штете за запосленог¹⁰⁷⁴. Немају, међутим, сви пропусти у примени критеријума исту тежину. Тако, Касациони суд стоји на становишту да пропуст послодавца да запосленог *обавести* о примењеним критеријума на основу кога му је отказан уговор о раду представља процедурални недостатак, који је *per se* извор штете за запосленог, која је самостална и независна од накнаде штете уколико наведени економски разлог не представља стваран и озбиљан разлога за отказ¹⁰⁷⁵. С друге стране, иако пропуст у самој примени критеријума може имати за последицу неоправдани губитак посла, правне последице овог пропуста се не изједначавају са последицама отказа без стварног и озбиљног разлога. Коначно, уколико би се утврдило да је, приликом отказивања уговора о раду, поред пропуста у примени критеријума изостао и ваљан економски разлог, запослени неће имати право на накнаду штете по оба основа, јер би се то сматрало кумулацијом накнада.¹⁰⁷⁶ Као посебно деликатан аспект примене критеријума апострофира се *селекција заштићених представника запослених*, чије отказе

¹⁰⁷⁴ М. Blatman, *op. cit.*, стр. 142. Тако, наводи се да је Касациони суд у једном спору оценио да је дошло до злоупотребе права у ситуацији када је послодавац приликом оцене професионалних квалитета предност дао млађем запосленом како би смањio трошкове отпуштања, с обзиром да би отпуштањем млађег запосленог послодавац био доведен у ситуацију да буде обавезан да врати субвенције које је примио за његово запошљавање у складу са одређеним програмом.

¹⁰⁷⁵ *Soc. 24. septembar 2008, no. 07-42200, bull. civ. 2008, V, no. 178*, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*, стр. 143.

¹⁰⁷⁶ *Soc. 5. oktobar 1999, no. 98-41384*, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*

претходно одобрава инспектор рада. Одобрење таквог отказа, међутим, не преклудира заштићеног запосленог у праву да пред радним судом оспори ваљаност критеријума и њихове примене који су довели до отказа¹⁰⁷⁷, при чему је за оцену примене критеријума надлежна искључиво судска, а никада управна власт¹⁰⁷⁸.

Спорови у вези ваљаности примене критеријума апострофирају се и у *хрватском праву* и исти везују за чињеницу да је законодавац *exempli causa* предвидео одређене социјалне критеријуме које је послодавац дужан узети у обзир код економских отказа, али није определио начин њиховог рангирања и вредновања, као ни могућност имплементације допунских критеријума, већ је то препустио аутономном одлучивању послодавца. Таква регулатива даје могућност судовима да, уважавајући овлашћења послодавца да врши селекцију вишка запослених, преиспитују да ли је послодавац прописане критеријуме заиста размотрио и применио¹⁰⁷⁹. Иако то овлашћење делује на први поглед уско, судови приступају суштинској евалуацији примењених критеријума, а као пример може послужити одлука Врховног суда, којом је оцењено да је послодавац поступио противно законским одредбама о социјалном избору, односно да није правилно применио одредбе о законским критеријумима година живота, сениорату радника и његовим обавезама издржавања, када је дао предност шест година млађем раднику, који је касније почео да ради код послодавца и који је имао нижи степен стручне спреме од радника коме је отказан уговор о раду, само по критеријуму незапослености супруге¹⁰⁸⁰. У хрватској јуриспруденцији је спорно и питање *опсега примене критеријума* и стога узрок значајног броја спорова, будући да не постоји јасан став по питању тога да ли је опсег примене критеријума предузеће у целини, на ком нивоу се по закону израчунава праг за колективно отпуштање, или би то ипак био организациони део у коме се исказује вишак, односно погон (*establishment*) у терминологији комунитарног права. Хрватска јуриспруденција нема конзистентан став по овом питању, тако да се у делу одлука исказује став да се критеријуми морају применити на нивоу послодавца као целине, док се у делу одлука као референтни ниво посматра организациони део на коме се исказује вишак¹⁰⁸¹. Тако, Врховни суд је у једном спору прихватио утврђивање вишка радника на нивоу сваке дислоциране

¹⁰⁷⁷ *Soc. 9. jul 2003, no. 01-40016*, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ *Soc. 10. decembar 2003, no. 01-47147*, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*

¹⁰⁷⁹ VSRH, Revr-443/08 од 26.11.2008. Нав. према: Ж. Потоцњак, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 17.

¹⁰⁸⁰ VSRH, Revr-516/04 од 01.12.2004. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 231.

¹⁰⁸¹ Ж. Потоцњак, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 17, 90; Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 5.

подружнице¹⁰⁸², а такав приступ је често присутан и у споровима против банака које послују на целој територији Хрватске, где Врховни суд прихвата посебно утврђивање вишка за сваку појединачну организациону јединицу¹⁰⁸³. Сасвим супротно, у предмету у коме је вишак запослених утврђиван на нивоу подручне школе, Врховни суд је оценио да је школа послодавац, те да стога у поређење треба укључити све запослене на нивоу школе, а не само оне који раде у подручној школи у којој је настао вишак¹⁰⁸⁴. Слично становиште Врховни суд је заузео у издавачкој кући, оценивши да се социјални избор мора спровести на нивоу свих запослених са истим уговором о раду, а не на нивоу појединачних редакција¹⁰⁸⁵. На овај је начин резонувао и Жупанијски суд у Бјеловару, када је оценио да у случају престанка потребе за радом одређеног броја радника због затварања једног од више градилишта на којима послодавац обавља своју делатност, отказивање уговора о раду радницима који су рад обављали на том градилишту није допуштено (законито) ако послодавац законом прописане критеријуме (радни стаж, животну доб, социјалне прилике) није узео у обзир и применио и на остале своје раднике који послове исте врсте обављају на његовим осталим (незатвореним) градилиштима¹⁰⁸⁶.

Спорови око примене критеријума представљају не само најчешће спорове у вези са решавањима вишка запослених у домаћем праву, већ и основни извор *domaćeg права* по питању примене критеријума, што има своје разлоге у чињеници да закон спомиње критеријуме само на једном месту и не садржи никакву разраду овог важног питања, о чему смо већ детаљно излагали у претходном делу. Како је стога методолошки било неопходно да се већ приликом објашњења појма и битних обележја критеријума за селекцију вишка запослених у домаћем праву обради судска пракса, то ћемо на овом месту, ради избегавања понављања, подсетити да су се најчешћи спорови око примене критеријума јављали у односу на (1) обавезност примене критеријума у ситуацији када послодавац нема обавезу доношења програма решавања вишка запослених, (2) опсега примене критеријума, односно круга запослених и ситуација на које се критеријуми морају применити, (3) начина утврђивања, референтни период мерења и вредновање резултата рада, као основног критеријума у домаћој пословној пракси, (4) питања допуштености тог критеријума

¹⁰⁸² VSRH, Revr-18/05-2 од 09.03.2005. године, нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 90.

¹⁰⁸³ VSRH, Revr-299/07 од 23.05.2007. године, нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁰⁸⁴ VSRH, Revr-611/04-2 од 09.03.2005. године, нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁰⁸⁵ VSRH, Revr-1610/11-2 од 20.06.2012. године, нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*, стр. 17.

¹⁰⁸⁶ Н. Orešić, *op. cit.*, стр. 5.

са аспекта постојања посебног отказног разлога који се односи на способности и остваривање резултата рада од стране запосленог, те (5) допуштености примена других врста критеријума, као што су социјално-економски и критеријум радног стажа.

1.2.4. Пропусти у примени мера за запошљавање

До спорова поводом примена мера за запошљавање најчешће долази уколико се сматра да послодавац није сагледао и предузео све могућности очувања континуитета запосленог, уколико је мере за запошљавање обезбеђивао на основу нетранспарентних и арбитрерних критеријума, као и уколико запослени оцењује да је понуђена мера неадекватна, односно да је постојало и адекватније решење његовог статуса.

Ове врсте спорова се апострофирају као карактеристика *француског права*, будући да пропуст послодавца да размотри или примени све расположиве мере за запошљавање резултира закључком да је отказ дат без стварног и озбиљног разлога. Као што је претходно разматрано, француска судска пракса у својој традицији тумачи веома екстензивно обавезу примене свих расположивих мера за запошљавање које могу спречити отказивање уговора о раду, тако да отказ долази у обзир само уколико је апсолутно и објективно немогуће спровести било какву меру за очување континуитета запослења, што је у прошлости резултирало наметањем сувише тешких обавеза за послодавце, као што су дужност разматрања премештаја запослених на послове и изван граница Француске, као и дужност екстензивне потраге за пословима на које би запослени могли бити премештени, ван граница послодавца или пословне групације којој послодавац припада, већ у било којој компанији са којом је могуће пермутовати све или део запослених, с обзиром на делатност, организацију и подручје деловања компанија. Такође се као спорно јавља питање *критеријума за обезбеђивање мера за запошљавање* у ситуацији када више запослених претендује на мањи број мера, с обзиром да *француски законодавац, за разлику од немачког, није предвидео да се исти критеријуми који служе за селекцију вишка запослених примењују и код обезбеђивања мера за запошљавање*. У тим споровима судови имају овлашћење да процењују оправданост давања приоритета у обезбеђивању мера за запошљавање и на том пољу постоји веома екстензивна пракса. Тако, неће се сматрати повредом једнаког третмана нуђење премештаја на одређене послове

првенствено запосленима који су претходно обављали послове на којима су стекли знања и искуства која их чине квалификованијим за обављање послова који се нуде као мера за запошљавање у односу на друге запослене. Такође се неће сматрати повредом једнаког третмана одредба плана очувања запослења којом се предвиђа да ће постизање оптималног броја запослених најпре бити покушано кроз добровољне одласке запослених из одређених организационих делова, те да ће, тек у случају изостанка потпуног успеха те мере, бити примењене друге мере које су планом отпуштања предвиђене на нивоу целе компаније¹⁰⁸⁷. Неће се сматрати повредом једнаког третмана нити дискриминацијом према старости ни прављење диференцијације с обзиром на различите могућности запослених да према годинама живота остваре права на старосну пензију и друге финансијске и друге погодности из фондова за случај незапослености и других јавних извора. Такође, предмет спорова је и питање *обезбеђивања обуке* која је услов примене неке од мера за запошљавање, с обзиром да услови за обезбеђивање обуке и домаћај обавеза послодавца по том питању нису предмет детаљне законске регулативе. У том контексту, Касациони суд закључује да се не може сматрати да је власник апотеке повредио обавезу да запосленој секретарици директора обезбеди потребну обуку за одржавање запослења кроз премештај на послове фармацеутског техничара или фармацеута, уколико претходно није утврђено да је ова запослена раније стекла потребне квалификације за неки од тих послова¹⁰⁸⁸. С друге стране, обавезу да запосленом обезбеди обуку у циљу задржавања запослења повредио је послодавац који је располагао пословима ниже категорије, који би захтевали само "мању адаптацију", а о томе није обавестио запосленог¹⁰⁸⁹.

Примена мера за запошљавање представља разлог значајног броја спорова у *домаћем праву*, из истих разлога као и у погледу примене критеријума - изостанка законског уређења овог важног питања и присуством превеликог броја правних празнина у свим сегментима примене мера за запошљавање, због чега су, као и код критеријума, правила о мерама за запошљавање у домаћем праву скоро искључиво судског порекла, што је методолошки захтевало обраду судске праксе у претходном делу, те ћемо на овом месту подсетити да се највећи број тих спорова односи на (1) питање обавезности примене мера за запошљавање у ситуацији када не постоји обавеза доношења програма решавања вишка запослених, (2) примене критеријума

¹⁰⁸⁷ M. Blatman, стр. 171.

¹⁰⁸⁸ Soc. 2. juillet 2014, no. 13-13876, bull. civ. 2014, V, no. 165, нав. према: M. Blatman, стр. 162.

¹⁰⁸⁹ Soc. 27. mai 2015, no. 13-18313, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*

приликом обезбеђивања мера за запошљавање, (3) појма одговарајућег посла који је предмет за запошљавање, (4) права на отпремнину у случају обезбеђења мера за запошљавање и (5) поступка реализације мере за запошљавање - рад код другог послодавца.

1.2.5. Повреда права на отпремнину

Приликом анализе правног режима колективних отпуштања у домаћем праву већ је било речи о томе да је ускраћивање права на отпремнину било предмет знатног броја спорова, с обзиром да су послодавци у ситуацији када због лоше економске ситуације прибегавају вишку запослених неретко захтевали од запослених да се одрекну права на отпремнину. С обзиром да је Уставни суд стао на становиште да је питање отпремнина изједначено са правом на правну заштиту од отказа, што је Врховни касациони суд накнадно прихватио, оваквих спорова више скоро да и нема у домаћем праву, већ се спорови углавном своде (1) на погрешан обрачун отпремнина, који се односи или на погрешан обрачун зараде која је основица за обрачун отпремнине или на погрешан обрачун година у радном односу код послодавца, у ситуацији ако је запослени био у одређеном периоду запослен код повезаног правног лица или правног претходника послодавца или, ређе, (2) на питање права на отпремнину у ситуацији када је послодавац запосленом обезбедио меру за запошљавање.

1.2.6. Злоупотреба права у поступку колективног отпуштања

Поступци колективног отпуштања скопчани су са високим ризиком злоупотреба права од стране послодавца, с обзиром да се економске, технолошке, организационе, производне и сличне потребе предузећа у начелу сматрају оправданим разлогом престанка потребе за радом запослених и последичних отказа, тако да постоји нека врста презумпције исправности поступања послодавца. Отуд су послодавци неретко у искушењу да сложене и неизвесне отказне поступке везане за "персоналне" отказне разлоге супституишу "објективним" поступцима колективног отпуштања, тако да запослене, без обзира на стварне разлоге отказа, утврде вишком и отпусте по том основу, чиме се поступак решавања вишка запослених злоупотребљава, јер се користи противно циљу за који је предвиђен. Поред тога,

циљ ових злоупотреба може бити и замена скупљих радника јефтинијим, запослених у радном односу на неодређено време запосленима у радном односу на одређено време, старијих радника млађима, а може бити и последица личних анимозитета.

С друге стране, испитивање евентуалних злоупотреба права од стране послодавца је у самом корену судске заштите од неоправданог отказа и најстарија методологија коју је суд историјски користио у радним споровима, услед чега суд у радном спору поводом колективног отпуштања има право да преиспита да ли је потреба за радом запосленог заиста престала из разлога које је навео послодавац или је престанак потребе фиктиван и усмерен на остваривање других циљева.

Тако, у француској и домаћој јуриспруденцији заузет је став да *континуирано ангажовање радника на одређено време, након отпуштања запослених, представља доказ да је послодавац имао упражњене послове на које је могао да премести запослене у радном односу на неодређено време* којима је отказао уговоре о раду¹⁰⁹⁰. Врховни касациони суд је оценио као злоупотребу и *интерне премештаје других запослених непосредно након отказа на послове које је обављао отпуштени запослени*¹⁰⁹¹. Слично, оцењено је да *континуирано ангажовање извршилаца у флексибилним формама ангажовања пре и после отпуштања запослених, са радним временом које кореспондира радном времену неколико запослених, доказује да послодавац има расположиве послове, те да је отпуштањем запослених у тој ситуацији повредио како обавезу премештаја на друге послове, тако и давања приоритета бившим запосленима приликом нових запошљавања*¹⁰⁹². С друге стране, Врховни касациони суд није толико ригидан по питању постојања радника у флексибилним формама ангажовања (привремени и повремени послови, *staff leasing*) као сметње за отказивање уговора о раду, уколико не раде на истим пословима као и запослени који је добио отказ, тако да не сматра да исказивање вишка запослених у присуству ових категорија радника *a priori* представља злоупотребу права.¹⁰⁹³

У пракси француског Касационог суда заузет је став да је прекршена обавеза лојалности у случају када је одређена компанија извршила *екстерни пријем запослених у време када су у другој компанији у оквиру исте групе планирани откази из економских разлога*¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ Soc. 12. février 1997, no. 95-41694, bull. civ. 1997, V, no. 58, p. 38, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*, стр. 163; Пресуде Врховног касационог суда у предметима Рев2 1140/2014 од 08.07.2015. године; Рев2 1410/2014 од 02.12.2015. године; Рев2 2211/2016 од 29.11.2016. године.

¹⁰⁹¹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 2518/2015 од 19.05.2016. године.

¹⁰⁹² Soc. 1. mars 2000, no. 98-46233, bull. civ. 2000, V, no. 82, нав. према: М. Blatman, *op. cit.* Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 2211/2016 од 29.11.2016. године.

¹⁰⁹³ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Рев2 1005/2016 од 29.03.2017. године; Рев2 2338/2015 од 29.06.2016. године.

¹⁰⁹⁴ Soc. 7. avril 2004, no. 01-44191, bull. civ. 2004, V, no. 114, нав. према: М. Blatman, *op. cit.*, стр. 168.

Слично, у пракси Врховног касационог суда оцењена су као злоупотреба права екстерна запошљавања у време отказа запосленом који поседује исте стручне квалификације као нови запослени¹⁰⁹⁵.

Врховни касациони суд отворено назива злоупотребом права *премештај запосленог на друге послове у време које "гравитира" отказу*, уколико се из околности може закључити да је послодавац планирао укидање тих послова¹⁰⁹⁶.

Флагрантну злоупотребу чини и *послодавац који прогласи вишком запосленог кога по правноснажној судској пресуди треба да врати на рад* јер му је претходно незаконито отказао уговор о раду¹⁰⁹⁷.

Такође, злоупотребу права чини и послодавац који је *запосленог отпустио са послова на које га је претходно незаконито преместио анексом уговора о раду* који је касније поништен¹⁰⁹⁸.

У јуриспруденцији француског Касационог суда заузет је став да се неће сматрати лојалним поступањем *упућивање понуде за премештај на послове за које је предвиђена зарада испод прописане минималне зараде, као ни када послодавац ограничи понуду за премештај само на један посао, који подразумева професионалну и материјалну деградацију запосленог*, а да притом није испитао и демонстрирао немогућност обезбеђења адекватнијих послова¹⁰⁹⁹. Пример те врсте злоупотреба је упућивање понуде за премештај директору одсека за односе са медијима у једној робној кући, на послове продавачице, са 75% нижом зарадом, уколико је послодавац непосредно пре тога запослио у истом департману агента за модне часописе¹¹⁰⁰.

2. Колективни радни спор у вези са колективним отпуштањем

2.1. Појам, предмет и субјекти колективног радног спора

Колективни радни спор се може дефинисати као "врста радног спора који настаје између послодавца или удружења послодавца и синдиката, савета

¹⁰⁹⁵ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Rev2 1863/2016 од 16.03.2017. године.

¹⁰⁹⁶ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Rev2 1934/2016 од 19.07.2017. године; Rev2 1236/2016 од 29.03.2017. године.

¹⁰⁹⁷ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Rev2 917/2015 од 04.11.2015. године од Rev2 2455/2015 30.03.2016. године.

¹⁰⁹⁸ Пресуде Врховног касационог суда у предметима Rev2 1248/2015 од 02.11.2016. године Rev2 906/2016 од 01.03.2017. године.

¹⁰⁹⁹ Soc. 27. decembre 2012, no. 11-21849, bull. civ 2012, V, no. 318, Soc. 13. février 2013, no. 11-21074, F-D, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*

¹¹⁰⁰ Soc. 27. octobre 1998, no. 96-42843, bull. civ 1998, V, no. 458, p. 342, нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 164.

запослених или групе/већине радника, поводом закључивања или примене колективног уговора о раду, примене одредби о колективним правима и обавезама послодаваца и радника, односно њихових асоцијација садржаних у другим општим актима аутономног права (радни споразум, правилник и сл.) и општим актима хетерономног права (закону, уредби и др.)¹¹⁰¹. Колективни радни спор у ужем смислу представља само спор поводом закључивања и примене колективног уговора о раду, док у ширем смислу обухвата и спор поводом примене колективних права запослених (савета запослених) и послодаваца садржаних у другим општим актима хетерономног или аутономног права¹¹⁰².

Проф. Лубарда даје веома илустративан приказ колективних радних спорова, описујући их као "део система плуралистичких индустријских односа", који су "извор нестабилности и неравнотеже у односима социјалних партнера", али су истовремено и "генератор промена и тежњи социјалних партнера да се успостави равнотежа и динамичка стабилност у колективним радним односима, а тиме и хармонија и социјални/радни мир, барем за извесно време," с обзиром да се "на тржишту рада и у колективним радним односима социјално клатно никада трајно не зауставља, јер идеалне и вечите равнотеже нема".¹¹⁰³

Предмет колективног радног спора су колективна права и интереси запослених (услови рада), односно синдиката (синдикална права и слободe), као и колективна права и интереси послодавца, односно удружења послодаваца. *Колективна права запослених* су право на синдикално организовање, право на колективно преговарање, право на партиципацију и право на колективну акцију. *Колективна права послодаваца* су право на колективно преговарање, право на индустријску акцију (локаут) и право на удруживање, при чему право на колективно преговарање и право на индустријску акцију може остварити непосредно и сам послодавац. *Колективни интереси запослених* су "заједнички професионални, економско-социјални и културни интереси који могу бити предмет колективног преговарања или других посебних облика у којима се испољавају индустријски (колективни односи)".¹¹⁰⁴ У ужем смислу, то су само они интереси који се могу јавити током преговарања у циљу закључења колективног уговора, односно његових измена и допуна. Међутим, колективни интереси запослених могу бити предмет колективног радног спора и у случају када је

¹¹⁰¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 922.

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibid.*, стр. 920.

¹¹⁰⁴ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и институције*, *op. cit.*, стр. 37-38.

потребно заштитити шире професионалне и социјално-економске интересе од оних који су предмет колективног преговарања, као на пример, односи савета запослених и послодаваца, као и социјално-економски интереси у вези са социјално-економском политиком владе или радно-социјалном законодавном политиком. *Колективни интереси послодаваца* у ужем смислу "јесу његови интереси који се могу јавити као питање предмета колективног преговарања од нивоа предузећа, преко гранског, до националног (општег) нивоа колективног преговарања"¹¹⁰⁵, док се у ширем смислу могу јавити и по питањима макроекономске и социјалне политике владе, која утиче на његово пословање и односе према запосленима¹¹⁰⁶.

Субјект колективног радног спора на страни запослених је најчешће синдикат, а ређе група запослених (који нису синдикално организовани) и савет запослених. *Синдикат запослених* се може се јавити као субјект колективног радног спора и код правног и код интересног колективног радног спора. Субјект колективног радног спора може бити синдикат који има овлашћење за закључење колективног уговора у складу са националним прописима (најчешће репрезентативни или већински синдикати), али и синдикат који то право није стекао, већ на исто претендује, када до колективног радног спора управо и долази у циљу стицања преговарачких права. С обзиром да право на синдикално организовање обухвата не само право запослених да оснивају синдикате, већ и право синдиката нижег нивоа на удруживање у више облике синдикалног организовања, као субјекти колективног радног спора могу се појавити не само синдикати код послодавца, већ и *федерације и конфедерације синдиката*. *Група запослених* се као субјект колективног радног спора може јавити само изузетно и у појединим правним системима, а признавање тог права у доброј мери зависи од опредељења националног права у погледу тога да ли су колективна радна права изворна синдикална права или су то индивидуална права радника која се колективно остварују. *Савет запослених* може се у правним системима који омогућавају формирање ових савета, јавити као субјект *sui generis* радног спора насталог по питањима која спадају у домен саодлучивања послодавца и савета запослених¹¹⁰⁷.

Субјект колективног радног спора на страни послодавца могу бити послодавац или удружење послодавца. *Послодавац* може бити субјект колективног радног спора који настане између послодавца и синдиката, односно других ентитета који према

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, стр. 40-41.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, стр. 42.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, стр. 28-30.

националном законодавству могу бити субјекти колективног радног спора. *Удружења послодаваца* могу се појавити као субјекти колективног радног спора на гранском (федерације удружења послодаваца) и националном нивоу (конфедерације удружења послодаваца)¹¹⁰⁸.

2.2. Правни и интересни колективни радни спорови

Класификацију колективних радних спорова могуће је извршити с обзиром на различите критеријуме, али се као критеријуми од практичног значаја истичу: предмет спора, сектор у коме се спор јавља, ниво на коме настаје и субјекти спора.

Иако су све наведене класификације од несумњивог теоријског значаја, са аспекта метода за решавање специфичних спорова поводом колективних отпуштања највећи значај има класификација извршена *према предмету спора*, па ћемо истој у наставку посветити посебну пажњу.

Правни колективни радни спор настаје поводом примене или тумачења одредби важећег колективног уговора, у ужем смислу, или поводом примене или тумачења одредби позитивног права (законских и подзаконских) које уређују колективна права запослених или послодаваца, у ширем смислу. Правни колективни радни спор подразумева да једна страна захтева остваривање одређеног права на основу закљученог колективног уговора, а друга страна тај захтев, односно право, оспорава. Уколико ова врста спора настане у примени или тумачењу облигационог дела колективног уговора, легитимација за учешће у овом спору признаје се само потписницима колективног уговора и то је прави колективни радни спор, док у случају настанка спора у примени или тумачењу нормативног дела колективног уговора, сваки запослени који сматра да му је повређено право има легитимацију на покретање спора, али такав ће имати карактер индивидуалног радног спора.¹¹⁰⁹

Интересни колективни радни спор у ужем смислу настаје поводом закључивања, обнављања, ревизије или проширења колективног уговора о раду и подразумева сукоб субјеката колективног радног спора око материјалноправних одредби које треба имплементирати у нови или постојећи уговор о раду, или модификације неких од постојећих одредби колективног уговора¹¹¹⁰ и управо та врста спорова има значај са аспекта колективних отпуштања.

¹¹⁰⁸ *Ibid.*, стр. 32-37.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, стр. 44.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, стр. 45.

Подела на правне и интересне колективне радне спорове, као што је претходно напоменуто, нема само теоријски, већ и позитивноправни и практични значај, посебно са аспекта метода за њихово решавање. Наиме, обе врсте спорова могуће је решавати мирним путем, на начин који субјекти спора изаберу (мирењем, посредовањем или арбитражом). Међутим, решавање колективног радног спора методама индустријске акције (штрајк, пикетинг, бојкот, локаут) се, по преовлађујућем решењу у страним правима, резервише искључиво за интересне колективне радне спорове, мада постоје и системи који дозвољавају примену ових метода и приликом решавања колективних правних спорова (на пример, француско и домаће право). Такође, у одређеном броју законодавстава (на пример, Немачке и Јапана), само правни (а не и интересни) колективни радни спор може бити решаван судским путем,¹¹¹¹ док одређена законодавства признају и могућност судског решавања интересних спорова (на пример, домаће право).

Важно је, а за тему овог рада и посебно интересантно, приметити да између правних и интересних колективних радних спорова није увек могуће повући прецизну линију. Као пример се наводе колективни радни спорови у вези са колективним отпуштањима у јапанском праву. Ово стога што питање колективног отпуштања може бити предмет колективног преговарања, тј. интересног спора, али исто тако може бити и предмет правног колективног спора, уколико радници туже послодавца због злоупотребе права на колективно отпуштање¹¹¹². Ову веома интересантну опсервацију сматрамо у одређеним случајевима применљивом и на претходно анализирана упоредна права, конкретно француско, немачко и италијанско право, којима је установљен правни оквир за утврђивање битних елемената колективног отпуштања колективним уговором или посебним споразумом послодавца са саветом запослених.

2.3. Предмет колективног радног спора у вези са колективним отпуштањем

2.3.1. Повреда права на партиципацију

Међународни и национални радни стандарди промовишу партиципацију представника запослених у виду информисања и консултовања као један од стубова

¹¹¹¹ *Ibid.*, стр. 46-48.

¹¹¹² *Ibid.*, стр. 44-45.

и кључних елемената поступака колективних отпуштања, управо онај квалитет који раздваја колективна отпуштања од индивидуалних отпуштања или збира отказа. Циљ партиципације запослених је да се кроз социјални дијалог размотре све могућности примене мера за запошљавање вишка запослених, као и финансијски пакети и мере подршке успостављању новог запослења за запослене чији су престанци радног односа неизбежни.

Управо ова чињеница ствара ризик настанка колективних радних спорова, с обзиром да се значајна улога дата представницима запослених традиционално интересно супротставља прерогативима управљачке власти послодавца.

Упркос наведеном, статистички подаци указују да су питања затварања предузећа, фабрика или погона и колективна отпуштања с тим у вези, ретко била тема колективних радних спорова, те да је тежиште колективних радних спорова ипак превасходно на зарадама и другим примањима¹¹¹³.

2.3.1.1. Опструкција именована представника запослених

Иако међународним радним стандардима није непосредно потврђена обавеза држава чланица да предвиде механизме избора представника запослених, за државе постоји обавеза да обезбеде информисање и консултовање представника запослених, те да у циљу испуњења тих обавеза уреде начин избора представника запослених које ће послодавац обавестити и консултовати о намераваном колективном отпуштању¹¹¹⁴, са циљем да запосленима преко њихових представника буде обезбеђена партиципација чак и у срединама које нису синдикализоване и где не постоје савети запослених.

Терен за спорове ствара се уколико национални прописи омогућавају послодавцима да опструшу запослене у остваривању права да имају своје представнике у овим поступцима, као што је то био случај у британском праву, о чему сликовито говори раније анализирана пресуда Европског суда правде у спору *Commission versus United Kingdom* (C-383/92 од 8. јуна 1994. године), која упозорава на недопустивост стварања законских могућности послодавцима да искључе представнике запослених из поступка колективних отпуштања.

¹¹¹³ *Ibid*, стр. 40.

¹¹¹⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 425.

2.3.1.2. Повреда права на информисање

Сврха прописивања права на информисање је да се представницима запослених омогући остваривање права на квалитетну дискусију и давање компетентних и сврсисходних предлога у поступку консултовања. У том циљу се међународним радним стандардима предвиђа минимум потребних информација који омогућава поступак консултација, с тим што национални прописи треба да одреде тачну садржину информација, те рокове и начин њиховог достављања.

До повреде права на информисање и следственог спора може доћи поводом неблаговременог или неуредног достављања информација представницима запослених. Врло интересантну превенцију такве врсте спорова предвиђа, видели смо, италијанско право, прописивањем тзв. клаузуле *sanatoria*, која представља елемент колективног уговора којим социјални партнери могу отклонити пропусте у првобитној комуникацији, при чему информације које су пропуштене морају бити специфициране или из садржине колективног уговора мора бити јасно да су биле предмет дискусије¹¹¹⁵.

2.3.1.3. Повреда права на консултовање

Поступак консултовања није уређен међународним радним стандардима, већ је његово уређивање препуштено националним законодавствима, која полазећи од циља консултовања, треба да уреде правила поступања, тако да се представницима запослених омогући равноправно учешће и покуша остварење консензуса по питању методологије колективног отпуштања. Правила тог поступка, видели смо, законом су доста прецизно одређена у француском и италијанском, али нису у немачком праву, где се ефикасност консултовања обезбеђује другим механизмима, којима се послодавци мотивишу да озбиљно преговарају и постигну споразум са саветом запослених.

Без обзира да ли су правила поступка прописана или не, до повреде права на консултовање може доћи различитим врстама опструкције дијалога, превасходно повредом рокова и предвиђених радњи или неспремношћу на стваран и озбиљан дијалог, игнорисањем предлога представника запослених и наметањем ставова послодавца.

¹¹¹⁵ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 263-264.

Повреда права на консултовање веома је строго санкционисана у *немачком праву*. Колективно отпуштање спроведено без омогућавања партиципације савету запослених резултира ништавошћу индивидуалних отказа, с тим што у погледу последица пропуста поступку консултација, како се у литератури истиче, Савезни радни суд тек треба да заузме јасан став¹¹¹⁶. Окончање поступка консултација пре саопштавања отказа запосленом је услов његове законитости. Евентуално спроведене накнадне консултације не могу конвалидирати ништавост отказа¹¹¹⁷.

Строге санкције ове повреде, иако имплицитно, предвиђене су и у *хрватском праву*. Наиме, иако законом није изричито прописана ништавост отказа и свих других одлука послодавца, као последица неспровођења поступка консултовања о колективном вишку радника, у доктрини се овакав закључак изводи аналогном применом општих правила о последицама пропуштања поступка консултовања¹¹¹⁸.

2.3.1.4. Повреда права на саодлучивање

Како право на саодлучивање није типично право у поступцима колективних отпуштања, до ове врсте спорова ће ретко доћи, односно само под претпоставком да је исто признато.

Анализа правног режима колективних отпуштања у посматраним страним правима показује да право на саодлучивање постоји заправо само у *немачком праву*, у ситуацијама када постоји обавеза доношења тзв. *социјалног плана*, који мора бити споразум послодавца и савета запослених. Немачко право није решавање спора по питању социјалног плана препустило случају, већ је предвидело обавезну арбитражу, којом се ови спорови веома ефикасно решавају, а неизвесност исхода арбитраже мотивише стране да поступају тако да до спора ипак не дође.

До специфичног колективног радног спора око индивидуалних права приликом колективног отпуштања може доћи у *немачком праву*, у случају спора између послодавца и савета запослених по питању отказа (а) члановима савета запослених и других органа формираних у складу са Законом о саветима запослених (*Betriebsverfassungsgesetz*), за време мандата и годину дана по његовом истеку, као и (б) члановима који организују изборе за савет запослених и кандидати за избор у савет

¹¹¹⁶ M. Eylert, R. Schinz, *op. cit.*, стр. 206.

¹¹¹⁷ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 130.

¹¹¹⁸ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 91. Ништавост је прописана чланом 150 став 12 хрватског Закона о раду као општа последица пропуста послодавца да консултује радничко веће о важним одлукама по запослене.

запослених, почев од номинације до истека шест месеци почев од дана објављивања резултата избора, будући да је сагласност савета запослених услов за отказивање уговора о раду овим категоријама, дакле постоји право саодлучивања. Спор ће настати уколико се савет запослених успротиви намери послодавца да овим запосленима да ванредни отказ због оперативних потреба предузећа, а како по овом питању постоји право саодлучивања, ако сагласност савета запослених изостане, може је супституисати само радни суд својом одлуком¹¹¹⁹.

До идентичне врсте спора доћи ће и у *хрватском праву*, у случају изостанка сагласности радничког већа на отказе који су условљени сагласношћу тог дела, као и на утврђење вишком запослених који уживају посебну заштиту у вези са трудноћом и родитељским статусом, што су питања у којима радничко веће има право саодлучивања. Уколико радничко веће ускрати сагласност¹¹²⁰, о томе мора писаним путем и образложено обавестити послодавца, а послодавац има право да захтева доношење судске или арбитражне одлуке у хитном поступку, којом ће бити супституисана сагласност синдиката.¹¹²¹, а у хрватској јуриспруденцији је изражено становиште да суд у том поступку не би требало да расправља о допуштености отказа, већ само о томе отказује ли послодавац уговор о раду из неког од законом прописаних разлога, постоји ли евентуално забрана отказивања, те произилази ли из навода и доказа које предлаже послодавац основана сумња да се остварио неки законом предвиђени отказни разлог¹¹²².

2.3.2. Повреда права на синдикално организовање

До ове врсте спорова може доћи само уколико синдикат има одређена права у поступку колективног отпуштања, што у посматраним правима може бити случај у италијанском праву, који су адресати комуникације о колективним отпуштањима, француском праву, где синдикат партиципира паралелно са социјално-економским саветом и у хрватском праву, где синдикат партиципира ако није оформљено радничко веће.

Типични примери настанка таквих спорова могли би бити спречавање оснивања синдиката или непризнавање репрезентативности синдиката од стране

¹¹¹⁹ *Ibid*, стр. 134-135.

¹¹²⁰ ZRHR, чл. 151, ст. 1, т. 4.

¹¹²¹ Zakon o radu, čl. 151, ст. 1, т. 4, 5.

¹¹²² Županijski sud Zagreb, Gžr-433/12 од 08.05.2012. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 80.

послодавца, како би се синдикат онемогућио да учествује у поступку колективног отпуштања.

2.3.3. Повреда права на колективно преговарање

До повреде права на колективно преговарање може доћи у *француском праву*, уколико послодавац одбије да приступи преговорима, односно одбије да конструктивно преговара ради закључења колективног уговора о плану очувања запослења, чији централни део чине мере за запошљавање вишка запослених. Ово се може догодити, будући да послодавац има право да план очувања запослења у одсуству споразума са синдикатом донесе сам, уз консултације са социјално-економским комитетом. Ризик настанка спора француски законодавац је редуковао тиме што је прописао значајно мање надлежности Директората у случају када је план предмет колективног уговора, чиме се послодавац мотивише да преговара са синдикатом, а тиме превенира и ризик настанка спора. Поред тога, до спора може доћи и код преговора око закључења колективног уговора код послодавца, који за свој предмет има утврђивање критеријума за селекцију вишка запослених, тако да ће се законски критеријуми примењивати само у одсуству колективног уговора.

До повреде права на колективно преговарање може доћи и у *италијанском праву*, које предвиђа да се критеријуми и мере за запошљавање вишка запослених, те и други сегменти колективног отпуштања могу уредити колективним уговором. Као начин решавања спора који настане тим поводом, закон је предвидео обавезну медијацију, у случају чијег неуспеха спор може попримити судски епилог.

2.3.4. Повреда права на индустријску акцију

Коначно, у овим поступцима може доћи и до повреде права на индустријску акцију, којом би запослени или синдикати покушали да се успротиве одређеним поступањима послодавца. Типичан спор ове врсте наступио би уколико послодавац једнострано пропише минимум процеса рада на нивоу који обесмишљава ефекте штрајка, што може да се догоди у домаћем праву, с обзиром на изузетно широка овлашћења послодавца по том питању.

Део трећи

ПРЕВЕНЦИЈА РАДНИХ СПОРОВА У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊЕМ ЗАПОСЛЕНИХ

1. Улога колективних радних права у превенцији радних спорова у вези са колективним отпуштањем запослених

1.1. Уводна разматрања

Колективна радна права, непосредно манифестована кроз остваривање права на партиципацију представника запослених, чине саму суштину института колективних отпуштања и демаркациону линију између индивидуалних и колективних отпуштања. Иницијална интенција партиципације запослених у поступцима колективних отпуштања је заштита положаја запослених, тако да су та права превасходно усмерена на тражење начина да се спречи или барем смањи потреба за колективним отпуштањима, односно да се ублаже негативне радно-професионалне и социјално-економске последице отказа. Овако конципирано, право на партиципацију посредно има и превентивну функцију настанку радних спорова, будући да, како истиче проф. Јовановић, "границе управљачке власти послодавца могу да сежу до граница права запослених на партиципацију у одлучивању"¹¹²³, чиме се ствара одређени интересни и правни коректив одлука послодавца, а тиме и смањује маневарски простор за настанак спорова.

Посебан значај колективних радних права у превенцији радних спорова афирмишу и универзални радни стандарди, садржани у Конвенцији МОП бр. 154 о колективном преговарању. Кроз процес дијалога, колективно преговарање може допринети развоју здравих индустријских односа и превенцији скуних радних спорова. *Vice versa*, здрави индустријски односи стварају основу за стварање ефикасног социјалног партнерства, заснованог на узајамном разумевању, поверењу, поштовању и унапређењу балансираног економског и социјалног развоја¹¹²⁴.

¹¹²³ Предраг Јовановић, "Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа", *Радно и социјално право*, vol. XVII, број 1/2013, стр. 44.

¹¹²⁴ International Labour Organization (ILO), "Promoting collective bargaining Convention no. 154", Geneva, 2011, стр. 4.

Важност и снагу колективног преговарања у периодима економских криза и уравнотеженог опоравка потенцира и Пакт о глобалном запошљавању (*A Global Jobs Pact*)¹¹²⁵, усвојен од стране Опште конференције МОП 2009. године, који афирмише "поштовање слободе удруживања, права на организовање и ефикасно признавање права на колективно преговарање, као механизма који омогућавају продуктиван социјални дијалог у периодима повећаних социјалних тензија, како у формалним, тако и у неформалним економијама".

1.2. Право на синдикално организовање

Услов конструктивног колективног преговарања су одговарајуће гаранције слободе удруживања. У том смислу, "оваплоћење" фундаменталних принципа установљених Конвенцијом МОП бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, чини суштинску претпоставку ефикасног остваривања права на колективно преговарање.¹¹²⁶ Према класификацији проф. Јовановића, наведени принципи су: (1) непостојање претходног одобрења за оснивање и придруживање радничким и послодавачким удружењима, (2) обавеза уздржавања јавне власти сваке интервенције којом би се синдикалне слободе ограничавале, (3) право радничких и послодавачких организација да установљавају федерације и конфедерације и да приступају истима и (4) забрана дерогирања права гарантованих Конвенцијом инструментима националних законодавстава¹¹²⁷. Са принципима установљеним Конвенцијом МОП бр. 87 нераскидиво су повезани фундаментални принципи њој комплементарне Конвенције МОП бр. 98 о праву организовања и колективног преговарања, и то: (5) принцип заштите запослених, који подразумева заштиту од дискриминације због синдикалног деловања, (6) принцип социјалног партнерства, који подразумева заштиту радничких и послодавачких удружења од међусобног уплитања у рад и (7) принцип унапређења социјалног дијалога и колективног преговарања, који подразумева предузимање одређених мера, пре свега од стране државе, за унапређивање дијалога и добровољног преговарања¹¹²⁸.

¹¹²⁵ ILO: *Recovering from the crisis: A Global Jobs Pact*, Geneva, 2009, публикација доступна на интернет страници, www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/texts/WCMS_115076/lang-en/index.htm, 07.03.2019., стр. 8.

¹¹²⁶ ILO, "Promoting collective bargaining Convention no. 154", стр. 5.

¹¹²⁷ Предраг Јовановић, "Грађа за колективно радно право Србије", у: *Социјална права и економска криза, Дванаести златиборски правнички дани, Зборник радова са Саветовања правника*, Златибор, 2009, стр. 155.

¹¹²⁸ *Ibid.*, стр. 155-156.

Тек на тако чврстим темељима стичу се услови да се у колективним преговорима једнако "чују" гласови послодаваца и запослених, те да се постигну фер и праведна решења¹¹²⁹.

На сликовит пример проблема у остваривању права на колективно преговарање у одсуству постојања наведених принципа, који показује "како не треба", налази се у британском праву, у коме послодавац има право да слободно одлучи о томе да ли ће да "призна" синдикат, што послодавац манифестује прихватањем да са одређеним синдикатом започне колективне преговоре, о чему се закључује споразум, којим се, по правилу, утврђују питања која могу бити предмет колективних преговора. Притом, сагласно британској *laissez-faire* концепцији индустријских односа, закон не уређује услове, чијим је испуњењем од стране синдиката, послодавац дужан исти да "призна", већ су синдикати традиционално препуштени сами себи, тако да признање обезбеђују средствима аутономне борбе, што се најчешће остварује спровођењем или претњом индустријском акцијом, чији ће ефекат зависити од послодавчеве способности да се одупре штрајку и стању на тржишту рада. Истини за вољу, постоји законска процедура признања када синдикат није у могућности или не жели да признање издејствује путем индустријске акције, с тим што је веома захтевна. Наиме, синдикат ће добити аутоматско признање и тиме легитимацију за колективно преговарање под условом да је у њега учлањено најмање 50% запослених у преговарачкој јединици, а ако то није случај, тада може бити признат само ако је већина запослених у тој јединици, односно најмање 40% запослених са правом гласа, подржала признање у поступку тајног балотирања. Али ту није крај, јер тек тада предстоји преговарање о поступку колективног преговарања, о коме ако се не постигне договор, следи арбитража. Предмет колективних преговора по закону могу бити зараде, радно време и годишњи одмори, док преговори о осталим питањима из радног односа подлежу обостраном пристанку. Ово је резултирало тиме да од 175 захтева за признање, свега у 20 случајева синдикат стекне право на преговоре.¹¹³⁰ Наведене рестрикције су довеле Уједињено Краљевство до тога да се у више наврата нашло на "оптуженичкој клупи" Европског суда правде због ускраћивања запосленима права на партиципацију, при чему се једна осуда непосредно односила и на колективна отпуштања, чувена и већ раније споменута пресуда.

¹¹²⁹ ИО, "Promoting collective bargaining Convention no. 154", стр. 5.

¹¹³⁰ Anne L. Davies, *Perspectives on Labour law*, Cambridge University Press, New York, 2009., стр. 183-184.

1.3. Право на колективно преговарање

1.3.1. Општа разматрања

Колективно преговарање, у смислу Конвенције Међународне организације рада број 154 о колективном преговарању, представља све врсте преговора између послодаваца и/или послодавачких удружења, са једне стране и радничких удружења, са друге стране, који се воде у циљу утврђивања услова рада и запослења и/или уређивања односа између послодаваца и запослених и/или уређења односа између послодаваца или њихових удружења и једног или више радничких удружења¹¹³¹. Надзорна тела МОП стоје на становишту да предмет колективног преговарања могу бити "стандардизовани обрасци индивидуалних уговора о раду, врсте индустријских инструмената о којима ће се преговарати у будућности, зараде, увећања и накнаде зараде, радно време, годишњи одмори, критеријуми за селекцију вишка запослених, покривеност колективним уговором, обезбеђивање услова за рад синдиката у већој мери него што је то законом предвиђено, укључујући и приступ радним местима"¹¹³².

МОП апострофира важност колективног преговарања за запослене, послодавце и њихове организације, истичући као посебну вредност колективних преговора изградњу међусобног поверења, које омогућава наставак дијалога и након окончаних преговора и гарантује поштовање договора, доприносећи тиме избегавању непотребних спорова и индустријске акције¹¹³³. У сваком случају, да би социјални дијалог и колективно преговарање имали своју сврху, потребно је да их карактеришу, како пише проф. Јовановић: "(а) слобода и добровољност, (б) процедура и предвиђени редослед радњи и (в) мотив и циљ ... закључење колективног уговора којим се регулишу услови рада"¹¹³⁴.

Упркос несумњивој важности колективног преговарања, треба приметити да међународним радним стандардима акценат комуникације са представницима запослених није стављен на колективно преговарање, већ на друге облике партиципације, конкретно информисање и консултовање. Стога ни у правним системима у којима су синдикати једини адресати комуникације, њихова функција

¹¹³¹ Конвенција МОП број 154 о колективном преговарању (*Collective Bargaining Convention*, 1981) - у даљем тексту: Конвенција бр. 154, чл. 2.

¹¹³² ИО, *Digest of the Decisions of the Committee of Freedom of Association*, 2006, пар. 913.

¹¹³³ ИО, "Promoting collective bargaining Convention no. 154", стр. 6.

¹¹³⁴ П. Јовановић, "Трага за колективно радно право Србије", *op. cit.*, стр. 156.

није усмерена на колективно преговарање, већ на, како то каже Директива 98/59/ЕС, консултације са циљем постизања договора, што јесте нешто јачи вид консултација, али није колективно преговарање. Отуд, колективни преговори о колективним отпуштањима представљају изузетке од правила (иако постоје, примера ради, у француском и италијанском праву), али зато колективни уговори који на општи начин уређују радне односе могу бити итекако значајни и уређивати различита питања од значаја за колективна отпуштања.

1.3.2. Колективно преговарање на нивоу послодавца

Колективним уговором код послодавца је, у складу са универзалним стандардима, могуће уговорити различита питања која, непосредно или посредно, могу бити релевантна за поступке колективних отпуштања. Питања од непосредног значаја која представљају најчешћи предмет колективног уговора код послодавца (општег или посебног, којим се уређује само конкретно колективно отпуштање) и као таква егзистирају у посматраним страним правима су (1) врсте критеријума за селекцију вишка, рангирање и вредновање критеријума (француско и италијанско право), (2) мере усмерене на спречавање или смањење броја отпуштања, односно ублажавање негативних последица отказа (француско и италијанско право) и (3) ближе одређивање правила поступка консултација са представницима запослених (француско право). С друге стране, у немачком праву не постоји могућност закључивања било каквог колективног уговора код послодавца у поступцима колективног отпуштања, већ је комуникација усмерена искључиво ка саветима запослених, што је у складу са немачком концепцијом о закључивању колективних уговора на гранском нивоу¹¹³⁵.

Веома интересантно, отпремнине нису предмет колективних уговора код послодаваца ни у посматраним правним системима, нити у већини других држава ОЕБС. Према статистичким подацима те организације за 2009. годину, отпремнине су биле предмет колективних уговора код послодаваца само у Аустралији, Новом Зеланду, Канади, Мађарској, Израелу и Словачкој, док у другим државама

¹¹³⁵ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 181. Колективни уговори код послодавца представљају реткост у немачком праву. Према статистичким подацима за 2004. годину, свега 2% предузећа из бивше Западне Немачке и око 4% предузећа из бивше Источне Немачке су имала закључене ове врсте колективних уговора. Ове врсте колективних уговора постоје углавном у бившим државним компанијама које су приватизоване, као на пример, Deutsche Bahn AG, Deutsche Post AG и Deutsche Telekom AG, на које се примењују веома компликовани компанијски и групни колективни уговори. Поред ових, колективни уговори код послодавца инхерентни су сектору телекомуникација, ваздушног саобраћаја, индустрији минералних уља и услужним делатностима.

отпремнине или нису уопште поменуте у колективним уговорима, или су изједначене са законом¹¹³⁶.

Треба приметити да ни у једном од посматраних страних правних система није присутно колективно преговарање о пословним одлукама послодаваца које резултирају колективним отпуштањима, нити је закључивање колективног уговора предвиђено као услов за спровођење колективног отпуштања. Наведено је у складу са становиштем Комитета МОР за слободу удруживања, према коме држава не може наметнути обавезу колективног преговарања, јер би тиме био нарушен основни принцип да преговарање мора бити добровољно. Држава, дакле, мора да обезбеди механизме за колективно преговарање, а на послодавцу и синдикату је да одлуче да ли ће искористити ту могућност.¹¹³⁷ Најефикасније средство за то је нуђење одређених погодности послодавцу који закључи колективни уговор о колективном отпуштању. Тако, у француском праву, план очувања запослења који је предмет колективног уговора подлеже само формалном преиспитивању, тзв. валидацији, док план који је предмет једностраног акта послодавца подлеже тесту "довољности" и сагласности, коју надлежна јавна власт може ускратити. У италијанском праву су, са друге стране, предвиђене различите погодности за послодавца који закључи уговор са синдикатом, у виду фискалних олакшица и субвенционисаних мера за запошљавање.

1.3.3. Колективно преговарање на вишим нивоима

Колективни уговори изнад компанијског, односно на федералном и конфедералном нивоу могу садржати веома важна правила о колективним отпуштањима, подићи ниво гаранција и заштите права запослених у овим поступцима, уредити питања која нису уређена радним законодавством и предвидети обавезност колективног преговарања и/или партиципације запослених код послодавца по важним питањима у вези са поступцима колективних отпуштања, уз истовремено прописивање ефикасних метода решавања спорова до којих дође током тих поступака.

¹¹³⁶ Danielle Venn, *Legislation, collective bargaining and enforcement: updating the OECD employment protection indicators*, 2009, <http://www.oecd.org/employment/emp/43116624.pdf>, 09.06.2017., стр. 16-18.

¹¹³⁷ ILO, *Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee*, 1996, пар. 844–46, 859. Нав. према: A. L. Davies, *op. cit.*, стр. 177.

У том смислу, ови нивои колективног преговарања могу бити важан фактор превенције спорова, с обзиром да већина радних спорова настаје због (1) недовољног обима гаранција и заштите права, (2) постојања правних празнина које воде правној несигурности и могућности злоупотреба и (3) широке могућност једностраног одлучивања на страни послодавца. Стога је значај ових колективних уговора изузетно висок у ситуацијама синдикалног опадања и недовољне моћи и ауторитета "кућних" синдиката да кроз колективне уговоре на нивоу послодавца издејствују повољнија и јаснија решења од законских. Добар пример значаја гранског преговарања је економска криза у САД са почетка осамдесетих година прошлог века, која је резултирала интензивирањем процеса рада уз истовремено ограничавање надница и угрозила социјални мир. У тој ситуацији, синдикати су се интегрисали на гранском нивоу и са те позиције наступили у преговорима са послодавачким удружењима, што је преговорима дало сасвим нову тежину у односу на преговоре на нивоу компаније, где је моћ синдиката знатно мања. Предмет колективног преговарања обogaћен је новим питањима, која су се до тада сматрала неприкосновеном интересном сфером послодавца, као што су информисање и консултовање запослених о пословним плановима, партиципација у одлучивању и у профиту, што је све заједно довело до побољшања положаја запослених и стабилизације социјалног мира, а тиме посредно и превенције радних спорова у вези са нужним реструктурирањима.¹¹³⁸

Добри примери гранских и националног колективног уговора постојали и у домаћем праву, у периоду од 2007. до 2014. године. Наиме, у периоду од 2008. до 2011. године био је на снази Општи колективни уговор¹¹³⁹ и низ гранских колективних уговора закључених у различитим секторима индустрије¹¹⁴⁰, који су садржали посебне одредбе о вишковима запослених, при чему су Општи колективни уговор и неколико гранских садржали (1) детаљно разређене одредбе о врстама и начину примене критеријума, надоместивши тиме правну празнину у закону и искључивши могућност послодавца да програмом решавања вишка запослених одређује критеријуме по сопственом нахођењу, (2) заштићеним

¹¹³⁸ Предраг Јовановић, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога", *Право и привреда*, 7-9/2010, стр. 430.

¹¹³⁹ Општи колективни уговор - ОКУ ("Сл. гласник РС", бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 - Анекс II).

¹¹⁴⁰ Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 11/2011 и 50/2011 - Анекс I), Посебан колективни уговор за делатности угоститељства и туризма Србије ("Сл. гласник РС", бр. 74/2007), Посебан колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Сл. гласник РС", бр. 1/2011 и 103/2011 - Анекс I), Посебан колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Сл. гласник РС", бр. 15/2012) и Посебан колективни уговор за хемију и неметале Србије ("Сл. гласник РС", бр. 103/2011).

категоријама од колективних отпуштања које нису предвиђене законом, (3) виши износ отпремнина у односу на законски минимум, као и (4) механизме одржавања социјалног дијалога, као и врсте информација које је послодавац дужан да доставља синдикатима. Посебна вредност ових колективних уговора била је у томе што им је дато проширено дејство, тако да су се примењивали и на запослене код послодаваца који нису били чланови послодавачких удружења која су те колективне уговоре закључила.

1.3.4. Улога права на колективно преговарање у превенцији радних спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву

У Србији постоји криза колективног преговарања, о чему илустративно говори чињеница да је претходно поменути Општи колективни уговор јако дуго преговаран¹¹⁴¹, те да након његовог истека у Републици Србији није закључен нови колективни уговор. Грански колективни уговори су, са друге стране, обновљени, са истим или мањим обимом обавеза по послодавце, али нису добили проширено дејство, што значи да се примењују само на запослене код послодаваца који су учлањени у Унију послодаваца, као једино репрезентативно послодавачко удружење у Републици Србији, из кога се током протеклих година ишчланио велики број великих и средњих послодаваца.

Колективно преговарање код послодаваца је такође на незавидном нивоу. Проф. Јовановић издваја три разлога за то стање: (1) непостојање респектованог синдиката, (2) објективну немогућност значајног броја послодаваца да испоштују чак и права утврђена законом, што искључује спремност за закључивање колективних уговора који се закључују по принципу *in favorem laboratoris* и (3) законску могућност послодавца да избегне закључење колективног уговора и радне односе уреди правилником о раду.¹¹⁴²

Према незваничним информацијама из министарства надлежног за рад, у чијој је надлежности до законских измена из 2014. године било одлучивање о проширеном дејству колективних уговора и изузећу од проширеног дејства, захтеве за изузеће од примене Посебног уговора за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и пољопривреде Србије, закључен 2011. године, поднело је око

¹¹⁴¹ П. Јовановић, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога", *op. cit.*, стр. 431.

¹¹⁴² *Ibid.*, стр. 431-432.

70% предузећа из тог сектора, што представља јасну потврду констатације о објективној немогућности већине послодаваца да прихвати већи обим обавеза од минималног законом прописаног. Међутим, чак и у ситуацији када послодавац има објективних могућности за испуњавање већег нивоа обавеза, често постоји неспремност послодаваца да прихвате било какве озбиљније обавезе преко законом прописаног минимума. Таквом поступању дефинитивно иде на руку законско решење, које омогућава послодавцу да права, обавезе и одговорности уреди правилником о раду увек када (1) код послодавца није основан синдикат или ниједан синдикат не испуњава услове репрезентативности или није закључен споразум о удруживању у складу са овим законом; (2) ниједан учесник колективног уговора не покрене иницијативу за почетак преговора ради закључивања колективног уговора; (3) учесници колективног уговора не постигну сагласност за закључивање колективног уговора у року од 60 дана од дана започињања преговора; (4) синдикат, у року од 15 дана од дана достављања позива за почетак преговора за закључивање колективног уговора, не прихвати иницијативу послодавца. Једина законом постављена граница састоји се у томе што послодавац који одбије иницијативу синдиката за закључење колективног уговора, не може радне односе да уреди правилником о раду. С друге стране, неуспешни преговори немају никакве правне последице по послодавца, будући да је дужан да настави преговоре са синдикатом "у доброј вери"¹¹⁴³, што је стандард понашања, који без прецизирања свог значења и одређене санкције ништа не значи и не доприноси унапређењу колективног преговарања.

Према томе, иако на први поглед може деловати да су у Републици Србији створени услови за колективно преговарање, с обзиром да (1) је слобода синдикалног организовања и удруживања Уставом гарантована на начин да не подлеже апсолутно никаквим ограничењима и сагласностима, већ искључиво регистрацији код министарства надлежног за рад¹¹⁴⁴, тако да синдикат може основати и само један запослени, (2) закон прописује релативно ниску границу репрезентативности која даје синдикату активну легитимацију за иницирање преговора и закључење колективног уговора, која износи 15% од укупног броја запослених за преговоре на нивоу послодавца и на нивоу гране/индустрије, а 10% од укупног броја запослених за колективне преговоре на националном нивоу¹¹⁴⁵, при

¹¹⁴³ ЗР, чл. 3, ст. 2-4.

¹¹⁴⁴ Устав Републике Србије - УРС ("Сл. гласник РС", бр. 98/2006), чл. 55; ЗР, чл. 206.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, чл. 219, 220.

чему се узимају у обзир само лица у радном односу, што снижава праг за репрезентативност с обзиром на инфлацију флексибилних форми запошљавања код домаћих послодаваца, те да (3) предмет колективног уговора могу бити сва права, обавезе и одговорности из радног односа, дакле интегрално уређење индивидуалних и колективних радних односа, домаћи законодавац ипак није обезбедио ефикасне механизме за подстицање колективних преговора. Наиме, у ситуацији када социјални дијалог, без кога колективно преговарање не може да функционише¹¹⁴⁶, није на задовољавајућем нивоу, постојеће законско решење се пре може назвати *слободом колективног преговарања него правом на колективно преговарање*, будући да је реализација колективног преговарања условљена постојањем добре воље обе стране, пре свега послодавца, без икаквих последица изостанка спремности на договор.

У таквим околностима, на законодавцу лежи одговорност да, у складу са универзалним радним стандардима, обезбеди механизме за подстицај колективног преговарања. На то домаћег законодавца обавезује и Ревидирана европска социјална повеља, која предвиђа обавезу држава чланица да "обезбеде, када је то неопходно и одговарајуће, механизме добровољних преговора између послодаваца и запослених и њихових организација, са циљем уређивања услова рада и запослења путем колективних уговора"¹¹⁴⁷. Наравно, уважавајући, чињеницу да преговарање мора бити добровољно, што апострофирају и надзорна тела МОП, не очекује се од законодавца да намеће обавезу колективног преговарања, али је неопходно успоставити механизме који би, по принципу "штапа и шаргарепе", дали подстицај дијалогу, а примера добре праксе за то се може наћи у страним правима. Најдрастичнија санкција незакључивања колективног уговора могла би бити ускраћивање могућности регулисања радних односа путем правилника о раду, тако да у одсуству колективног уговора радни односи могу бити уређени само индивидуалним уговорима о раду. С друге стране, у теорији се истиче да правилник о раду, са свим својим дефицитима, ипак обезбеђује минимум транспарентности и уједначавање положаја запослених, због чега би његово укидање могло нанети запосленима више штете но користи, па се стога предлаже стимулисање арбитраже у случају немогућности постизања сагласности међу учесницима колективних уговора, како би се створили услови да дође до закључења колективног уговора¹¹⁴⁸.

¹¹⁴⁶ Више о кризи социјалног дијалога у: П. Јовановић, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога".

¹¹⁴⁷ РЕСП, чл. 6.

¹¹⁴⁸ П. Јовановић, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога", *оп. cit.*, стр. 436.

У том контексту, сматрамо да је кључно важно да, без ускраћивања права на доношење правилника о раду, послодавцима буде ускраћена могућност да одређена питања уређују самостално (као што је то, на пример, случај са обавезом доношења социјалног плана у немачком праву или са увођењем прерасподеле радног времена у трајању дужем од шест месеци у домаћем праву), тако да у случају непостизања споразума по тим питањима, уколико послодавац жели да спроведе одређене одлуке, решава обавезна арбитража. С друге стране, како репресивне мере воде покушају избегавања наметнутих обавеза, послодавцима треба дати и одређене подстицаје за случај постизања колективног уговора, превасходно: (1) сигурнији правни положај у случају судског спора, што представља прави пример превентивног деловања колективног преговарања, (2) могућност одступања од законских норми само колективним уговорима, при чему треба размотрити и евентуално допуштање *in peius* изузетака, уколико социјални партнери процене обострани интерес за одређеним уступцима у склопу решавања комплекснијих питања (3) фискалне олакшице за одређена давања, као и (4) државне субвенције за финансирање дела отпремнина или обуке запослених коју би организовао послодавац, те свакако *de lege ferenda* треба преиспитати реалне могућности имплементације неких од наведених или других прихватљивих решења.

Тек оваквим унапређењем механизма колективних преговарања могао би се колективни уговор сматрати ефикасним средством превенције радних спорова у домаћем праву. До тада, на жалост, сматрамо да нема афирмативног одговора на то питање.

1.4. Право на партиципацију

1.4.1. Општа разматрања

Право на партиципацију представља најмање колективно право запослених, настало као последица развоја колективног радног права и индустријске/партиципативне демократије¹¹⁴⁹. Сам израз "партиципативна демократија", према становишту МОП, обухвата велики број различитих модела, чији циљеви и технике обезбеђивања учешћа запослених представљају правни пут за превенцију могућих спорова на нивоу предузећа, путем заједничких напора и

¹¹⁴⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1065.

узајамног разумевања, дистрибуцијом и разменом што објективнијих и комплетнијих информација о различитим аспектима живота у предузећу и социјалним условима запослених¹¹⁵⁰.

Право на партиципацију запослених у одлучивању¹¹⁵¹ представља изузетно комплексан правни појам, који обухвата различите врсте интересног и правног утицаја запослених на одлуке које доноси послодавац вршећи своја легитимна управљачка овлашћења. У правној теорији се ово право класификује у његовом ширем и ужем значењу. Шире посматрано, право на партиципацију обухвата: (1) право на информисање и консултовање, (2) право на преговарање (саодлучивање) и (3) право представљања запослених у органима послодавца (надзорним и управним одборима предузећа). У ужем смислу, право на партиципацију обухвата само институционалне форме учешћа запослених, односно право на учешће представника запослених у надзорном или управном одбору послодавца и право да се препоручи или успротиви именовану неког или свих чланова надзорног и управног одбора.¹¹⁵²

Партиципација запослених у управљају има своју (1) својинску подлогу, опредељену власништвом запослених над сопственом радном снагом, (2) интересну подлогу, опредељену заинтересованошћу запослених да партиципацијом у управљању унапреде свој положај и социјално-политичку подлогу, садржану у најширим друштвеним захтевима за унапређење индустријске демократије¹¹⁵³. У прилог партиципацији запослених истичу се (1) економски разлози, са аргументацијом да партиципација стимулише продуктивност предузећа, (2) радно-социјални разлози, са аргументацијом да иста превенира индустријске конфликте и (3) психолошки разлози, са аргументацијом да се партиципацијом потврђује достојанство на раду и подстиче лојалност запослених послодавцу¹¹⁵⁴. С друге стране, на рачун партиципације се стављају и замерке, које се од стране послодавца објашњавају недовољном компетентношћу представника запослених за разматрање комплексних питања одлучивања предузећем, али и од стране синдиката, посебно у

¹¹⁵⁰ Bruno Veneziani, "The Right to Information and Consultation", у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (ур.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 386-387.

¹¹⁵¹ Термин партиципација, како истиче проф. Лубарда, представља често коришћен термин у различитим значењима, облицима и контекстима колективног радног права, а најчешће у три основна значења: (1) партиципација запослених у одлучивању, (2) партиципација запослених у расподели добити, односно резултатима предузећа и (3) партиципација запослених у својини - радничко акционарство. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*

¹¹⁵² *Ibid.*; П. Јовановић, "Грађа за колективно радно право Србије", *оп. cit.*, стр. 148-149.

¹¹⁵³ Предраг Јовановић, "Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа", *оп. cit.*, стр. 44-45.

¹¹⁵⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1073-1075.

моделима тзв. "дуалног система", где право на партиципацију паралелно остварују синдикати и друге институционализоване форме представљања запослених, оличене у виду савета запослених у Немачкој или социјално-економских савета у Француској, будући да синдикати савете запослених доживљавају као својеврсну конкуренцију и у том смислу упозоравају да партиципација нарушава солидарност запослених и подстиче фрагментацију у синдикалном покрету¹¹⁵⁵.

Право на партиципацију запослених у управљању је, експлицитно или имплицитно, признато универзалним и европским радним стандардима, а као што смо већ видели, право на партиципацију у виду информисања и консултовања представља саму суштину и основ установљавања института колективног отпуштања, које га разликује од низа "обичних" отказа детерминисаних економским и другим разлозима.

1.4.2. Право на информисање и консултовање

Право на информисање и консултовање, у садржини одређеној међународним и посматраним страним правним изворима којима је уређен правни режим колективних отпуштања, има непосредну вредност у превенцији радних спорова у вези са тим поступцима, будући да се кроз обезбеђивање пуне информисаности представника запослених о разлозима и планираном поступку колективних отпуштања, те омогућавање конструктивне двосмерне дискусије о томе и заједнички покушај да се одлуке послодавца коригују у интересном и правном смислу, доприноси томе да се поступак одвија у законским оквирима и са што мање негативних последица по запослене, чиме се ствара атмосфера у којој се превенирају тензије које могу довести до спорова. Значај овог поступка на превенцију радних спорова посебно је апострофиран у италијанском праву, у коме су предмет консултација и сами разлози колективних отпуштања, а квалитет социјалног дијалога се стимулише непосредним учешћем државног апарата у изналажењу могућих решења, уколико социјални партнери у првој фази разговора не дођу до решења, као и учешћем експерта, који синдикат може ангажовати о трошку послодавца, са циљем компетентног сагледавања свих кључних аспеката¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, *op. cit.*, стр. 1075-1079.

¹¹⁵⁶ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 258.

Ипак, овај вид *ad hoc* партиципације запослених не треба прецењивати, јер послодавац, у зависности од својих пословних циљева, може игнорисати ставове представника запослених, односно учествовати у консултацијама о колективним отпуштањима само формално, без стварне жеље за конструктивном дискусијом. Штавише, неки правни теоретичари изражавају сумње у вредност консултација у којима није обезбеђено учешће синдиката, јер таквом виду консултација недостаје једнакост преговарачких снага, будући да се представници запослених налазе у инфериорнијем положају у односу на послодавца¹¹⁵⁷.

У том смислу, као додатна подршка превенцији спорова несумњиву вредност има успостављање механизма редовног информисања и консултовања представника запослених, којима се успоставља континуирани социјални дијалог, било као надградња колективног преговарања или нека врста његове алтернативе¹¹⁵⁸, која води успостављању међусобног поверења и сасвим извесно превенира ризик настанка спорова у турбулентним процесима реструктурирања. Овај вид партиципације запослених промовисан је на нивоу Савета Европе Ревидираном европском социјалном повељом, која обавезује државе чланице на успостављање одговарајућег правног оквира који ће запосленима омогућити: (1) да буду редовно или у одговарајућем тренутку информисани на разумљив начин о економској и финансијској ситуацији у предузећу које их запошљава, при чему се подразумева да откривање одређених информација које би могле бити штетне по предузеће може да се ускрати или сматра поверљивим и (2) 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 предузећу¹¹⁵⁹. Дакле, важност обавезе послодавца да доприноси демократизацији односа у предузећу нарочито је наглашена у односу на мере које могу имати значајан утицај на радне односе у предузећу, као што су сва реструктурирања предузећа и фабрика, нове врсте организације рада запослених, преноси делова предузећа, спајања или поделе предузећа, као и географска измештања организационих делова предузећа, при чему треба имати у виду све могуће утицаје на услове запослења, укључујући индивидуалне отказе, погоршавање услова рада запослених и атипичне форме ангажовања¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ Anne L. Davies, *op. cit.*, стр. 178.

¹¹⁵⁸ П. Јовановић, "Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа", *op. cit.*, стр. 45.

¹¹⁵⁹ РЕСП, чл. 21.

¹¹⁶⁰ B. Veneziani, "The Right to Information and Consultation", *op. cit.*, стр. 386-387.

До пуне афирмације права на информисање и консултовање дошло је и на комунитарном нивоу, потврђивањем овог права Повељом о основним социјалним правима запослених из 1989. године (чл. 17)¹¹⁶¹ и Повељом о фундаменталним правима из 2000. године (чл. 27), као и усвајањем низа директива у различитим областима, почев од *ratione materiae* директива о колективним отпуштањима и преносу предузећа, до директива чији су непосредан предмет савети запослених, превасходно: Директиве 2009/38/ЕС о оснивању Европског савета запослених или поступку у предузећима или групама предузећа европских димензија у сврху информисања и консултовања запослених, чији је циљ подстицај ефикаснијег и сврсисходнијег дијалога кроз информисање, консултовање и институционалну партиципацију, као и Директиве 2002/14/ЕЗ о општем правном оквиру за информисање и консултовање запослених у Европској унији¹¹⁶², која предвиђа да предузећа са најмање 50 запослених или организационе јединице (зависна друштва) са најмање 20 запослених, имају обавезу да информишу и консултују представнике запослених (савет запослених или синдикат) о питањима од значаја за економски развој, запошљавање, као и приликом доношења одлука о промени у организацији рада или уговорним (радним) односима.¹¹⁶³

Право информисања и консултовања посебно долази до изражаја у француском и немачком праву, где је институционализованим формама представљања запослених (социјално-економски савети, односно савети запослених) признат изузетно висок обим ових права у сфери економских и социјалних одлука послодаваца, коме кореспондира обавеза послодаваца да представницима запослених редовно подносе извештаје о плановима предузећа, економској и финансијској ситуацији у предузећу, те социјалној политици предузећа и условима запослења¹¹⁶⁴, што несумњиво доприноси успостављању континуираног социјалног дијалога и избегавања ситуација у којима ће одређене одлуке менаџмента бити "гром из ведре неба" и тиме повод тензија и спорова.

У правној теорији се износе схватања да право на информисање и консултовање нису само фундаментална социјална права новије генерације¹¹⁶⁵, већ

¹¹⁶¹ Слично РЕСП, Повеља о основним социјалним правима запослених у ЕУ посебно указује да је неопходно обезбедити партиципацију запослених у случају: (1) увођења технолошких промена у предузећу које, са аспекта услова и организације рада, имају значајне импликације на радну снагу, (2) реструктурирања предузећа или спајања и (3) колективних отпуштања.

¹¹⁶² V. Veneziani, "The Right to Information and Consultation", *op. cit.*, стр. 382-384.

¹¹⁶³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1082.

¹¹⁶⁴ Опширније у : Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 260-263; M. Weiss, M. Schmidt, 236-242.

¹¹⁶⁵ V. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 325.

да се могу квалификовати и као фундаментална људска права и у том погледу се указује на ставове надзорних тела МОР, који подсећају на блиску везу између права на окупљање и удруживање и права на "слободне и отворене" консултације у складу са принципима аутономије странака, као и да је, према становишту Европског суда за људска права, "есенцијални садржај" слободе изражавања "слобода да се чује глас у одбрани заштите интереса запослених"¹¹⁶⁶.

1.4.3. Право на саодлучивање

Под правом на саодлучивање могу се подразумевати два модела: (1) право представничког тела запослених (савета запослених) да о одређеним питањима одлучује заједно са послодавцем и (2) право представника запослених да, као чланови управе предузећа, пуноправно одлучују са представницима послодавца, што представља партиципацију у ужем смислу или тзв. "пуну партиципацију"¹¹⁶⁷.

Први модел је карактеристика немачког права, у коме је по одређеним социјалним питањима установљено право саодлучивања у корист савета запослених, које савету даје у тој сфери једнако право гласа, што значи и право вета на предлоге послодавца са којима није сагласан. Последица установљавања овог права је то да одлуке које су предмет саодлучивања нису у искључивој ингеренцији менаџмента, те да би стога једнострано донете одлуке послодавца биле сматране аутоматски незаконитим. Стога, у случају непостизања сагласности о питањима која су предмет саодлучивања, стране могу одустати од иницијативе или затражити доношење арбитражне одлуке.¹¹⁶⁸

Иако би ова врста саодлучивања о колективним отпуштањима, извесно представљала најефикаснији метод превенције радних спорова, иста није типична за поступке колективних отпуштања, с обзиром на уверење да се послодавцу ипак мора оставити простор у доношењу одлука од значаја за конкурентност или опстанак предузећа, у ком циљу су границе његових овлашћења међународним стандардима омеђене обавезама информисања и консултовања представника запослених, остављањем могућности послодавцу да, уваживши принцип *audiatur et altera pars*, ипак на крају поступи на начин који сматра неопходним или целисходним. Изузетно, право саодлучивања је установљено у корист немачких савета запослених

¹¹⁶⁶ B. Veneziani, "The Right to Information and Consultation", *op. cit.*, стр. 384.

¹¹⁶⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1066.

¹¹⁶⁸ M. Weiss, M. Schmidt, стр. 236.

и у сфери колективних отпуштања, у случају одлуке послодавца о тзв. суштинским променама у погону које се рефлектују на одређени начин на радно-социјални положај запослених и које погађају велики број запослених, виши од уобичајеног прага за квалификацију колективног отпуштања, када послодавац не може приступити отпуштањима без доношења социјалног плана, где савет запослених има право саодлучивања, а у случају изостанка консензуса, свака страна може захтевати обавезну арбитражу.

Друга врста саодлучивања, која подразумева саодлучивање представника запослених у органима управљања предузећа (управним и надзорним одредбама), не подразумева преговоре менаџмента и представника запослених у капацитету преговарача, већ се партиципација одвија гласањем о одређеним питањима у оквиру органа управљања предузећем. Овај вид партиципације представника запослених условљен је организацијом управе привредног друштва, тако да је типичан за правне системе који познају дуалну структуру управе, односно надзорни и управни одбор (на пример, немачко, данско, шведско, ирско, мађарско право), док у правним системима у којима је прихваћен монистички концепт организације управе (на пример, у Великој Британији, САД, Француској) нема учешћа представника запослених у управи¹¹⁶⁹. Сличан вид партиципације предвиђа и Директива 2001/86/ЕС о партиципацији у управи европског друштва. Овај вид партиципације карактерише равноправност представника запослених са члановима управе који су именовани од стране капитала, али су они ипак мањински чланови (са изузетком одређених категорија великих немачких компанија у сектору рударства и индустрије, уређених посебним законима, у којима је предвиђена паритетна заступљеност)¹¹⁷⁰, тако да њихово учешће у овим органима обезбеђује добру информисаност и одређену консултативну улогу, али не и (са)одлучујући утицај на одлуке послодавца. Стога се може закључити да ова врста саодлучивања нема много већи капацитет у превенцији настанка спорова од права на консултовање и да се не може поредити са претходно поменутиим моделом саодлучивања у немачком праву.

¹¹⁶⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1099.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, стр. 1098-1107.

1.4.4. Значај партиципације запослених за превенцију спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву

Право на партиципацију у Републици Србији постоји у крајње рудиментарном облику са два аспекта: (1) објективног - број питања у којима је омогућена партиципација је веома ограничен и (2) субјективног - право на партиципацију имају искључиво синдикати.

Иако формално декларише право на партиципацију, прописујући да запослени непосредно, односно преко својих представника, имају право на удруживање, учешће у преговорима за закључивање колективних уговора, мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова, консултовање, информисање и изражавање својих ставова о битним питањима у области рада¹¹⁷¹, домаћи законодавац акценат ставља на колективно преговарање, док партиципација остаје "у запећку".

Сходно томе, право на партиципацију у виду информисања и консултовања постоји искључиво (1) код решавања вишка запослених¹¹⁷², (2) код промене послодавца и статусних промена¹¹⁷³, (3) код увођења ноћног рада¹¹⁷⁴ и (4) по питањима безбедности и здравља на раду¹¹⁷⁵.

Отуда, право на партиципацију у поступцима решавања вишка запослених је ограничено на (1) информисање репрезентативних синдиката о елементима који чине садржину предлога програма решавања вишка запослених, дакле разлозима престанка потребе за радом запослених, броју и структури запослених вишка запослених и пословима које обављају, критеријумима за селекцију вишка запослених, мерама за запошљавање, средствима за решавање социјално-економског положаја запослених и динамиком отказа и (2) давање мишљења о предлогу програма у року од 15 дана од пријема истог, под претњом пропуштања.

О свим дефицитима овог вида партиципације запослених већ је детаљно излагано у анализи правног режима колективних отпуштања у домаћем праву, те ћемо на овом месту констатовати да исти нема никакав капацитет да превенира спорове у вези са вишковима запослених, јер синдикати примају прве информације

¹¹⁷¹ ЗР, чл. 13, ст. 1.

¹¹⁷² *Ibid.*, чл. 155, 156.

¹¹⁷³ *Ibid.*, чл. 151.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, чл. 62.

¹¹⁷⁵ Закон о безбедности и здрављу на раду ("Сл. гласник РС", бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 - др. закон).

о престанку потребе за радом запослених у тренутку када је послодавац већ донео одлуку о увођењу технолошких, економских или организационих промена које су разлог престанка потребе за радом запослених и, по правилу, у моменту када је послодавац већ и изменио акт о систематизацији, којим је укинуо послове или смањио број извршилаца на пословима које обављају запослени обухваћени предлогом програма. Не постоји никакав правни оквир који би обавезивао послодавца да континуирано и благовремено обавештава синдикате о одлукама о реструктурирању предузећа, будући да закон на генералан начин прописује да "синдикат има право да буде обавештен од стране послодавца о економским и радно-социјалним питањима од значаја за положај запослених, односно чланова синдиката", што без временске, начинске и квалитативне одреднице представља декларацију, а не конкретно право синдиката. У том смислу, достављање информација у моменту када је коначна одлука послодавца већ донета и синдикат треба да се изјасни о готовом акту, при чему нема правни механизам да од послодавца захтева ни одржавање састанка ради размене мишљења, не омогућава никакав дијалог, чиме се синдикати стављају у ситуацију да дају, углавном негативно, мишљење на "*take it or leave it*" предлог програма, које послодавци углавном игноришу и настављају са поступком, остављајући незадовољне синдикате да охрабрују запослене у њиховој намери да своја права остваре пред судом. Ситуација је још драматичнија код послодавца код којих нема репрезентативних синдиката, будући да запослени могу бити доведени у ситуацију да до пријема решења о отказу не знају да је спроведен поступак решавања вишка запослених, што вишеструко повећава шансе за покретање судског спора.

Поред предметног ограничења партиципативних права, оно је и субјективно ограничено на синдикате, код вишка запослених искључиво репрезентативне, што је, као што је већ било речи у анализи правног режима колективних отпуштања у домаћем праву, у супротности са међународним радним стандардима, који као императив постављају избор макар и *ad hoc* представника запослених, којима ће послодавац бити дужан да адресира комуникацију и преко којих ће глас запослених моћи да се чује.

Са друге стране, Закон о раду је предвидео могућност оснивања савета запослених код послодавца који има више од 50 запослених, са надлежностима да даје мишљење и учествује у одлучивању о економским и социјалним правима запослених, али је оснивање и механизме деловања савета запослених условио

доношењем посебног или изменама и допунама неког од постојећих закона¹¹⁷⁶. Сходно томе, у домаћем праву не постоји правни оквир за конституисање савета запослених, који би био субјекат права партиципације.

Криза колективног преговарања у Републици Србији праћена овако оскудним партиципативним правима свакако не може имати ни функцију превенције незаконитих отказа, нити превентивну функцију у настанка спорова, што није у интересу ни запослених, који могу неоправдано остати без посла, ни послодавца, који се непотребно могу изложити високим трошковима незаконитог отказа. Стога смо мишљења да је *de lege ferenda* неопходно размотрити потребне законске интервенције у правцу креирања услова за (1) оснивање савета запослених, (2) одређивање јасног делокруга њихове надлежности и (3) утврђивање механизма комуникације, уз (4) пружање одређеног нивоа заштите овлашћених чланова савета запослених од проглашавања вишком запослених или негативних измена уговора о раду, како би се створила институционална форма која би могла да буде субјект редовног информисања о важним економско-социјалним питањима и консултација о импликацијама реструктурирања и других околности од значаја за услове рада и запослења, као и адресат комуникације у поступцима решавања вишка запослених у несиндикализованим срединама.

2. Поступак колективног отпуштања

2.1. Приговор на листе запослених обухваћених колективним отпуштањем

Ова врста механизма постоји у *немачком праву*, а препоручена је и универзалним радним стандардима садржаним у Препоруци МОП бр. 130 о поступцима испитивања приговора из 1967. године. Ипак, како се у литератури истиче, нема нарочити значај¹¹⁷⁷, што није необично, с обзиром да немачко право прописује веома комплексну отказну процедуру, уз активну партиципацију савета запослених.

Уколико запослени сматра да је отказ социјално неоправдан или недопуштен из других разлога, он има могућност тражења заштите код послодавца, подношењем приговора против отказа (*Kündigungseinspruch*) савету запослених, у року од седам дана

¹¹⁷⁶ ЗР, чл. 205.

¹¹⁷⁷ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 414.

по пријему решења о отказу, с тим што тај рок није преклузиван уколико савет запослених оцени да треба реаговати. Уколико савет запослених оцени приговор оправданим, може покушати да постигне споразум са послодавцем (*Verständigung*), а тај споразум може садржати одлуку о повлачењу отказа, продужењу отказног рока, накнади штете и слично. Савет запослених нема у том поступку улогу пуномоћника запосленог за престанак на споразум у име запосленог, нити на потписивање споразума, већ само за преговоре. Овај механизам, дакле, има за циљ да странке још једном изнесу све чињеничне и правне аргументе како би се избегао судски поступак.¹¹⁷⁸

2.2. Поступак "индивидуалних" отказа у поступцима колективног отпуштања

У немачком праву спровођење специјалне процедуре колективног отпуштања, које обухвата комуникацију са саветом запослених и информисање јавне власти, не ослобађа послодавца обавезе да додатно спроведе законом прописани поступак индивидуалног отказивања уговора о раду, који укључује активну партиципацију савета запослених. Иако тај поступак значајно повећава обим обавеза послодавца, посебно када је реч о масовним отпуштањима, овај механизам изузетно утиче на превенцију спорова, с обзиром на то да се сва релевантна питања везана за отказ још једном "претресају", чиме се омогућава да се отклоне евентуални недостаци, као и с обзиром да је став савета запослених изражених у тим поступцима кључно важан за одлуку запосленог о покретању судског поступка, чиме се савет запослених појављује као одређени филтер у комуникацији између послодавца и запослених, који може да утиче на смањење броја потенцијалних спорова.

Послодавац је дужан да, под претњом ништавости отказа, пре достављања обавештења о отказу запосленом, о истом информише и консултује савет запослених. Информације савету запослених обухватају све податке на основу којих може да се оцени законитост отказа, укључујући, али се не ограничавајући на: (1) личне податке о запосленом, (2) врсту отказа (редовни или ванредни), (3) разлоге отказа, (4) датум престанка радног односа, (5) критеријуме за селекцију запослених и (5) размотрене могућности за премештај на друге послове.

Консултације са саветом запослених у случају редовног отказа¹¹⁷⁹ могу бити

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, стр. 415.

¹¹⁷⁹ За тему овог рада релевантни су само редовни откази, будући да ванредни откази нису укључени у колективна отпуштања.

окончане (1) сагласношћу савета запослених, (2) стављањем писане резерве на отказ и (3) истицањем писаног приговора на отказ.

Уколико се савет запослених не изјасни у року од седам дана од пријема обавештења, сматраће се да је дао сагласност на отказ.

Стављање резерве на отказ нема могућност да спречи отказ, али може бити од користи у случају спора, јер је процесни положај запосленог бољи у односу на ситуацију када се савет запослених сагласио са отказом. Истиче се да у пракси, упркос необавезујућем карактеру стављања резерве, иста није без утицаја на коначну одлуку послодавца, јер послодавци, због великог степена учешћа савета запослених у многим питањима, теже да одржавају добре односе¹¹⁸⁰.

Коначно, савет запослених може ставити приговор на отказ, уколико за то постоји неки од законом предвиђених разлога, између осталог: (1) ако приликом вршења селекције запослених, послодавац није узео у обзир или је недовољно узео у обзир социјални аспект, (2) ако је запосленом могао бити обезбеђен други посао у оквиру погона или предузећа, (3) ако је запослени могао задржати посао након разумне преквалификације или доквалификације или (4) ако је запослени могао да остане у радном односу под измењеним условима. Писани приговор савета запослених такође не може да спречи послодавца да запосленом откаже уговор о раду, али има тежину која није само центименске природе, као што је случај са претходно поменутих стављањем резерве на отказ. Наиме, с обзиром да је послодавац дужан да запосленом уз обавештење о отказу достави и приговор савета запослених, запослени у моменту саопштавања отказа добија јасан сигнал да може са успехом да покрене спор, као и готову стратегију за случај спора. Поред тога, у случају покретања спора ради поништаја отказа датог упркос приговору савета запослених, закон признаје запосленом право на привремену реинтеграцију у радни однос до окончања судског спора. Иако ово правно дејство приговора делује као изузетно моћно средство за заштиту запослења, треба рећи да је његов стварни ефекат у пракси занемарљив, јер је законодавац оставио послодавцу могућност да привременом мером тражи од суда да га ослободи обавезе да запосленог задржи у радном односу, уколико докаже да: (1) тужба запосленог нема реалне изгледе на успех или ако је тужба поднета шиканозно (злонамерно), (2) би даље запошљавање запосленог представљало за послодавца неразумно велики економски терет или (3)

¹¹⁸⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 130.

је противљење савета запослених очигледно неосновано¹¹⁸¹. У судској пракси се сматра да потенцијално вишегодишње трајање спора представља неприхватљиво економско оптерећење, због чега до привремене реинтеграције запосленог долази само у изузетним случајевима.¹¹⁸²

У *хрватском праву*, које је умногоме инспирисано немачким правом, такође је преузет концепт према коме испуњење обавеза везаних за спровођење поступка колективног отпуштања не ослобађа послодавца обавезе да спроведе законом прописани поступак индивидуалног отказивања уговора о раду.

На поступак индивидуалног отказивања уговора о раду код колективног вишка радника, те форму и садржину акта о отказу, примењују се идентична правила као и код свих других пословно условљених отказа. Ово стога што поступање у вези са колективним вишком радника представља посебан, додатни поступак, различит од поступка отказивања појединачних уговора о раду, који не замењује нити олакшава поступак, који се мора спровести у сваком појединачном случају отказивања или престанка уговора на неки други начин. Стога послодавац у поступку давања појединачних отказа радника које је прогласио вишком мора спровести поступак и задовољити све друге законом, колективним уговором, правилником или уговором о раду прописане или уговорене претпоставке за законито отказивање појединачних уговора о раду¹¹⁸³. Послодавац, притом, мора водити рачуна о томе да се приликом индивидуалног отказивања уговора о раду придржава споразума са радничким већем, односно синдикалним повереником, закљученим у поступку консултовања, или, у одсуству споразума, сопствене одлуке о колективном вишку радника, у противном ризикује поништаје индивидуалних отказа¹¹⁸⁴.

У складу са наведеним, отказ мора бити сачињен у писаној форми, садржати образложење и бити достављен запосленом¹¹⁸⁵, будући да тек од момента достављања производи правно дејство. У образложењу послодавац мора навести све правно релевантне околности због којих отказује уговор о раду¹¹⁸⁶. Одређењем врсте отказа и разлога за његово давање послодавац је везан у евентуалном судском спору

¹¹⁸¹ §102 (5) BetrVG.

¹¹⁸² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 130-131.

¹¹⁸³ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 90.

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, стр. 89.

¹¹⁸⁵ ZRHR, чл. 120.

¹¹⁸⁶ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 66. Проф. Поточњак сматра да би образложење требало да садржи барем околности због којих се уговор о раду отказује, чињенице узете у обзир приликом доношења одлуке о отказу, констатацију да ли се о отказу саветовао са радничким већем, као мишљење радничког већа.

о допуштености таквог отказа и не може их током судског поступка мењати. Прецизније, послодавац може у судском поступку појаснити, али не и допуњавати образложење отказа¹¹⁸⁷.

Отказу уговора о раду претходи поступак саветовања или саодлучивања са радничким већем, односно синдикалним повереником код послодаваца код којих радничко веће није основано. Пропуст послодавца који у радном односу има 20 или више запослених¹¹⁸⁸ да спроведе поступак саветовања или саодлучивања о индивидуалним отказима санкционисан је њиховом ништавошћу¹¹⁸⁹. Ово стога што је циљ партиципације радничког већа побољшање положаја радника у поступку отказивања уговора о раду, кроз помоћ коју од радничког већа добија у утврђивању и доказивању стварних разлога за отказ и других околности везаних за оцену да ли је отказ допуштен, односно законит¹¹⁹⁰. Тек уколико код послодавца не постоје ни радничко веће ни синдикални повереник, послодавац може да приступи отказивању уговора о раду без спроведеног поступка саветовања или саодлучивања¹¹⁹¹.

Обавеза консултовања са радничким већем подразумева да послодавац мора пре отказа уговора о раду да обавести радничко веће и прибави његово мишљење о намераваном отказу. Закон не прописује форму обавештавања о планираном отказу, али се у доктрини указује да је, с обзиром на наглашени формализам хрватског права у радним споровима, најприкладније да послодавац достави радничком већу нацрт уговора о раду¹¹⁹². Закон о раду прописује општа правила поступка консултовања са радничким већем, која се на исти начин примењују и у колективним и у индивидуалним радним односима, тако да се и код индивидуалних односа примењују правила о којима је већ било речи у оквиру анализе партиципације представника запослених у колективном вишку радника, а која се односе на обавезу (1) благовременог и потпуног обавештавања радничког већа, (2) одржавања састанка на захтев радничког већа ради додатног информисања и образложења, (3) рока за

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, стр. 66-67.

¹¹⁸⁸ Подсећамо да код мањих послодаваца нема обавезе формирања радничког већа, у складу са чланом 140 хрватског Закона о раду.

¹¹⁸⁹ *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), стр. 73.* Иако је ништавост експлицитно прописана само као последица повреде обавезе саветовања (чл. 150, ст. 12 хрватског Закона о раду), подразумева се да је ништава и свака одлука послодавца донета без спроведеног поступка саодлучивања радничког већа, с обзиром да је право на саодлучивање "јаче" и комплексније од права на саветовање, тако да својим прерогативима конзумира право на саветовање.

¹¹⁹⁰ *Ibid.* Проф. Поточњак сматра да је подршка коју радник у случају недопуштеног отказа добије од тела радничког представљања важна са његову личну спремност за вођење судског поступка, а може и значајно утицати на судску одлуку о питању допуштености отказа, те оцењује да је штете што хрватски законодавац није, по узору на немачко право, предвидео обавезу послодавца да примерак мишљења радничког већа достави раднику уз отказ.

¹¹⁹¹ Исто важи и за поступак информисања и консултовања о колективном вишку радника.

¹¹⁹² *Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), op. cit., стр. 76.*

изјашњење радничког већа и последицама неизјашњавања¹¹⁹³.

Хрватски законодавац је ограничио круг разлога због којих радничко веће може да се успротиви отказу, прописавши да таква могућност постоји искључиво уколико (1) не постоји оправдани разлог за отказ или (2) није спроведен поступак отказивања у складу са законом, у ком случају је радничко веће обавезно да своје противљење образложи¹¹⁹⁴.

Из претходног излагања је видљиво да је партиципација представника запослених у поступку појединачних отказа у доброј мери инспирисана немачким правом. Ипак, треба приметити да је, за разлику од немачког права, хрватски законодавац могућност да запослени, коме је уговор о раду отказан упркос противљењу радничког већа, остане на раду до окончања покренутог радног спора, ограничио искључиво на ванредне отказе, тако да у случају колективног вишка радника таква могућност не постоји јер се ти откази не убрајају у вишак¹¹⁹⁵.

Право саодлучивања радничког већа ограничено је код индивидуалних отказа искључиво на отказивање уговора о раду одређеним категоријама запослених, који уживају право на тзв. релативну заштиту од отказа, чија се релативност управо састоји у томе да је отказ условљен сагласношћу радничког већа. Како је о овом поступку већ детаљно излагано у оквиру анализе категорија запослених које не могу бити обухваћене колективним вишком радника, то на овом месту упућујемо на тај део излагања.

3. Могућност поравнања пре покретања судског поступка

У свим посматраним правима постоје механизми предвиђени за постизање поравнања између послодавца и запосленог пре покретања судског поступка.

Већ је било речи, у оквиру анализе отпремнина за случај колективног отпуштања, о механизму *немачког права*, који даје могућност запосленом да, уколико не поднесе тужбу у законом предвиђеном року за поништај отказа, може по аутоматизму да

¹¹⁹³ ZRHR, чл. 150, ст. 1, 2, 4-6.

¹¹⁹⁴ ZRHR, чл. 150, ст. 7-8.

¹¹⁹⁵ ZRHR, чл. 150, ст. 9-11: Према хрватском Закону о раду, ако се радничко веће противи ванредном отказу, а запослени у судском спору оспорава допуштеност отказа и тражи од послодавца да га задржи на раду, послодавац је дужан да запосленог врати на рад у року од осам дана од дана када му запослени достави захтев и доказ о подношењу тужбе и да му омогући да ради до окончања спора. Послодавац се може ослободити те обавезе, али уз услов да запосленом плаћа накнаду зараде у висини половине просечне зараде остварене у три месеца која претходе отказу. Ако је противљење радничког већа очигледно неосновано, послодавац може од суда тражити да га ослободи наведених обавеза до окончања судског спора. С друге стране, могућност да запослени буде задржан на раду до окончања спора предвиђена је у немачком праву за све врсте отказа.

оствари право на накнаду која се назива "право на компензацију за случај вишка запослених" (*Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung*) и представља хибрид отпремнине и накнаде за одрицање од права на тужбу, чиме се превенира судски епилог евентуалног спора насталог поводом отказа.¹¹⁹⁶

Ова врста превентиве постоји и у *француском праву*. Наиме, по пријему обавештења о отказу (никако у ранијој фази), послодавац и запослени могу приступити закључењу вансудског поравнања, којим на интегралан начин уређују све спорне односе и којим се запослени може одрећи права на тужбу за поништај отказа. Овај споразум представља сметњу за накнадно подношење тужбе против послодавца, али је ипак у интересу заштите запослених установљена могућност утврђивања ништавости вансудског поравнања, у року од пет година од његовог закључења.¹¹⁹⁷

У *италијанском праву* је, у циљу бржег и ефикаснијег решавања спорова и превенције њиховог судског епилога, законском реформом из 2015. године (Уредба бр. 23/2015) установљена могућност да се у року од 60 дана од отказа, у поступку мирења који је обавезан код отказа из економских разлога, закључи споразум на основу кога ће запосленом, у замену за одрицање од права на тужбу за поништај отказа, послодавац исплатити износ од једне месечне зараде по години у радном односу код послодавца, који у збиру не може бити нижи од две нити виши од 18 месечних зарада запосленог. У литератури се оцењује да је овај систем веома повољан за запосленог, будући да кроз овакав споразум остварује право на накнаду штете која је нешто нижа од максималне накнаде коју би могао остварити у судском спору, при чему је иста фискално неоптерећена, а запослени се додатно лишава терета судског спора и евентуалног неуспеха у истом.¹¹⁹⁸

Одређена врста превенције предвиђена је у *хрватском праву*, које у циљу превенције судског спора, као услов за подношење тужбе у радном спору прописује обавезу запосленог да се претходно обрати послодавцу са захтевом за отклањање повреде.

¹¹⁹⁶ §1а Закона о заштити од отказа.

¹¹⁹⁷ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 171.

¹¹⁹⁸ T. Treu, *op. cit.*, стр. 133.

Део четврти

МИРНО РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

1. Појам мирног решавања радних спорова

Појам мирног решавања радних спорова није једноставно одредити, будући да исти обухвата скуп веома разнородних философија, концепција и механизма, које није лако обухватити једним заједничким садржаоцем, осим чињеницом да у њима увек одређену улогу има треће лице, те њиховим циљем - да се настали спор реши ван суда и без потребе за прибегавањем индустријској акцији. Стога правна теорија и не обилује дефиницијама ове врсте, већ је фокус на дефинисању конкретних метода мирног решавања радних спорова, тако да ћемо за потребе овог рада одредити појам мирног решавања радних спорова као *скуп различитих поступака у којима странке решавају настали спор уз помоћ трећег лица и тиме елиминишу потребу за мериторним одлучивањем од предмету спора у судском поступку и за решавањем радног спора методима притиска, односно колективног деловања.*

Мирно решавање радних спорова назива се још и *алтернативним решавањем радних спорова*, а у литератури често означава акронимом *ADR (alternative dispute resolution)*, који је у правни речник увео амерички правник и теоретичар Ерик Грин (*Eric Green*), анализирајући успешно решавање радног спора из области индустријске својине комбинованом применом метода мини суђења и медијације¹¹⁹⁹. Ипак, у правној теорији се изражава став да термин "алтернативни" није сасвим адекватан и да је исправније користити термин "допунски" (*additional dispute resolution*), будући да методи мирног решавања радних спорова ни на који начин не конкуришу сувереној власти судова да одлучују о међусобним правима, обавезама и одговорностима из међусобних односа физичких и правних лица, већ представљају допунске, супсидијарне методе, које треба да имају за циљ растерећење судова, како би се драгоцено време и ресурси судске власти усмерили тамо где је њихова интервенција заиста потребна¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁹ David Spencer, Samantha Hardy, *Dispute resolution in Australia*, Thomson Reuters (professional) Australia Limited, Sidney, 2014, стр. 7.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, стр. 14.

Философија АDR метода је решавање спорова са позиције интереса, а не права. То наравно, ни у ком случају не значи да решавање спора мирним методама може да буде противправно, јер ниједан интерес не може и не сме бити задовољен ван границе апсолутног јавног поретка¹²⁰¹. Но суштина свих ових метода је да стране у спору препознају узајамни интерес да конфликт не заврши на суду или не ескалира кроз индустријску акцију. Интересна философија на којој почивају ове методе постоји чак и код правне арбитраже, као АDR метода који у највећој мери спор решава спор са позиције права, јер је у корену арбитраже заједнички интерес странака да спор мериторно реши треће лице у које обе имају поверења. Може звучати парадоксално, али интерес долази до изражаја чак и када је, изузетно, примена АDR метода обавезна, с тим што је тада у питању јавни интерес, а не интерес страна у спору.

Полазећи од наведеног, концепција АDR метода почивају на следећим начелима: (1) *начелу аутономије*, које афирмише право страна субјеката индивидуалног и колективног радног односа, односно радног спора, да уговоре методе решавања радног спора и аутономне институције мирног решавања спорова, (2) *начелу добровољности*, које афирмише факултативност примене мирних метода решавања радног спора, односно право страна у спору да слободно одлуче о томе да ли ће, пре прибегавања судском спору или индустријској акцији, покушати да спор реше неким од алтернативних метода, (3) *начелу трипартизма*, које афирмише сарадњу државе и социјалних партнера у обезбеђивању институционалних услова за решавање радних спорова мирним путем, (4) *начелу неутралности*, које афирмише уздржавање државе од мешања у конкретан радни спор и начин његовог разрешења¹²⁰² и (5) *начелу поверљивости*, које подразумева да предлози, изјаве или докази који се износе у поступку мирног решења спора не могу доцније бити коришћени у судском спору, уколико поступак мирног решења спора не резултира споразумом страна у спору¹²⁰³.

¹²⁰¹ Лубица Милутиновић, Милена Ђорђевић, "Медијација и арбитража", Билтен Врховног касационог суда 2/2016, стр. 277.

¹²⁰² Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, *оп. cit.*, стр. 937-942.

¹²⁰³ Сенад Јашаревић, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси (докторска дисертација)*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2000, стр. 58.

2. Правни режим мирног решавања радних спорова

2.1. Универзални радни стандарди

2.1.1. Стандарди МОП о колективном преговарању

- Конвенција бр. 154 и Препорука бр. 163 -

Конвенција бр. 154 о колективном преговарању и истоимена пратећа Препорука бр. 163 представљају универзалне радне стандарде усвојене 1981. године, са циљем промоције и имплементације циљева декларисаних фундаменталном Конвенцијом МОП бр. 98 о примени принципа права организовања и колективног преговарања из 1949. године.¹²⁰⁴

Значај наведених универзалних радних стандарда са аспекта мирног решавања радних спорова, које им није непосредна тема, јесте у томе што ови међународни инструменти, промовишући колективно преговарање, као важан ресурс који омогућава развој социјалног дијалога и обезбеђивање стабилних индустријских односа, што само по себи превенира непотребне и скупе судске спорове и индустријску акцију, истовремено *промовишу и мирно решавање спорова до којих дође у процесу колективног преговарања.*

У том смислу, Конвенција бр. 154 у члану 6 декларише да "одредбе ове Конвенције *не праве сметњу у функционисању система индустријских односа у коме се колективно преговарање одвија у оквиру институција или поступака мирне и/или арбитраже, у којима стране колективног преговарања добровољно учествују*", тако да се мирнење и арбитража јављају као "својеврсни продужетак колективног преговарања"¹²⁰⁵. Додатно, Препорука бр. 163 предвиђа да би у циљу промоције колективног преговарања требало предвидети и мере за независно решавање радних спорова, те у том циљу, по потреби, утврдити и *процедуре за решавање радних спорова које омогућавају странама да саме пронађу решење својих спорова, у чему би кључну улогу требало да имају владе држава чланица, кроз обезбеђивање правног оквира и оснивање институција* (могуће и кроз органе владе надлежне за питања рада) које омогућавају решавање радних спорова као подршке колективном преговарању.¹²⁰⁶

¹²⁰⁴ ИО, "Promoting collective bargaining Convention no. 154", стр. 5.

¹²⁰⁵ Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, *оп. cit.*, стр. 946.

¹²⁰⁶ ИО, "Promoting collective bargaining Convention no. 154", стр. 13.

Треба приметити да наведени међународни стандарди, с обзиром на свој предмет, мирно решавање радних спорова посматрају и промовишу искључиво као метод решавања колективних радних спорова који настанку поводом колективног преговарања.

2.1.2. Стандарди МОП о добровољном мирењу и арбитражи

- Препорука бр. 92 -

Препорука бр. 92 усвојена је 1951. године као самосталан универзални радни стандард, а не пратећа препорука уз неку од конвенција. За разлику од стандарда о колективном преговарању, Препорука бр. 92 је у целости фокусирана на мирно решавање свих радних спорова који могу настати између послодаваца и запослених.

Пре свега, Препорука бр. 92 пледира за *устављање правних и институционалних механизма за добровољно мирење*, са циљем *превенције и решавања* индустријских спорова и ствара простор за оснивање *јавних институција* за мирење, истовремено инсистирајући на потреби *паритетне заступљености послодаваца и запослених* у институцијама за мирење, без обзира да ли њихово устројство и организација почивају на принципима *бипартизма или трипартизма*.¹²⁰⁷

Као императиви поступка мирења и услов његове ефикасности апострофирају се (1) *бесплатност* и (2) *експедитивност*, коју треба обезбедити прописивањем кратких рокова за спровођење поступака¹²⁰⁸. У истом циљу, сви договори које стране постигну у поступку мирења требало би да буду сачињени у *форми писаног споразума*.¹²⁰⁹

Препорука бр. 92 предвиђа да *право да иницирају поступак* мирења не би требало оставити само странама у спору, већ би то право требало установити и у *корист јавних институција за мирење*, кроз овлашћење да *ex officio* иницирају ове поступке¹²¹⁰, чиме имплицитно ствара простор за прописивање *обавезног мирења*.

Поступак добровољне арбитраже је, са друге стране, далеко оскудније уређен и своди се на промовисање идеје да *арбитража треба да буде добровољна само приликом одлучивања о њој као о једном од потенцијалних метода решавања спора*, али да би од момента

¹²⁰⁷ Препорука Међународне организације рада број 92 о добровољном мирењу и арбитражи (Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, 1951) - у даљем тексту: Препорука бр. 92, т. 1-2.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, т. 3 (1).

¹²⁰⁹ *Ibid.*, т. 5.

¹²¹⁰ *Ibid.*, т. 3 (2).

када странке на њу пристану она требало да буде обавезујућа, чиме би се афирмисао њен ауторитет и обезбедила ефикасност овог метода решавања спорова.¹²¹¹

Истовремено, у циљу обезбеђења ефикасности мирења и арбитраже, Препорука бр. 92 сугерише *уздржавање од штрајкова и локаута док поступак мирења или арбитраже траје*, уз напомену да се поступцима мирења и арбитраже ни на који начин не ограничава право на штрајк.¹²¹²

2.2. Европски радни стандарди

Ревидирана европска социјална повеља као једну од мера подршке колективном преговарању предвиђа обавезу држава чланица да *унапређују успостављање и употребу одговарајућих механизма за помирење и добровољну арбитражу за решавање радних спорова*.¹²¹³ Фокус је на мирном решавању колективних радних спорова који настану поводом колективног преговарања, аналогно концепцији мирног решавања радних спорова промовисаних универзалним стандардима о колективном преговарању.

Идеје о потреби за мирним решавањем колективних радних спорова који настану у вези са колективним преговарањем афирмисане су и на нивоу Европске уније, комунитарном Повељом о основним социјалним правима грађана Европске уније из 1989. године¹²¹⁴. Такође, на нивоу Европске уније је 2008. године усвојена Директива 2008/52/ЕС о одређеним аспектима медијације у грађанским и привредним односима, која није непосредно радни стандард, али свакако промовише медијацију као принцип решавања свих спорова у којима странке могу располагати захтевима, што укључује и радноправне спорове.

2.3. Право Републике Србије

2.3.1. Закон о мирном решавању радних спорова

Закон о мирном решавању радних спорова¹²¹⁵ усвојен је 2004. године, са основним циљем (1) *оснивања јавне службе за мирно решавање радних спорова* - Републичке

¹²¹¹ *Ibid.*, т. 6.

¹²¹² *Ibid.*, т. 5-7.

¹²¹³ РЕСП, чл. 6, ст. 1, т. 3.

¹²¹⁴ Повеља о основним социјалним правима радника (1989), чл. 13, ст. 2.

¹²¹⁵ Закон о мирном решавању радних спорова - ЗММРС ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018) - у даљем тексту: ЗММРС.

агенције за мирно решавање радних спорова, као прве специјализоване институције јавне власти основане у Републици Србији са надлежношћу за поступке мирног решавања колективних и индивидуалних спорова и (2) *именовања и формирања првог регистра професионалних/овлашћених миритеља и арбитра* у Републици Србији.¹²¹⁶

Овај закон није имао за циљ да на општи начин уреди правни режим мирног решавања радних спорова у домаћем праву, већ је ограничен на прописивање надлежности Агенције за поступање у одређеним врстама радних спорова, као и поступак приликом решавања тих спорова.

Закон о мирном решавању радних спорова је, у својој изворној верзији, имао лимитиран каталог радних спорова који су, у складу са тим законом, могли бити решавани пред Агенцијом, да би законским изменама из 2018. године, могућност решавања радних спорова била значајно проширена на скоро све спорове који могу настати између послодавца и запослених или њихових колективитета.

С друге стране, законодавац је, из недокучивих разлога, оставио *сужен избор метода за мирно решавање тих спорова*, прописујући да индивидуални радни спорови могу пред Агенцијом бити решавани искључиво у арбитражном поступку, док колективни радни спорови могу бити решавани искључиво у поступку мирења¹²¹⁷, чиме је непотребно и значајно сужена могућност коришћења услуга Агенције.

Поступке мирења и арбитраже пред Агенцијом могу да воде *искључиво миритељи и арбитра* уписани у *именик Агенције*,¹²¹⁸ који су дужни да поступају савесно и по свом најбољем знању.¹²¹⁹

Поступак пред Агенцијом заснован је на принципу *доброволности*, са изузетком колективних радних спорова који су у *посебном режиму штрајка*, у ком случају је *обавезно мирење* пред Агенцијом¹²²⁰. То значи да надлежност Агенције, осим у наведеном случају обавезног мирења, не дерогира диспозицију страна у спору да се договоре (1) да ли ће спор уопште решавати мирним путем и (2) да ли ће његово решавање поверити Агенцији или некој приватној институцији сталног или *ad hoc* карактера.

¹²¹⁶ ЗММРС, чл. 7, чл. 8.

¹²¹⁷ *Ibid.*, чл. 16, 30.

¹²¹⁸ *Ibid.*, чл. 39-42.

¹²¹⁹ *Ibid.*, чл. 48-51.

¹²²⁰ ЗММРС, чл. 18.

2.3.2. Закон о раду

Закон о раду прописује искључиво могућност арбитражног решавања индивидуалних и колективних радних спорова по *ad hoc* принципу и не бави се било каквом институционализацијом мирног решавања радних спорова, нити методима ван арбитраже.

У складу са овим законом, *општим актом* (колективним уговором или правилником о раду) и *уговором о раду* могуће је предвидети *поступак арбитражног решавања свих индивидуалних радних спорова* који настану између послодавца и запосленог. Основно начело арбитражног решавања индивидуалних радних спорова у складу са Законом о раду је *добровољност у погледу избора арбитраже, као метода за решавање спора, али уз обавезност њеног поштовања и могућност њеног принудног извршења*, уколико су стране у спору прихватиле овај метод решавања радног спора, чиме се афирмише значај арбитражне одлуке и повлачи демаркациона линија између арбитраже и поступка посредовања.¹²²¹

Закон о раду такође прописује могућност арбитражног решавања *интересних и правних колективних радних спорова*, с тим што је *могућност арбитраже експлицитно прописана само за спорове који настану у току преговора за закључивање колективног уговора или његовој примени*¹²²².

Арбитражно решавање *интересних колективних радних спорова* засновано је на афирмацији *добровољности*, почев од избора овог метода решавања радног спора, преко уређења састава и начина рада арбитраже, па до правног дејства арбитражне одлуке, а једино што је законодавац императивно одредио су рокови у којима арбитража мора бити спроведена¹²²³.

Арбитражно решавање *правних колективних радних спорова* такође је засновано на принципу добровољности у односу на избор овог метода решавања спорног питања, уређења састава и начина арбитраже, па чак и рокова, будући да не прописује рок за доношење арбитражне одлуке, али не даје странама у спору могућност оптирања по питању њеног правног дејства, будући да *арбитражна одлука о спорном питању има ex lege обавезујући карактер*.¹²²⁴

¹²²¹ ЗР, чл. 194.

¹²²² ЗР, чл. 254, 265.

¹²²³ ЗР, чл. 254, чл. 255.

¹²²⁴ ЗР, чл. 265.

2.3.3. Закон о посредовању у решавању спорова

Закон о посредовању у решавању спорова¹²²⁵ није закон из области радних односа, већ закон који на општи начин уређује појам, начела, поступак и правно дејство посредовања у решавању спорова и услов за стицање статус лиценцираног посредника,¹²²⁶ прописујући да се *посредовањем могу решавати и радни спорови уколико посебним законом није другачије прописано*.¹²²⁷

Посредовање у радним споровима се заснива на пуној *добровољности* у погледу избора коришћења овог метода, што значи да посредовање никада није обавезно, као и у погледу начина спровођења поступка посредовања¹²²⁸, с тим што посебним законом могу бити ограничени рокови за посредовање¹²²⁹.

Посредник не може да намеће странама решење, да даје обећања и правне савете, нити да гарантује одређени исход посредовања.¹²³⁰

Поступак посредовања у складу са одредбама овог закона може водити искључиво *посредник који има дозволу за посредовање*, издату од стране Министарства правде и који је као посредник *уписан у Регистар посредника*.¹²³¹

Поступак посредовања се промовише као алтернатива судском решавању спорова, како одредбама овог закона, тако и одредбама Закона о парничном поступку и Закона о судским таксама, прописивањем (1) широке могућности коришћења овог метода решавања спора пре покретања или у било којој фази судског поступка¹²³², (2) обавезом суда да стране у спору поучи о могућностима за решење спора путем посредовања¹²³³, као и (3) ослобађањем од судских такси странки које су спор решиле поравнањем до закључења првог рочишта за главну расправу¹²³⁴.

¹²²⁵ Закон о посредовању у решавању спорова ("Сл. гласник РС", 55/2014) - у даљем тексту: ЗПРС.

¹²²⁶ ЗПРС, чл. 1.

¹²²⁷ ЗПРС, чл. 3, ст. 3.

¹²²⁸ ЗПРС, чл. 9. Одступање од начела добровољности постоји само у спорним односима у којима је посебним законом покретање поступка посредовања предвиђено као услов за вођење судског или другог поступка, тако да се не односи на радне спорове.

¹²²⁹ На пример, Закон о спречавању злостављања на раду ("Сл. гласник РС, бр. 36/2010") прописује рокове у којима се мора спровести посредовање.

¹²³⁰ ЗПРС, чл. 34 и 38.

¹²³¹ ЗПРС, чл. 33, ст. 2.

¹²³² ЗПРС, чл. 30, ст. 1 и 2.

¹²³³ ЗПРС, чл. 9, ст. 2. Закон о парничном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018), чл. 11.

¹²³⁴ ЗПРС, чл. 31. Закон о судским таксама ("Сл. гласник РС", бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018), чл. 3, ст. 2 и чл. 9, ст. 6.

Посредовањем се, ипак, не могу решавати сви спорови, већ искључиво они у којима: (1) стране у спору могу слободно да располажу својим захтевима и (2) другим законом није прописана искључива надлежност суда или другог органа.¹²³⁵

3. Методи мирног решавања радних спорова

3.1. Класификација метода мирног решавања радних спорова

Као што сам појам мирног решавања радних спорова није једноставно одредити, тако ни његове *методе није лако разврстати*, будући да су (1) веома испреплетане, самим тим комплексне за разграничавање, да (2) ни у правној теорији ни у страним правима немају једнозначну садржину, те да (3) еволуцију метода мирног решавања спорова прати увећавање њиховог броја.

Традиционалне, најстарије и најдистинктивније методе мирног решавања радних спорова су *медијација* и *арбитража*, с тим што развој мирних метода решавања радних спорова води њиховој конвергенцији и диверсификацији, што чини веома захтевним сачињавање исцрпне листе метода, те ће у наставку бити дат преглед најчешће коришћених метода у Европи и САД.

Медијација представља веома широк појам, са различитом садржином у правној теорији и националним системима индустријских односа. У свом најширем значењу, термин медијација се користи као генерички израз¹²³⁶, који *обухвата различите врсте поступака, у којима трећа страна, чији интереси нису непосредно инволвирани у конкретан спор, на различите начине интервенише са циљем да супротстављеним странама помогне да споразумно окончају настали спор*, независно од тога да ли је наведени поступак добровољан или обавезан, са или без могућности наметања решења спора и са различитим нивоом заинтересованости медијатора за предмет и исход спора¹²³⁷.

Арбитража представља процес у коме непристрасна трећа страна, након саслушања странака у спору и презентовања доказа, доноси коначну, обично обавезујућу, одлуку о предмету спора¹²³⁸. Основна разлика између медијације и арбитраже је у томе што је циљ медијације постизање компромиса страна у спору уз

¹²³⁵ ЗПРС, чл. 3, ст. 1.

¹²³⁶ David Spencer, Samantha Hardy, *Dispute resolution in Australia*, Thomson Reuters (professional) Australia Limited, Sidney, 2014, стр. 15.

¹²³⁷ Alvin L. Goldman, "Comparative analysis of labor mediation using a bargaining strength model", *University of Kentucky – Law Faculty Publications, Lexington*, 1994, стр. 939-940.

¹²³⁸ Rory Ridley-Duff and Anthony Bennett, "Towards mediation: developing a theoretical framework to understanding alternative dispute resolution", *Industrial Relations Journal*, 2011, стр. 6; D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*, стр. 18.

помоћ медијатора, без права медијатора да мериторно одлучи о предмету спора и намеће решења странама у спору, док је циљ арбитраже управо мериторно одлучивање о предмету спора од стране арбитра и обавезивање страна у спору на извршење арбитражне одлуке. Стога, док медијација по својој природи, поступку и циљу представља квинтесенцију мирног решавања радног спора, арбитража више подсећа на приватно суђење (*private adjudication*) и у том смислу се у литератури истиче да она врло условно представља метод мирног решавања радног спора, тако да у класификацијама неретко бива изостављена из листе ADR метода¹²³⁹.

Еволуцију медијације и арбитраже пратила је конвергенција ових метода, која је произвела хибридне методе под називом "med-arb" (*mediation-arbitration*) и "arb-med" (*arbitration-mediation*). Ови методи, како им и назив говори, комбинују медијацију и арбитражу у оквиру истог поступка. Сагласно својој хибридној природи, немају јасну дефиницију и линију разграничења, али њихова основна дистинкција је у томе да (1) "med-arb" представља метод решавања радног спора који започиње медијацијом, као првом фазом поступка, с тим што уколико иста не резултира споразумом странака, прелази се на фазу арбитраже, као другу фазу поступка у којој одлуку о предмету спора доноси медијатор који "мења шепир" и постаје арбитар који доноси мериторну одлуку о предмету спора или потпуно нови неутрални арбитар¹²⁴⁰, док (2) "arb-med" представља метод решавања радног спора, који започиње као арбитража у којој стране у спору износе своје аргументе и презентују одговарајуће доказе, на основу којих арбитар доноси одлуку, али је не саопштава странкама док не покушају да кроз медијацију споразумно реше спор¹²⁴¹.

Утврђивање чињеница (fact finding) је метода настала у периоду након Другог светског рата, која је превасходно била намењена решавању колективних радних спорова који настану током преговора за закључење колективног уговора у различитим секторима привреде. Изворно су чињенице утврђивали посебни одбори, са широким овлашћењима за испитивање радних спорова и подношење извештаја, али без овлашћења да странама у спору намећу да прихвате резултате истраге или да предузму било какве мере засноване на истим.¹²⁴²

¹²³⁹ D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*, стр. 18.

¹²⁴⁰ D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*, стр. 19; Thomas J. Stipanowich, J. Ryan Lamare, "Evolving perceptions and use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in fortune 1,000 corporations", *Harvard Negotiation Law Review*, 2013., стр. 28; Jacqueline Nolan-Haley, "Mediation: The New Arbitration", *Harvard Negotiation Law Review*, No. 9/2012, доступно на интернет страници: <http://www.hnlr.org/wp-content/uploads/2012/09/61-96.pdf>, стр. 86.

¹²⁴¹ J. Nolan-Haley, *op. cit.*

¹²⁴² Paul H. Sanders, "Types of Labour Disputes and Approaches to Their Settlement", 12 *Law and Contemporary Problems*, 1947, доступно на интернет страници: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=lcp>, 30.01.2019., стр. 216.

Рана неутрална евалуација (early neutral evaluation - ENE) представља метод мирног решавања спора током судског поступка (Аустралија и САД) или ван суда (САД), који подразумева ангажовање евалуатора, по правилу правника који је специјалиста за област која је предмет спора, коме свака страна у спору излаже своју аргументацију и презентује доказе. Примарни задатак евалуатора је да покуша да наведе странке на споразумно решавање радног спора, а ако у томе не успе, евалуатор сачињава процену највероватнијег исхода судског поступка на основу аргументације и доказа који су му презентовани, након чега стране у спору могу наставити преговоре у циљу постизања споразума.¹²⁴³

Методе сличне раној неутралној евалуацији представљају *рана процена спора (early case assessment - ECA)*¹²⁴⁴, као и *мини суђење (mini-trial)*¹²⁴⁵.

3.2. Проблем одабира најподеснијег метода и проблем конвергенције метода мирног решавања радног спора

Широк дијапазон расположивих метода за мирно решавање спорова нужно намеће питање одабира *најподеснијег метода за решавање одређеног, конкретног насталог спора*. Одговор на ово питање није нимало једноставан, јер зависи од много фактора, тако да у литератури није доступан поуздан одговор на ово питање.

Истиче се, међутим, да *арбитража никада није подесан метод решавања колективних радних спорова*, будући да се противи природи односа социјалних партнера у индустријским односима, *док њена подесност за решавање индивидуалних радних спорова зависи преважно од начина законског уређења радних односа и односа правосуђа према арбитражи*, због чега је арбитража у индивидуалним радним споровима увек имала далеко већу заступљеност у САД него у Европи, где је прилично ретко коришћена, мада у последњим деценијама и у САД доживљава пад.¹²⁴⁶

Проблем одабира за једну од својих последица има конвергенцију ADR метода, о чему сведочи настанак хибридних метода "med-arb" и "arb-med". Штавише, истраживање универзитета *Cornell* показало је генерални пораст заступљености наведених хибридних метода у решавању свих спорова

¹²⁴³ D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*

¹²⁴⁴ *Ibid.*

¹²⁴⁵ *Ibid.*, стр. 27, 29.

¹²⁴⁶ Rob Jagtenberg, Annie de Roo, "Employment disputes and arbitration, an account of irreconcilability, with reference to the EU and the USA", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu*, Vol. 68, no. 2, 2018, стр. 172, 184-186.

корпоративних субјеката, са 40% у 1997. години на 51% у 2011. години.

Међутим, иако се на рачун ових метода у делу правне теорије изричу похвале и исти се све више прихватају у интернационалној пракси, са аргументацијом да се отклањањем херметичких граница између медијације и арбитраже ствара могућност да се медијација као метод унапреди могућношћу коначног решавања спора у истом поступку¹²⁴⁷, проминентни правни теоретичари упозоравају на опасност овакве врсте мешања суштински различитих метода, указујући да медијација и арбитража имају суштински различите сврхе и отуда различиту етичку компоненту, која се код медијације састоји у постизању оптималног поравнања, у коме се свака страна одриче онога што јој вреди мање у замену за оно што јој вреди више, док се код арбитраже она састоји у пресуђивању на основу уговорних норми¹²⁴⁸. Противници ових хибридних форми указују да гравитирање медијације зони арбитражног одлучивања ограничава спектар опција које странама у спору нуди медијација и сужава их на ограничени простор могућности различитог пресуђивања. Ово супротстављене стране лишва основних предности медијације, коју карактерише својеврсно милосрђе, персонализована правда и могућности личног одређивања приоритетних вредности и интереса, за разлику од ригидности формалног правосуђа, обележеног антагонизацијом у свим сегментима поступка.¹²⁴⁹

3.3. Предности метода мирног решавања радних спорова

Као *посебна предност ADR метода* истиче се њихова *флексибилност*, будући да су применљиве и у превенцији и у решавању насталих спорова, односно могу се користити као (1) интерне методе у радној средини, као (2) екстерне вансудске методе решавања радног спора пре покретања судског поступка и током самог судског поступка, као (3) део судског поступка, где улогу медијатора има судија или се судски поступак може прекинути ради упућивања странака на медијацију или арбитражу. Ипак, преовлађује став да су ови методи најефикаснији када се исти користе на самом почетку спора, пре него што стране у спору уђу у дубљу расправу

¹²⁴⁷ A. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 954. Професор Голдман указује на посебан значај овог метода у мотивисању странака и њиховој перцепцији значаја постизања споразума, истичући да могућност медијатора да, у случају непостизања споразума, преузме улогу арбитра и мериторно реши спор, даје нарочиту тежину његовој преговарачкој улози, будући да свака страна у преговорима има свест о томе да медијатор-арбитар има моћ да је арбитражном одлуком доведе у ситуацију која је за њу неповољнија од ситуације у којој би била када би прихватила најбољу понуду коју је друга страна била спремна да обезбеди у поступку медијације.

¹²⁴⁸ J. Nolan-Haley, *op. cit.*, стр. 86.

¹²⁴⁹ *Ibid*, стр. 65.

о предмету спора и антагонизују међусобне односе¹²⁵⁰.

Поред флексибилности, значајне предности ових метода су и њихова *хитност* и *ниски трошкови* спровођења, као принципи мирног решавања радних спорова промовисани универзалним радним стандардима и широко прихваћени у пракси. Према истраживањима америчког универзитета *Cornell* из 2011. године, методом анкетирања у коме је учествовало 368 најуспешнијих корпорација са листе "Fortune 1,000 companies", управо ове карактеристике ADR метода представљају преобладајуће разлоге њиховог коришћења, будући да је 70.9% испитаника одговорило да ове методе користи ради уштеде времена, а 68.7% ради уштеде новца.

Предност ADR метода је и *одсуство ризика губитка судског спора*, што су такође показала истраживања *Cornell* универзитета из 2011. године, према којима се више од половине испитаника изјаснило да им је основни мотиватор коришћења ових метода могућност да сами реше спор (52.4%) и ограничен доказни поступак (51.55%).¹²⁵¹

Важност се придаје и *поверљивости* ADR метода, која представља један од основних принципа њихове примене, што је према истраживања *Cornell* универзитета из 2011. године детерминисало 46.8% испитаника да користе ове методе¹²⁵².

3.4. Ограничења и ризици метода мирног решавања радних спорова

Упркос наведеним предностима, *ADR методе имају своја ограничења и не показују се успешним у свим врстама спорова, већ преваходно у споровима који су по својој природи вишедимензионални и комплексни за разумевање*, са великим бројем спорних чињеничних питања која захтевају обиман доказни поступак и правних питања која могу на различит начин бити решена. Стога се, како показују статистички подаци британске Службе за саветовање, мирење и арбитражу (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service - ACAS*), *најбољи резултати постижу у споровима поводом отказа уговора о раду* и различитих видова дискриминације, где је *процент постигнутих споразума преко 50%*, док *пред индустријским трибуналом заврши свега 23% спорова због неоправданог отказа* и до 21% спорова због дискриминације, у зависности од врсте дискриминације. С друге

¹²⁵⁰ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", доступно на интернет страници: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910039s/tn0910039s.pdf, 30.01.2019., стр. 18-19.

¹²⁵¹ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 24-26.

¹²⁵² *Ibid*, стр. 24.

стране, спорови који се тичу потраживања из радног односа немају велику успешност, тако да проценат закључених поравнања по правилу не прелази 40%.¹²⁵³

Амерички теоретичари сматрају да је управо спознаја о ограничењу ADR метода, иако није довела до општег пада коришћења ових метода, узрок драстичног пада задовољства поступком, са 81.1% (1997. године) спао на 38.2% (2011. године), што су показала истраживања *Cornell* универзитета из 2011. године.¹²⁵⁴

Поред наведеног, иако новија правна теорија и пракса обилују апологетизмом на рачун ADR метода, *има теоретичара који указују на важност конфликта за развој индустријских односа и опасност од заташкавања проблема применом мирних метода решавања радних спорова*, које због своје природе спречавају корисно дејство конфликта. Како се истиче, конфликти су пожељни и конструктивни у сваком друштвеном систему, јер стварају простор за различите приступе проблему, стимулишу креативност, избацују емоције на површину и охрабрују субјекте индустријских односа на промене, омогућавајући тиме трансформацију и редистрибуцију односа снага у постојећем систему радних односа, што све води унапређењу нивоа индустријске демократије.¹²⁵⁵

У том контексту, у делу правне теорије се посебно указује на *опасне последице поверљивости поступка*, која представља један од основних принципа ADR метода, са аргументацијом да исто води решавању радних спорова иза "затворених врата", заклањајући тиме добар део распрострањених манифестација социјалне неправде од очију јавности, чиме се превенира могућност ескалације класних и групних конфликта, иманентних индустријским односима и омогућава да јача страна створи притисак на слабију у циљу постизања решења којима се одржава *status quo*, на штету индустријске демократије (јер послодавци избегавају одговорност) и јавног интереса (будући да се онемогућава да спорови постану искуствени основ унапређења индустријских односа).¹²⁵⁶

Такође се у делу британске правне теорије посебно указује на опасност од

¹²⁵³ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 13.

¹²⁵⁴ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 26-27.

¹²⁵⁵ R. Ridley-Duff and A. Bennett, *op. cit.*, стр. 4-5; Giuseppe Conte, "The Italian way of mediation", *Yearbook on arbitration and mediation*, 2014, стр. 198.

¹²⁵⁶ R. Ridley-Duff, A. Bennett, *op. cit.*, стр. 15. У италијанској правној теорији се, такође, без минимизирања значаја начела поверљивости за успостављање поверења и отворену размену информација између странака, што представља саму суштину медијације, истиче да то начело, апсолутно примењено, може произвести контрадикторне ефекте, будући да исто може постати параван за злоупотребе права и успостављање лоше праксе, те се подсећа на чињеницу да је велики број држава чланица Европске уније прихватио могућност дати Директивом 2008/52/ЕС, која прописује да се поверљивост може релативизовати у јавном интересу, као и у случају када је откривање садржине споразума постигнутог у медијацији неопходно у циљу његове примене или извршења. Нав. према: Giuseppe Conte, *op. cit.*, стр. 192-193.

споразумног решавања радних спорова "по сваку цену" и у том смислу истиче да мирно решавање радних спорова не може бити постављено као апсолутни императив и да оно има своје границе у остваривању социјалне правде. Као илустративан пример наводи се штетна пракса медијатора британске Службе за мирење, посредовање и арбитражу (*ACAS*) из осамдесетих и деведесетих година прошлог века, који су под утицајем своје законске обавезе да "настоје да унапреде споразумно решавање радних спорова како би се смањила потреба за њиховим решавањем пред индустријским трибуналом", често стварали на запослене снажан притисак за закључивање поравнања на своју штету, саветујући их да пристану већ на прву понуду послодавца, па чак и дајући им погрешне процене изгледа у случају решавања спора пред трибуналом (показало се да је у 13% случајева у којима је запослени добио спор пред индустријским трибуналом исти запослени претходно био саветован од стране медијатора *ACAS* да су му шансе за успех у спору никакве или незнатне). Таква пракса медијатора британске јавне службе је резултирала потпуно контрапродуктивним ефектом, јер је медијација, уместо да преузме улогу фасилитатора социјалне правде и утиче на послодавце да воде више рачуна о својим законским обавезама како би се поравнали под што повољнијим условима, а на запослене да не прихватају свакаке понуде послодавца који су незаконито поступали, заправо донела послодавцима охрабрење да наставе да шире праксу незаконитих отказа, будући да су наишли на никакав или врло мали отпор запослених, који су, под притиском медијатора *ACAS*, пристајали на закључење поравнања под условима које диктира послодавац (свега трећина случајева изнетих пред ову службу је завршила пред индустријским трибуналом, а поравнања су била више него двоструко нижа од износа које би запослени остварили у судском поступку).¹²⁵⁷

3.5. Заступљеност коришћења мирних метода решавања радних спорова

Коришћење ADR метода има све значајнију улогу у решавању спорова у САД и у Европи, с тим што се примена ових метода много чешће договара по ad hoc принципу, након настанка радног спора, него што се унапред имплементира у уговоре о раду.

Према истраживањима *Cornell* универзитета из 2011. године, веома мали проценат анкетираних предузећа (испод 1%) се изјаснио да увек прибегава решавању

¹²⁵⁷ H. Collins, *Justice in Dismissal, op. cit.*, стр. 137-139.

спорова судским путем, што је око 10 пута бољи резултат у односу на 1997. годину, а значајан је и пад броја корпорација које су се изјасниле да најпре покрећу судски спор, а тек онда разматрају могућност његовог мирног решавања. С друге стране, у наведеном периоду није порастао број корпорација које увек прво разматрају примену ADR метода (задржао се на нивоу од 11%), што се у америчкој правној теорији објашњава генералном свешћу о томе да ове методе ипак имају своја ограничења и да у одређеним врстама спорова није могуће избећи судски спор.¹²⁵⁸

Генерални закључак о порасту учешћа ADR метода у решавању радних спорова бележи се и у државама чланицама Европске уније, при чему су ове методе најзаступљеније у Великој Британији, Аустрији, Немачкој, Данској, Ирској, Италији, Шпанији, Норвешкој, Шведској, Малти и на Кипру¹²⁵⁹. Иако о учесталости коришћења и успешности ових метода у вансудским поступцима не постоје егзактни подаци за све државе, статистичка истраживања EUROFUND из 2010. године о примени вансудских ADR метода показују да се у Италији око 50% спорова решава у поступку медијације, на Малти око 36%, у Шпанији око 58%¹²⁶⁰, док статистички показатељи британске Службе за мирење, посредовање и арбитражу (ACAS) показују да се у Великој Британији на овај начин реши више од 70% спорова¹²⁶¹. Такође, статистичка истраживања EUROFUND за 2010. годину показују успешност судске медијације у две трећине случајева, што такође ствара одређени оптимизам у погледу будућности примене судских ADR метода¹²⁶².

Према истраживањима *Cornell* универзитета, *медијација представља најчешће коришћени метод мирног решавања радних спорова*, о чему говори податак да је чак 85,8% учесника анкете навело да је барем једном у претходне три године користило овај метод решавања спорова¹²⁶³.

С друге стране, *арбитража никада није била посебно популаран метод решавања колективних радних спорова*, док је у индивидуалним радним споровима имала битно различит третман у Европи и САД. Наиме, *у Европи арбитража никада није била посебно заступљена у решавању индивидуалних радних спорова, док је у САД била изузетно заступљена*

¹²⁵⁸ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 21-23.

¹²⁵⁹ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 3.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, стр. 12.

¹²⁶¹ Годишњи извештај Службе за саветовање, мирење и арбитражу (ACAS, *Annual report and accounts 2017-18*) - у даљем тексту: ACAS, *Annual report and accounts 2017-18*, <http://m.acas.org.uk/media/pdf/m/2/Acas-annual-report-2017-2018.pdf>, 22.01.2019., стр. 17-20.

¹²⁶² EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 19.

¹²⁶³ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 28, 31. Наведено истраживање показало је скок употребе овог метода, с обзиром да је у истоврсном истраживању из 1997. године проценат коришћења медијације у радним споровима износио 78,6%.

деведесетих година прошлог века,¹²⁶⁴ да би у последње време такође доживела драстичан пад, о чему говори податак да је у истраживању *Cornell* универзитета спроведеном 1997. године чак 62.2% корпорација навело да је користило овај метод решавања радних спорова у трогодишњем који је претходио анкети, док је у 2011. години тај проценат износио свега 37.8%, при чему се више од половине предузећа изјаснило да никада не користи добровољну арбитражу (58.5%), као и да у будућности највероватније неће користити овај метод решавања радних спорова (61.1%)¹²⁶⁵.

Разлози све мањег коришћења арбитраже као метода за решавање радних спорова на глобалном нивоу приписују се многим факторима који су у међувремену искристалисали, међу којима је могуће диференцирати три основна: (1) *емпиријски губитак поверења у непристрасност и компетентност арбитра*, који води неспремности да се арбитражна одлука прихвати као коначна, чиме арбитража губи своју основну предност - коначност решења спора у кратком року¹²⁶⁶, (2) *порастан трошкова и времена трајања арбитраже*, чему су узрок све комплекснији правни прописи које треба узети у обзир, чиме арбитража губи основну компаративну предност у односу на суд и (3) *"победа" медијације на глобалном нивоу*, која је од метода решавања радних спорова постала философија индустријских односа и као таква крунисана увођењем интегрисаних система управљања конфликтима (*Integrated Conflict Management Systems - ICMS*), који су све присутнији код већих послодаваца, а који предвиђају вишестепену методологију решавања спорова, која укључује: (а) превенцију спорова кроз обуке о спречавању конфликта, (б) покушај решавања спора путем интерне комуникације, (в) интерну медијацију, па тек на крају (г) арбитража или суд, као последња инстанца, тек ако су све могућности исцрпљене¹²⁶⁷.

4. Медијација (посредовање и мирење)

4.1. Појам медијације и однос посредовања и мирења

Медијација, као што је већ било речи, представља појам који у свом наопштијем значењу обухвата различите врсте поступака, у којима трећа страна,

¹²⁶⁴ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 172.

¹²⁶⁵ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 32-33, 35.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, стр. 37. Истраживања *Cornell* универзитета из 2011. године показала су да су као главне разлоге неспремности да прихвате арбитражу, испитаници наводили следеће: (1) проблем изјављивања жалбе, (2) брига да арбитражи могу поступати супротно закону, (3) перцепција да арбитражи сувише теже компромису, а не пресуђењу, (3) одсуство поверења у неутралност арбитра, (4) нарастајући трошкови арбитраже.

¹²⁶⁷ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 187.

чији интереси нису непосредно инволвирани у конкретан спор, на различите начине и са различитим овлашћењима интервенише са циљем да супротстављеним странама помогне да споразумно окончају међусобни спор. У том контексту, медијација се у америчкој правној теорији дефинише и као олакшано преговарање (*facilitated negotiations*) у коме медијатор, као непристрасна трећа страна, олакшава странама у спору или њиховим представницима преговоре кроз које трагају за решењем спора¹²⁶⁸.

Наведени, *шири појам медијације* прихваћен је у делу британске¹²⁶⁹ и америчке правне теорије¹²⁷⁰ и пракси америчке Федералне службе за мирење и посредовање (FMCS)¹²⁷¹, као и у неким законодавствима, на пример, италијанском¹²⁷². У британској правној теорији медијација се даље дели на директивну (*directive mediation*) и фасилитативну (*facilitative mediation*), при чему код директне медијације медијатор има право да странама у спору даје необавезујуће препоруке, које оне могу, али не морају прихватити, док код фасилитативне медијације има пасивнију улогу подстицања страна у спору у проналажењу сопствених решења насталог спора. У америчкој правној теорији, медијација се дели на евалуативну (*evaluative mediation*) и трансформациону (*transformative mediation*), при чему евалуативна медијација има за циљ решавање постојећег спора, чиме се приближава директивној (*directive mediation*) и фасилитативној (*facilitative mediation*) медијацији из британске правне теорије, док трансформациона медијација превазилази решење постојећег спора и усмерава пажњу на успостављање "правила игре" како би решење постојећег послужило као превенција будућих спорова.¹²⁷³

У свом *ужем значењу*, термин медијација (*mediation*) се користи паралелно са термином *conciliation*, што, иако се наведени изрази ни етимолошки ни у свом актуелном значењу скоро и не разликују¹²⁷⁴, има за циљ да се направи дистинкција између врсте поступака у којима непристрасно треће лице само помаже сукобљеним странама да постигну договор, где је његова улога прилично пасивна и базирана на

¹²⁶⁸ *Ibid.*, стр. 947.

¹²⁶⁹ R. Ridley-Duff, Anthony Bennett, *op. cit.*, стр. 6-8.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, стр. 939-940; T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 27-30.

¹²⁷¹ Paul H. Sanders, "Types of Labour Disputes and Approaches to Their Settlement", 12 *Law and Contemporary Problems*, 1947, доступно на интернет страници: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2300&context=lcp>, 30.01.2019., стр. 215.

¹²⁷² Giuseppe Conte, "The Italian way of mediation", *Yearbook on arbitration and mediation*, 2014, стр. 190.

¹²⁷³ R. Ridley-Duff and A. Bennett, *op. cit.*, стр. 7.

¹²⁷⁴ Израз *mediation* има корен у латинским изразима *mediatus*, што значи "који посредује" и *mediare*, што значи "заузети средњу позицију", док израз *conciliation* има корен у латинском изразу *conciliare*, што значи "саставити, ујединити у мишљењу, спријатељити, измирити, придобити". Нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 946-947.

томе да стране добро разуме и потруди се да на правилан начин пренесе узајамне ставове у настојању да их приближи, али без права да излаже сопствене ставове или даје предлоге, у односу на поступке где је улога трећег лица далеко активнија и састоји се управо у томе да странама које не могу саме да изнађу излаз из спорне ситуације сам предложи начин решења спора.

Најчешће се термин *conciliation* користи као одређење пасивније варијанте медијације, у домаћем праву назване посредовање, где треће непристрасно лице, кроз појединачне или заједничке контакте, указује странама у спору на неопходност и важност решења спора, чиме се овај поступак веома приближава фасилитативној медијацији (*facilitative mediation*) из британске правне теорије, док се термином *mediation* означава активнија варијанта медијације, у домаћем праву названа мирење, у којој медијатор заједно са странкама покушава да реши спор и у том смислу даје конкретне предлоге за превазилажење разлика. Ова класификација јавља се, примера ради, у делу америчке правне теорије¹²⁷⁵, у пракси британске Службе за саветовање, мирење и арбитражу (*ACAS*)¹²⁷⁶, као и у значајном броју чланица Европске уније¹²⁷⁷. Исту класификацију, али са супротним значењем, прихватају и аустралијска теорија и пракса неких служби за мирно решавање спорова, које под термином *mediation* сматрају поступак у коме стране у спору, уз помоћ неутралне треће стране (медијатора), утврђују предмет спора, разматрају све околности, могућности и алтернативе и настоје да постигну договор који задовољава потребе и интересе обе стране, при чему медијатор води поступак и утврђује кораке и фазе тог поступка, али нема ни саветодавну ни одлучујућу улогу у погледу предмета или исхода спора, који су у целости у ингеренцији супротстављених страна¹²⁷⁸, док се под термином *conciliation* сматра поступак у коме је миритељ овлашћен да странама у спору даје предлоге о начину решења спора, условима поравнања и да отворено саветује стране у спору да прихвате договор који кореспондира њиховим жељама и правном оквиру у коме се поравнање закључује¹²⁷⁹. Сличан концепт прихваћен је у немачком¹²⁸⁰ и домаћем праву, у коме медијатор - миритељ има право да даје предлоге и препоруке у правцу решења спора, док медијатор - посредник не располаже таквим овлашћењима, већ је ограничен на посредовање у размени предлога странака и

¹²⁷⁵ P. Sanders, *op. cit.*, стр. 215.

¹²⁷⁶ R. Ridley-Duff and A. Bennett, *op. cit.*, стр. 6.

¹²⁷⁷ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 1.

¹²⁷⁸ D. Spencer, S. Hardy, *op. cit.*, стр. 17.

¹²⁷⁹ *Ibid.*

¹²⁸⁰ Ulrich Zachert, "Conciliation, mediation and arbitration jurisdiction in Germany national level", 2016, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2467&langId=en>, 07.06.2017., стр. 5, 7.

приближавање њихових ставова на неутралан начин.

Дакле, постоје две основне врсте медијације: (1) *медијација са пасивном улогом медијатора*, где медијатор нема овлашћење да заузима сопствене ставове о предмету спора, нити странкама нуди или предлаже било каква решења спора, већ им помаже да саме дођу до решења проблема, *коју је домаћи законодавац назвао посредовањем* и (2) *медијација са активном улогом медијатора*, где је суштина улоге медијатора управо у томе да стране у спору приволи на компромис отвореним комуницирањем свог виђења ствари и предлагањем начина решења спора, *коју је домаћи законодавац назвао мирењем*.

4.2. *Обавезна медијација као изузетак од начела добровољности ADR метода*

Медијација, као и сви други ADR методи, заснована је на начелу добровољности, које подразумева да стране у спору у свим фаза поступка слободно одлучују о (1) *избору медијације* као начина решавања спора, (2) *избору медијатора*, (3) *учешћу* у поступку и (4) *решавању спора* - компромисним решењем (посредовање), односно прихватањем препоруке о начину решења спора (мирење)¹²⁸¹.

У одређеним ситуацијама, међутим, *јавни интерес* може налагати да се стране у спору принудно доведу за преговарачки сто, у ком случају *закон* прописује тзв. *обавезну медијацију*, која ускраћује странама у спору могућност избора у погледу тога да ли ће приступити медијацији, али им не намеће обавезу постизања компромисног решења (посредовање), нити препоруке медијатора о начину решења спора (мирење), дакле *у питању је обавеза средства, а не обавеза циља*. Стога, иако обавезна медијација представља одступање од начела добровољности, она се ипак сматра "прихватљивим одступањем"¹²⁸², будући да не намеће странама у спору решење спора, већ им само намеће обавезу приступања медијацији, односно покушаја мирног решења спора, што се сматра избалансираним ограничавањем диспозиције странака у *јавном интересу*.

Обавезна медијација се у страним правима, по правилу, јавља (1) *као услов за подношење тужбе у радном спору*, под претњом њеног одбачаја или (2) *као услов за ступање у штрајк*, у посебном режиму штрајка.

¹²⁸¹ *Ibid*, стр. 938-939.

¹²⁸² *Ibid*, стр. 939.

4.2.1. Обавезна медијација као услов за подношење тужбе у радном спору

Ratio увођења обавезне медијације у правном системима који подвргавање истој прописују као услов за подношење тужбе у радном спору је јавни интерес за растерећивањем судова од прекомерног броја радних спорова.

Обавезна медијација, као услов за подношење тужбе у индивидуалном радном спору, уведена је у Великој Британији изменама Закона о радним трибунаlima (*The Employment Tribunals Regulations 254/2014*) из 2014. године, са циљем растерећења индустријских трибунала. Поступак медијације (посредовања - *early conciliation*) мора бити покренут пред јавном Службом за мирене, посредовање и арбитражу (*ACAS*), а тужилац је дужан да уз тужбу достави потврду *ACAS* о покретању овог поступка, под претњом одбачаја тужбе¹²⁸³. Покретање поступка медијације доводи до застоја рока за подношење тужбе, који траје месец дана и може се продужити за највише две недеље уколико медијатор процени да је поравнање изгледно.

Стварни ефекат уведене обавезне медијације се, међутим, у стручној литератури доводи у питање, са образложењем да исто, због "лабавог" законског оквира, представља пуку формалност, будући да (1) *ACAS* издаје потврду сваком подносиоцу који се обрати овој јавној служби и на прописаном обрасцу достави основне податке о себи и послодавцу, при чему не постоји обавеза давања било каквих података о предмету спора, нити обавеза приступања преговорима у доброј вери, те да (2) ниједна страна у спору неће трпети никакве санкције уколико до медијације не дође или уколико било која од страна одустане од започете медијације, без образложења такве одлуке. Истиче се, стога, да се не стичу услови за озбиљно и одговорно приступање медијацији, већ да се пре ствара терен за злоупотребе овог поступка, како од стране запосленог, тако и од стране послодавца, будући да ће запослени покретањем тог поступка моћи да себи продужи рок за тужбу и тиме одложи плаћање судске таксе, а у међувремену покушати да од послодавца наплати неку компензацију у замену за одустанак од спора, чак и ако нема стварну намеру подношења тужбе нити уверење у успех у спору, док послодавац може прихватити поступак мирене само како би ближе испитао основ и аргументацију потенцијалне

¹²⁸³ ACAS, Early Conciliation, доступно на интернет страници: <http://www.acas.org.uk/index.aspx?articleid=4028>, 22.01.2019.

тужбе или "купио време" у нади да ће запослени у току посредовања наћи нови посао и одустати од тужбе.¹²⁸⁴

Стога је британска Влада, као мере подршке обавезној медијацији пре подношења тужбе, почела да разматра повећање судских такси, па чак и увођење новчане казне за странку у спору која одбије медијацију, ако индустријски трибунал доцније донесе по њу неповољнију пресуду¹²⁸⁵.

*Обавезна медијација била је предвиђена и у италијанском праву као услов за покретање парничног поступка, али је недавно напуштена.*¹²⁸⁶ У италијанској правној теорији је законско решење о овој врсти обавезне медијацији, која је била додатно "подржана" негативним процесним последицама у судском поступку за страну која је сматрана опструентом поравнања, у том смислу што је била дужна да сноси трошкове поступка без обзира на исход и што је опструкција поравнања представљала сама по себи доказ против те стране, излагано је критици као претерано ригидно, као решење којим се ускраћује право на приступ суду, а сумња у погледу истог је изражена и Резолуцијом Европског парламента број 2011/2026-INI од 13. септембра 2011. године.¹²⁸⁷

4.2.2. Обавезна медијација као услов за ступање у штрајк

По мишљењу Комитета МОР за слободу удруживања, *делотворно коришћење метода мирног решавања радних спорова је од посебног значаја у посебном режиму остваривања права на штрајк*, који мора бити "праћен одговарајућим, непристрасним и брзим поступком мирења и арбитраже, уз активно учешће обе стране у свакој фази поступка и могућност целовите и хитне имплементације споразума или одлука донетих у тим поступцима". Истовремено, ово надзорно тело МОР подсећа на закључак Комитета експерата МОР за примену конвенција и препорука да "у великом броју држава законодавство предвиђа обавезне поступке мирења и посредовања пре ступања у штрајк. Дух тих одредби је компатибилан члану 4 Конвенције бр. 98, која промовише пун развој и употребу механизма за добровољно колективно преговарање. Ти механизми, међутим, као своју једину сврху морају имати подршку колективном

¹²⁸⁴ James Watkins, "Just how mandatory is early conciliation?", доступно на интернет страници <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb249723-152a-4e81-8ed2-12b58e931571>, 22.01.2019.

¹²⁸⁵ V. V. Suchs, *op. cit.*, стр. 104.

¹²⁸⁶ Giuseppe Conte, *op. cit.*, стр. 191-192; Francesco d'Amora and Andrea Patrizi, "Italy", у: *The Labour and Employment Disputes Review*, Nicholas Robertson (ed), Law Business Research Ltd, London, 2018, стр. 56.

¹²⁸⁷ Giuseppe Conte, *op. cit.*, стр. 188-192.

преговарању и не смеју бити толико спори или компликовани да учине штрајк немогућим у пракси или га лише његових практичних дејстава"¹²⁸⁸.

У САД постоји обавезна медијација у делатностима од виталног значаја, које се активира уколико федерални суд, на захтев државног тужиоца, привременом мером забрани штрајк који је таквих размера да би његов наставак могао да угрози национално здравље и безбедност. У том случају, стране у колективном радном спору имају законску обавезу да током трајања забране штрајка приступе медијацији посредством FMCS. Забрана штрајка може трајати најдуже 80 дана и тај период се назива "периодом хлађења" (*cooling-off period*), који има за циљ да стране у спору помоћу обавезне медијације нађу мирно и обострано прихватљиво решење спора, у атмосфери која је лишена тензија које штрајк носи са собом. Сходно томе, у периоду од првих 60 дана се одвијају интензивни преговори уз учешће FMCS и под надзором Одбора за истрагу који формира председник САД, након чега се у наредних 20 дана врши избор представника запослених за изјашњење о последњем предлогу послодавца који потврђује државни тужилац. Уколико медијација не успе, председник САД се по истеку забране штрајка, обраћа Конгресу са извештајем о резултатима истраге и избора радничких представника, као и предлогом активности, на основу чега Конгрес одлучује о евентуалној потреби за легислативним интервенцијама у циљу окончања штрајка.¹²⁸⁹

У периоду између 1947. и 1977. године, од укупно 35 штрајкова који су оцењени опасним по национално здравље и безбедност, привремена мера забране штрајка издата је у 31 случају, од чега свега 13 штрајкова није окончано мирењем током 80 дана забране штрајка. Са опадањем снаге синдиката све је мање штрајкова који су повод за овакве мере, а последњи се догодио 2002. године, током колективних преговора за Пристаништа пацифичке обале, када је послодавац прибегао локауту, а спор решен медијацијом три недеље пре истека периода забране штрајка.¹²⁹⁰

Обавезна медијација предвиђена је у САД и у случају штрајка у фармацеутској индустрији, уколико директор FMCS процени да би штрајк или претећи штрајк могли да доведу до прекида испоруке лекова на подручју захваћеном штрајком. У том случају он ће именовати независан Одбор за истрагу конкретног колективног спора, у чијем саставу не морају бити државни службеници. Одбор је дужан да у року од 15

¹²⁸⁸ *Ibid.*, стр. 26.

¹²⁸⁹ Alvin L. Goldman, Roberto L. Corrada, *Labour law and industrial relations in United States of Amerika*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 475.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

дана од формирања истражи све околности и припреми свој писани налаз и мишљење о начину решења спора. Штрајк и било какве измене уговорених услова рада су забрањене од момента формирања Одбора па до истека 15 дана од издавања извештаја, у ком периоду тече обавезно посредовање.¹²⁹¹

4.3. Медијатори

С обзиром на своју веома деликатну улогу у поступку, од изузетног је значаја да медијатор буде *непристрасна личност*¹²⁹². Истраживања спроведена у Поштанској служби САД су показала да непристрасност медијатора значајно утиче на стицање поверења страна у спору и повећава изгледе за постизање мирног решења спора¹²⁹³. Притом је интересантан податак да на поверење странака није значајно утицало то да ли је посредник изабран интерно или екстерно, будући да се показало да је степен задовољства поступком и успешног окончања спорова био само незнатно нижи код интерних посредника (91%, односно 74%) у односу на екстерне посреднике (96%, односно 80%)¹²⁹⁴. Ипак, истраживања универзитета *Cornell* из 2011. године су показала да стране у спору скоро уопште не користе интерне медијаторе, већ искључиво екстерне, које бирају са листа приватних ADR компанија или по препоруци, односно сопственом искуству, што говори колико о значају непристрасности у медијацији, толико и до ипак преовлађујућем ставу да је услов непристрасности потпуна неутралност медијатора, што имплицира одсуство било какве везе са радном средином у којој треба да води поступак¹²⁹⁵.

У правној теорији се указује да медијатор, поред непристрасности, *мора и поседовати одређене квалификације, односно бити компетентан*¹²⁹⁶, што не значи да нужно мора имати специјализацију у области која је предмет спора, нити правне квалификације¹²⁹⁷. Овом важном питању посвећује се доста пажње у правној теорији и стручној литератури. Истиче се, у том смислу, да у европским државама, у којима постоје јавне службе за медијацију, као посебне специјализоване агенције или део

¹²⁹¹ *Ibid.*, стр. 476.

¹²⁹² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 946.

¹²⁹³ R. Ridley-Duff, A. Bennett, *op. cit.*, стр. 11.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 38-39.

¹²⁹⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 946; G. Conte, *op. cit.*, стр. 196.

¹²⁹⁷ G. Conte, *op. cit.*, стр. 196.

државног апарата, као што су то Грчка, Ирска, Литванија и Велика Британија, медијаторима који су државни службеници обезбеђује одговарајућа обука¹²⁹⁸.

Штавише, управо се висок проценат успешности британске Службе за саветовање, мирење и арбитражу (*ACAS*) приписује *вештинама медијатора*, који имају константне и свеобухватне обуке, почев од иницијалних тренинга, периодичних тренинга, радионица, сталних евалуација њиховог рада, заједничких састанака у циљу размене искустава, обезбеђивања приручника за рад и сталних едукација из области радног права. Експертиза медијатора се додатно приписује чињеници да се ови кадрови креирају у самој служби, где почињу да раде од најнижих позиција, да би након тога почели да саветују у индивидуалним радним споровима и тек када стекну праксу почели да саветују у колективним радним споровима. Правна струка није услов за бављење пословима медијатора, тако да су миритељи ретко правници, већ своја знања стичу интензивним обукама у циљу стицања практичних знања након заснивања радног односа.¹²⁹⁹

На значај обуке указује се и у државама које немају довољно компетентне медијаторе, на пример у Грчкој, чији Економско-социјални савет указује на проблематичност једномесечне обуке медијатора у националној јавној служби, која их не чини компетентним за улогу која им је поверена¹³⁰⁰. У италијанској правној теорији се указује на неадекватност тамошњег законског решења, према коме су правници *ex lege* медијатори, а да притом не пролазе потребну обуку за обављање послова медијатора, што их не чини довољно компетентним и резултира тиме да се поступци медијације претварају у мини суђења и тиме губе своју суштину и функцију, те се као могући пример за углед наводе обуке студената правних факултета у САД, кроз низ курсева посвећених ADR методама, који студентима обезбеђују теоријска и практична знања и перспективно их чине квалификованим медијаторима¹³⁰¹.

4.4. Поступак посредовања

Основна карактеристика овог ADR метода је *одсуство овлашћења посредника да заузме и изрази било какав став о предмету спора, као и да странкама понуди формални предлог*

¹²⁹⁸ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 15.

¹²⁹⁹ Virginia Vilches Suchs, *Mediation in Individual Labour Disputes, The cases of SERCLA (Andalusia) and ACAS (UK)* (Master's Thesis), Tilburg university, 2012., стр. 106, 117.

¹³⁰⁰ EUROFUND, "Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution", стр. 15.

¹³⁰¹ G. Conte, *op. cit.*, стр. 191, 196-197.

решења спора, тако да је његова улога сведена на то да, пажљивим слушањем страна у спору, њиховог субјективног погледа на узроке настанка спора и виђења могућег решења, покуша да разуме суштину спора и да странке, приволи да седну за преговарачки сто и саслушају једна другу, без предрасуда и непријатељства, те да препознају заједнички интерес у постизању компромиса, који по правилу краткорочно не задовољава ниједну страну, али на дугом року доноси користи свакој од њих.

Поступак посредовања не одлучује нарочита формалност, с обзиром да је акценат на томе да се стране у спору мотивишу да саме дођу до решења спора, тако да се поступак прилагођава томе. По правилу, посредник одређује правила поступања на начин који сматра најцелисходнијим, будући да некада може бити целисходније да одржава посебне састанке са странама у спору и "филтрира" њихову комуникацију, док је некада целисходније довести странке у непосредан контакт и прилику да "лицем у лице" расправе сва питања. Стога се у британској правној теорији и истиче да медијатор контролише процес, а странке исход¹³⁰².

Уколико посредовање успе, поступак се окончава закључењем *споразума о посредовању*, који треба да буде сачињен у писаној форми. Уколико је посредовање вршено у правном колективном радном спору, споразум постаје аутентично тумачење колективног уговора, а ако је вршено у интересном колективном радном спору, споразум постаје део колективног уговора као његов анекс, што сутерише и Препорука Међународне организације рада бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи.¹³⁰³

4.5. Поступак мирења

Поступак мирења такође не подлеже нарочитим формалностима, али је ипак *комплекснији од посредовања*, с обзиром на чињеницу да се исти окончава препоруком о миритеља о начину решења спора.¹³⁰⁴

Но како и мирење има превасходно за циљ постизање компромиса између страна у спору, *централна фаза мирења је слична поступку посредовања*, јер је фокус на комуникацији странака у спору, којима миритељ настоји да помогне да дођу до решења, преношењем предлога, одвојеним разговорима са странкама, па и

¹³⁰² R. Ridley-Duff and A. Bennett, *op. cit.*, стр. 8.

¹³⁰³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 947.

¹³⁰⁴ *Ibid.*

отвореним изношењем ставова у погледу предмета спора на заједничким и одвојеним састанцима. Штавише, у правној теорији се посебно апострофира важност овог аспекта улоге миритеља и указује на емпиријске податке који показују већу спремност странака на преговоре када чују миритељево мишљење о предмету спора¹³⁰⁵. У овој фази поступка може настати потреба за ангажовањем експерата из одређених области у циљу утврђивања релевантних чињеница о предмету спора.¹³⁰⁶

Уколико стране у спору у фази комуникацијске сарадње не постигну договор, миритељ формулише приоритетна питања, настоји да аргументовано приближи екстремне ставове странака у спору, сачињава образложене сугестије и препоруке и доставља их странама у спору¹³⁰⁷.

Препорука миритеља, по правилу, нема обавезујуће дејство за стране у спору, те ће стога ефекат ове препоруке у доброј мери зависити од личног и професионалног ауторитета, те поверења које је миритељ задобио од странака и које ће их детерминисати у одлуци о његовој препоруци. Како препорука ипак не би остала без ефекта, *могуће је предвидети одређене случајеве притиска* на странку која не прихвати препоруку миритеља.

Заступници наведеног приступа указују на посебну вредност законодавних решења која предвиђају овлашћење медијатора да странама у спору наметне своју препоруку, било у виду (1) обавезе њеног извршења, присутне код "med-arb" метода¹³⁰⁸, (2) прописивања одређених санкција неприхватања препоруке, као на пример, објављивања препоруке или сношења трошкова судског поступка¹³⁰⁹, или (3) немогућности остваривања права на индустријску акцију¹³¹⁰ или права на

¹³⁰⁵ J. Nolan-Haley, *op. cit.*, стр. 84.

¹³⁰⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 948.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ А. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 940, 954. Слична могућност јавља се и у индустријским односима у немачком праву, где се стране у колективном радном спору могу договорити да ће препоруку медијатора прихватити као обавезујућу (уобичајено у споровима у грађевинској, штампарској и металској индустрији). Нав. према: Ulrich Zachert, *op. cit.*, стр. 9.

¹³⁰⁹ Једно од таквих законодавстава је италијанско, које миритељу даје за право да странама у спору упути препоруку чак и уколико ниједна од страна у спору није то предложила, па чак и у ситуацији када једна од страна у спору уопште није пристала на учешће у поступку мирења, прописујући истовремено да странка која одбије да поступи по препоруци, а накнадно успе у судском спору, не само да неће имати право на накнаду парничних трошкова од супротне стране, већ ће супротној страни бити дужна да надокнади трошкове заступања и друге парничне трошкове, као и да уплати све припадајуће судске таксе. Друга врста притиска која има за циљ да се стране у спору подвргну медијацији односи се на извођење доказа у парничном поступку и састоји у овлашћења суда у радном спору да као посебан "доказ" цени чињеницу да је странка у спору одбила учешће у поступку мирења, јасно као доказ на штету те странке. Нав. према: Giuseppe Conte, *op. cit.*, стр. 192.

¹³¹⁰ Пример тога постоји у индустријским односима САД, у делатностима железница и авиоиндустрије, у којима је услов за ступање у законит штрајк издавање потврде Националног одбора за медијацију да споразум у медијацији није постигнут. Без обзира на то колико дуго су преговори трајали и били без резултата, у штрајк није дозвољено ступити пре него што Национални одбор за медијацију изда "зелено светло", чиме се одбору даје могућност да одржава *status quo*, спречавајући стране у спору да спор решавају индустријском акцијом и тиме их мотивишући на постизање договора, при чему мотивација расте са учвршћавањем уверења страна у спору да одбор неће издати потврду о неуспеху преговора. Нав. према: А. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 955. Слично, у

подношење тужбе¹³¹¹ без издавања потврде миритеља, оцењујући да ова врста притиска има значајну улогу у мотивисању странака и њиховој перцепцији значаја постизања споразума, будући да неприхватањем закључења споразума ризикују губитак контроле над спором и обавезу прихватања неодговарајуће препоруке под претњом законских последица¹³¹².

Нису, међутим, сви правни теоретичари апологете евалуационе медијације која је праћена санкцијама неприхватања препоруке. Опоненти у том смислу истичу да иста удаљава медијацију од њене суштине, с обзиром да препорука, у оквиру предлога решења спора, садржи и анализу спора, сагледавање његових правних и чињеничних аспеката и предвиђање могућег исхода судског поступка¹³¹³. Упозорава се да ова врста медијације, коју карактерише мноштво правних питања и антагонизовање страна у спору, брише границу између медијације и арбитраже, што има низ негативних аспеката, јер медијација треба да постоји као самосталан метод, који нема за циљ никакву врсту "пресуђивања", чак ни посредног¹³¹⁴.

4.6. Услови успешности медијације

У правној теорији се указује да је *conditio sine qua non* успешног посредовања, воља страна у спору за постизањем компромиса, те одређени ниво кохерентних интереса, будући да ако је било која страна у спору уверена да ће спор бити окончан у њену корист, без утрошка превише времена, енергије и финансијских средстава, медијација тешко може бити сматрано ефикасним методом. У том смислу, у теорији која медијацију посматра кроз модел преговарачке снаге (*bargaining strength model*), односно перцептиван модел преговарања, сматра се да је постизање мирног решења спора достижно све док свака страна сматра да је оно што би друга страна била спремна да уради како би постигла поравнање, заједно са инвестираним ресурсима у преговарање са другом страном, веће вредности од оног што би та иста страна добила кроз преговоре са неком трећом страном или кроз неки од алтернативних

колективним радним споровима у Немачкој се, у јавном сектору и одређеним секторима индустрије (грађевинској и хемијској), споразумом о медијацији догавара обавеза чувања социјалног мира за време трајања поступка, тако да се не може законито отпочети индустријска акција док се не оконча овај поступак. Ulrich Zachert, *op. cit.*, стр. 9.

¹³¹¹ Пример таквог механизма постоји у италијанском праву, где се тужба може поднети тек по протеклу три месеца од започињања поступка медијације, осим уколико медијатор изда потврду о неуспешности првог састанка за медијацију. Нав. према: Giuseppe Conte, *op. cit.*, стр. 191.

¹³¹² A. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 940, 954.

¹³¹³ J. Nolan-Haley, *op. cit.*, стр. 83.

¹³¹⁴ *Ibid.*, стр. 63.

механизма решавања спора, увећано за трошкове нових преговора, односно коришћења алтернативних механизма¹³¹⁵. Указује се да поступак медијације у радним споровима чини посебно деликатним присуство емоционалног момента код супротстављених странака, код запосленог у сваком случају, због чега се медијацији у радним споровима не може приступити искључиво са економског аспекта, узимајући у обзир тржишне околности и очекивања¹³¹⁶. Стога је често есенцијално важно суочити стране у спору, довести их за преговарачки сто и дати им прилику да из себе "избаце" горчину и повређена осећања¹³¹⁷, што управо и јесте сврха медијације. У том контексту, успех медијације ће зависити у великој мери од професионалног и лично-моралног ауторитета медијатора, угледа који има код страна у спору, његовог дипломатског такта, али и од спремности на компромис, културе социјалног дијалога и добре вере страна у спору¹³¹⁸.

5. Арбитража

5.1. Појам арбитраже

Као што је претходно било речи, арбитража је метод решавања индивидуалних и колективних радних спорова који се састоји у томе што стране у спору поверавају трећем непристрасном лицу или лицима *решавање спора доношењем арбитражне одлуке*, која обавезује стране у спору, изузев код тзв. саветодавне арбитраже, чија одлука не обавезује странке¹³¹⁹. С обзиром да треће лице својом одлуком правноснажно решава спор, арбитража се сматра квази-судским спором и у теорији често назива приватним судовањем (*private adjudication*)¹³²⁰, због чега јој се у

¹³¹⁵ A. L. Goldman, *op. cit.*, стр. 944. Проф. Голдман је овај модел развио у своме делу *Settling for more* и исти се заснива на томе да преговарачка снага у поступку медијације у радним споровима лежи у перцепцији странака о сопственој и преговарачкој снази друге стране, а не на реалним факторима. Стога је најважнији елемент преговарачке снаге међусобна перцепција. У том смислу, проф. Голдман сматра да на медијацију у радним споровима није могуће применити тржишни модел преговарања (*market-based approach*), будући да тај модел почива на потпуно рационалним размисљањима пословних људи који преговоре базирају на тачним и комплетним сазнањима, тако да је процес одлучивања заснован на стварности, а не перцепцији. За разлику од наведеног, перцептиван модел преговарања (*perception-based model*), који постоји код медијације у радним споровима, претпоставља преговараче који су покренути емоцијом и резоновањем заснованим на емоцијама и перцепцијама, које могу бити производ маште, заблуде, незнања, ирационалности и сличног. *Ibid.*, стр. 941-942.

¹³¹⁶ *Ibid.*, стр. 950-951.

¹³¹⁷ *Ibid.*, стр. 967.

¹³¹⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о социјалном дијалогу и достојанству на раду*, *op. cit.*, стр. 946.

¹³¹⁹ *Ibid.*, 952.

¹³²⁰ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 180.

делу правне теорије чак и оспорава карактер ADR метода, посебно када је у питању обавезна арбитража¹³²¹.

5.2. Арбитрабилност радних спорова

С обзиром да арбитражна одлука, посебно када *ex lege* или на основу споразума страна у спору има обавезујуће дејство, постаје део јавног поретка, у правној теорији и националним законодавствима се поставља питање арбитрабилности радних спорова, односно њихове подобности да буду предмет арбитраже уместо судског решавања. Наведено питање посебно је значајно код *правне арбитраже*, која се може јавити у индивидуалним и у колективним радним споровима и за свој предмет има решавање *спорова који настану у тумачењу и примени норми индивидуалног или колективног уговора о раду (радни спор у ужем смислу) или одредби о индивидуалним или колективним правима запослених, односно послодаваца, садржаних у законским и подзаконским актима, будући да се арбитар у овој врсти арбитраже бави применом норми хетерономног и аутономног права и у том погледу је најсличнији улози судије.*

Упоредна истраживања *схватања о арбитрабилности радних спорова у САД и европским државама показује значајне разлике*, што се објашњава различитим нивоом заштитног радног законодавства и институционалне улоге социјалних партнера, другачијим односом судске власти и гледиштем на поверљивост арбитраже, која представља једну од њених основних карактеристика. Сматра се, наиме, да *значајно виши ниво заштитног радног законодавства у европским државама сужава простор за арбитражу*, будући да се арбитрабилност посматра са аспекта допуштености располагања одређеним захтевима, услед чега се статусни спорови по правилу сматрају неарбитрабилним, а такви су спорови о престанку радног односа. С друге стране, амерички радни закони, пружајући значајно нижи ниво гаранција права из радног односа, не постављају тако уске оквире апсолутног јавног поретка и тиме ствара већи простор за арбитражу. Поред наведеног, *изузетан значај има став судске власти о арбитрабилности спорова, који је далеко афирмативнији код америчких судија*, која често након судијске каријере, пензију проводе као арбитри, за разлику од европских судија, који арбитре често посматрају као неку врсту "нелојалне конкуренције".

¹³²¹ Т. Ј. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 19.

Коначно, *на питање поверљивости се сасвим другачије гледа са различитих страна Атлантика*, јер док се у САД, из много разлога, ова карактеристика арбитраже афирмативно посматра и високо вреднује, у Европи се указује на бројне ризике решавања спорова "иза затворених врата", о чему је већ било речи.¹³²²

У складу са претходно наведеним, по становишту *Врховног суда САД сви индивидуални радни спорови арбитрабилни*, без обзира да ли је реч о законским или уговорним правима запосленог¹³²³. Ипак, без обзира на афирмативан став о арбитрабилности, ниво заинтересованости за арбитражу у индивидуалним радним споровима, као што смо видели, драматично опада, што се делимитично може приписати и тренутно нејасном ставу Врховног суда САД према наметнутим арбитражним клаузулама у индивидуалним уговорима о раду¹³²⁴.

С друге стране, европске земље нису у тој мери афирмативне према арбитрабилности индивидуалних радних спорова. Примера ради, у *Француској* су радни трибунали искључиво надлежни за све врсте радних спорова између послодавца и запосленог, тако да *индивидуални спорови нису арбитрабилни*¹³²⁵. *Слична је ситуација и у Немачкој*, где је за индивидуалне радне спорове предвиђена искључива надлежност радних судова, док је могућност арбитражног решавања ових спорова резервисана само за одређени број делатности (позоришне и филмске делатнике и посаде бродова)¹³²⁶. У *Великој Британији* *арбитрабилност индивидуалних радних спорова условљена је вредношћу спора*, док је у *Холандији* арбитража дозвољена само у споровима око уговорних права и није дозвољена у статусним споровима, тако да *спорови око заснивања и престанка радног односа нису арбитрабилни*¹³²⁷. Док хрватски Закон о раду врло штуро предвиђа могућност поверавања радног спора арбитражи, догле се у *хрватској доктрини и јуриспруденцији доводи у питање арбитрабилност спорова поводом престанка радног односа*, а у јуриспруденцији Врховног суда Хрватске изнета је оцена да правом на отказ странке не могу слободно располагати¹³²⁸.

¹³²² R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 184-186.

¹³²³ *Ibid.*, стр. 176-177.

¹³²⁴ *Ibid.*, стр. 186.

¹³²⁵ *Code du travail*, L. 1411-4.

¹³²⁶ U. Zachert, *op. cit.*, стр. 4-5.

¹³²⁷ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 179.

¹³²⁸ Мihaјло Dika, Željko Potočnjak, "Arbitražno rješavanje radnih sporova", у M. Dika (ур.): *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa – Rješavanje radnih sporova*, Zagreb, Narodne novine, 2004., стр. 245, нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 407-409. Аутори цитирају веома интересантну одлуку Врховног суда Републике Хрватске, Revr 500/08-2, од 21.01.2009, којом је суд изразио став да спор ради утврђења недопуштености отказа уговора о раду и враћања на рад није арбитрабилан, те да арбитражна клаузула из уговора о раду није ваљана. У конкретном случају странке су арбитражном клаузулом у уговору о раду уговориле надлежност Сталног изабраног суда при Хрватској привредној комори. Суд је, решавајући процесноправно питање постоји ли надлежност суда или арбитражног суда, утврдио да је за оцену ваљаности арбитражне клаузуле битно питање да ли је спор ради утврђења недопуштености отказа уговора о раду и враћања на рад арбитрабилан, што се утврђује према одредби чл. 3. ст.

Разматрања о арбитрабилности индивидуалних радних спорова од интереса су и са аспекта домаћег права, с обзиром да је домаћи законодавац као једини метод решавања индивидуалних радних спорова пред Републичком агенцијом за мирно решавање за радне спорове, предвидео управо арбитражу, па се поставља питање адекватности тог законског решења са аспекта присутних у националним прописима европских држава.

Разлика у поимању арбитрабилности између САД и европских држава је значајно мања у односу на колективне радне спорове.

Врховни суд САД је у споровима *Lincoln Mills* из 1957. године¹³²⁹ и *Steelworkers Trilogy* из 1960. године¹³³⁰, афирмисао *арбитрабилност свих колективних радних спорова*, наводећи као *rationales decidendi* важну улогу арбитраже у очувању индустријског мира и унапређењу социјалног дијалога¹³³¹.

Колективни радни спорови сматрају се *начелно арбитрабилним и у европским државама*, будући да постоји схватање да је добровољна арбитража у складу са Европском социјалном повељом, али у пракси социјални партнери ипак радије користе методе који се заснивају на преговорима, него на доношењу мериторне одлуке о предмету спора, с обзиром да ти методи у већој мери уважавају аутономију социјалних партнера. Додатно, филозофију европских индустријских односа карактерише склоност да, уколико ни на који начин није могуће постићи компромисно решење спора, а постоји притисак да се исти оконча, решење спора буде поверено судској власти, из два разлога: *прво*, стога што се очекује да ће се суд, као истински независан и неутралан, непристрасно поставити према предмету спора и *друго*, како би се превенирале негативне последице мериторног решења спора, будући да суд, за разлику од арбитраже, по правилу не одлучује о суштини спора, већ о његовим формалних аспектима, чиме се незадовољној страни оставља нови маневарски простор да не поступи супротно својим уверењима.¹³³²

1. Закона о арбитражи. Та одредба прописује да странке могу уговорити арбитражу за решавање о правима којима могу слободно располагати, односно да арбитрабилност не постоји ако се ради о спору за који је законом предвиђена само судска заштита права и ако се спор води о праву уређеном строгим прописима и којима странке не могу слободно располагати. Суд закључује како је "за решавање спора ради утврђења недопуштености отказа уговора о раду (...) прописана судска надлежност (арг. из чл. 115. и чл. 126. ЗР-а), а, осим тога, питање отказа уговора о раду уређено је строгим прописима (...) и "правом на отказ уговора о раду" странке не могу слободно располагати".

¹³²⁹ Пресуда Врховног суда САД у предмету *Textile Workers v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957).

¹³³⁰ Пресуде Врховног суда САД у споровима: *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960). Нав. према: Ann. C. Hodges, "The Steelworkers Trilogy in the Public Sector", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 66, 1990, стр. 631.

¹³³¹ Roberto L. Corrada, "The arbitral imperative in labor and employment law", *Catholic University Law Review*, 1998, стр. 923-927.

¹³³² R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 178.

5.3. Обавезна арбитража као изузетак од начела добровољности ADR метода

Добровољна арбитража је добровољно приступање страна у спору арбитражи, тј. уговорени метод/поступак решавања радног спора, у коме стране у спору саме бирају арбитраже којима поверавају решавање спора и одређују правну (не)обавезност арбитражне одлуке. Надлежност добровољне арбитраже се заснива арбитражним споразумом, који може бити садржан у облигационом делу колективног уговора (компромисорна клаузула) или у накнадном споразуму између страна у спору (арбитражни компромис)¹³³³. Добровољност арбитраже у правом смислу те речи подразумева да је она добровољна у свим својима фазама, почев од самог избора арбитраже као начина решавања спорног односа, па до прихватања конкретне арбитражне одлуке о предмету спора¹³³⁴. Међутим, добровољном арбитражом сматраће се и арбитража којој се стране у спору добровољно подвргавају, али се обавезују да прихвате правно дејство њене одлуке, као и арбитража која се по закону мора спровести, али чија је одлука необавезујућа уколико је странке не прихвате¹³³⁵.

Обавезна арбитража представља флагрантно одступање од начела аутономности, добровољности и неутралности државе, као основних начела мирног решавања радних односа, будући да је за странке обавезна како у погледу подвргавања арбитражи, тако и у погледу обавезности прихватања арбитражне одлуке, те се једина могућност избора своди на избор арбитра¹³³⁶.

Обавезна арбитража није карактеристична за европски систем плуралистичких индустријских односа, ни у индивидуалним нити у колективним радним споровима, што је, како се наводи у правној теорији, у складу са основним принципима Европске социјалне повеље, која државама чланицама сугерише охрабривање социјалних партнера у успостављању механизма мирнења и добровољне арбитраже¹³³⁷.

¹³³³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 952, 955.

¹³³⁴ Ова врста арбитраже је управо у духу универзалних радних стандарда садржаних у Препоруци МОР бр. 92 (г. 7), која сугерише странама у спору које пристану на арбитражу да прихвате и арбитражну одлуку донету у том поступку.

¹³³⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 957.

¹³³⁶ *Ibid.*, стр. 958.

¹³³⁷ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 173-174. Изузетак се јавља у Норвешкој, где је у случају штрајка који захватају веће делове друштва, посебним прописима установљена обавезна арбитража пред Националним одбором за зараде. Ово законско решење било је изложено тесту пред Европским судом за људска права, по представци једног од норвешких синдиката, заснованој на повреди чл. 11 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, али је суд оценио да наведено не представља повреду гаранција слобода окупљања и удруживања, гарантоване тим чланом. То, наравно, не значи да се суд начелно афирмативно изразио према концепту обавезних арбитража. *Ibid.*, стр. 173-174, 179-189. Обавезна арбитража није ни део историјског наслеђа и изузетно је постојала у периодима Првог и Другог светског рада, када је постављана као алтернатива штрајковима који би довели до блокаде војне индустрије.

С друге стране, *примери обавезне арбитраже могу се наћи у систему плуралистичких индустријских односа САД*, како у индивидуалним, тако и у колективним радним споровима.

5.3.1. Обавезна арбитража у индивидуалним радним споровима

У индивидуалним радним споровима у САД постоји веома специфичан вид обавезне арбитраже, који се не заснива на закону, већ на уговору, и то: (1) *колективном уговору о раду*, закљученом између послодавца и синдиката чији је запослени члан, који као метод решавања индивидуалних радних спорова између послодавца и запослених чланова синдиката предвиђа арбитражу или (2) *индивидуалном уговору о раду*, који за запосленог суштински представља адхезиони уговор, будући да по правилу није у могућности да преговара о његовим елементима, већ има опцију да га прихвати или одустане од запослења ("take it or leave the building"). Како ни у једном од ових уговора запослени не изражава своју слободну вољу да евентуалне спорове са послодавцем решава арбитражним путем, у правној теорији и јуриспруденцији судова САД ове клаузуле се сматрају наметањем обавезне арбитраже у односу на запослене (у односу на послодавца ова арбитража је добровољна), због чега се у пракси Врховног суда поставило питање да ли наметање ових клаузула успоставља искључиву надлежност арбитраже за решавање индивидуалних радних спорова и када је предмет радног спора захтев запосленог за остваривањем одређених законских права? Одлучујући о том питању, Врховни суд је у два наврата заузимао дијаметрално супротне ставове: најпре је одлуком у спору *Alexander v Gardner-Denver* из 1974. године¹³³⁸ заузео став да се не може установити обавезна арбитража када су предмет спора законска права запосленог, да би одлуком у спору *Gilmer v Interstate/Johnson-Lane* из 1991. године¹³³⁹ заузео став да је запослени везан таквом арбитражном клаузулом чак и када су предмет спора његова законска права.¹³⁴⁰ Иако је одлука у предмету *Gilmer* била повод ватреним дебатама у правној теорији и стручној јавности, она је широм отворила врата уговорном наметању обавезне арбитраже у индивидуалним радним споровима и довела до процвата овог метода у последњој деценији двадесетог и на почетку овог века¹³⁴¹.

¹³³⁸ Пресуда Врховног суда САД у предмету *Alexander v Gardner-Denver*, 415 U.S. 36 (1974), нав. према: R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 191.

¹³³⁹ Пресуда Врховног суда САД у предмету *Gilmer v Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991), нав. према: R. Jagtenberg, A. De Roo, *op. cit.*

¹³⁴⁰ R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 175-176.

¹³⁴¹ T. J. Stipanowich, J. R. Lamare, *op. cit.*, стр. 13.

Питање допуштености ове врсте клаузула је од интереса и са аспекта домаћег права, с обзиром да домаћи законодавац изричито прописује могућност уговарања арбитраже индивидуалним уговорима о раду, који су по својој природи адхезиони, као и у америчком праву.

Ово питање било је изнето пред Европски суд за људска права у два наврата, 1962. и 1999. године, по представкама поднетим против Немачке од стране запослених који бу били принуђени да потпишу уговоре о раду са арбитражном клаузулом и са аргументацијом да стипулисање оваквих клаузула представља повреду права на правично суђење, гарантовано чланом 6 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода и њеног остваривања пред Европским судом за људска права (ЕСЉП). Ово стога што је у јуриспруденцији ЕСЉП заузет став да пристанак странака на арбитражно решавање спора представља одрицање од права на правично суђење и стога ЕСЉП није надлежан за поступање, услед чега се представке против арбитражних одлука у поступку добровољне арбитраже одбацују.¹³⁴² С друге стране, код законом прописане обавезне арбитраже ЕСЉП је заузео став да држава, прописивањем обавезне арбитраже, делегира арбитражном телу прерогативе судске власти која почива на империјуму државе, услед чега се арбитражна одлука може изједначити са одлуком суда, као државног органа и оспорити представком пред овим судом.¹³⁴³ У том смислу, стипулисање наизглед добровољне арбитражу, која је суштински обавезна, јер је заснована на притиску или неједнакој преговарачкој моћи уговорних страна, као што је то случај код адхезионих уговора о раду разматраних пред Врховним судом САД, може представљати ускраћивање права на правично суђење. Међутим, ЕСЉП је у својој одлуци из 1962. године заузео став да је реч о допуштеној добровољној арбитражи, будући да "је запослени могао да одбије запослење", док у одлуци из 1999. године није заузео експлицитан став, будући да је представка одбијена са образложењем да је подносилац представке, поред квази-судског средства из уговора о раду имао правна средства којом је могао да одлуку послодавца оспори пред немачким судовима. Иако се у правној теорији указује да образложење ове одлуке имплицира афирмативан став суда према овој врсти арбитражних клаузула, односно да ову врсту арбитраже не сматра принудном, ипак се закључује да став ЕСЉП у односу на

¹³⁴² Adam Samuel, *Arbitration, alternative dispute resolution generally and the European Convention on Human Rights*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2004, стр. 417-418. A. de Roo, *op. cit.*, стр. 179-180.

¹³⁴³ A. Samuel, *op. cit.*, стр. 419-421.

допуштеност арбитражних клаузула у индивидуалном уговору о раду не остаје до краја јасан.¹³⁴⁴

5.3.2. Обавезна арбитража у колективним радним споровима

С обзиром да обавезна арбитража представља драстично одступање од основних начела ADR метода, она је у колективним радним споровима успоставља само изузетно, када је њихова природа или магнитуда таква да може да угрози национални интерес, безбедност земље, живот и здравље становништва и имовину велике вредности, због чега је, по правилу ограничена на ванредна и ратна стања и посебне режиме остваривања права на штрајк. Заправо, корени обавезне арбитраже и јесу у ратним временима, конкретно периоду Првог и Другог светског рада, када је и у Европи и у САД обавезна арбитража успостављена као алтернатива неконтролисаним и често насилним штрајковима који су могли да озбиљно угрозе војну индустрију и стога у националном интересу забрањивани, те је обавезна арбитража служила као нека врста компензације у циљу успостављања индустријско-социјалног мира¹³⁴⁵.

У том смислу, Комитет МОР за слободу удруживања оцењује да је *обавезна арбитража као начин решавања колективног радног спора прихватљива само у секторима у којима је штрајк подложен ограничењима или забрани*, односно у колективним споровима у јавном сектору који укључује државне службенике који врше власт у име државе или у виталним службама у стриктном смислу те речи, односно оних чији би застој угрозио живот и личну безбедност или здравља целокупне или дела популације¹³⁴⁶, као и у случајевима акутне националне кризе¹³⁴⁷, с обзиром да је обавезна арбитража као таква противна принципима преговарања установљеним Конвенцијом МОР бр. 98 (чл. 4)¹³⁴⁸.

¹³⁴⁴ A. Samuel, *op. cit.*, стр. 421.; R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*

¹³⁴⁵ R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 923-927; R. Jagtenberg, A. de Roo, *op. cit.*, стр. 175-176.

¹³⁴⁶ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Geneva, 1996, т. 515, 553.

¹³⁴⁷ *Ibid.*, т. 517.

¹³⁴⁸ *Ibid.*, т. 518. Комитет за слободу удруживања додаје да, уколико се и установи обавезна арбитража, неопходно је да њен састав одреде стране у колективном радном спору, а не министар, будући да то доводи у питање њихову независност и неутралност *Ibid.*, т. 550. Сличан став изнео је и Комитет експерата МОР за примену конвенција и препорука, који истиче: "Уколико је право на штрајк ограничено или забрањено, радницима који су тиме лишени есенцијалног средства за одбрану својих социо-економских и професионалних интереса, треба омогућити алтернативна средства, кроз мирне и посредовање, те и учешће арбитражних институција у случају немогућности постизања договора. Есенцијално је, притом, да арбитражне институције буду овлашћене да учествују у одређивању и имплементацији процедуре, са циљем обезбеђивања довољног степена непристрасности и брзине поступања. Такође треба обезбедити услове да арбитражна одлука буде обавезујућа за стране у спору, као и да њена имплементација буде промћна и целовита." Нав. према: Bernard Gernigon,

Обавезна арбитража предвиђена је у САД као метод решавања колективних радних спорова у посебном режиму радних односа, у коме је право на штрајк ускраћено или ограничено, и то: (1) у јавном сектору, између државе и државних службеника којима није признато право на штрајк, уколико спор претходно није решен медијацијом уз учешће FMCS, као и (2) у виталним делатностима као кључним делатностима економије, у којима колективни спорови, а посебно методи колективног деловања, могу да угрозе функционисање система колективних радних односа и националне економије уопште¹³⁴⁹.

Ипак, у страним правима могуће је наићи и на примере обавезне арбитраже који нису у вези са остваривањем права на штрајк, но чија се примена ипак не чини неоправданом.

Обавезна арбитража постоји и у Великој Британији, у споровима око признања преговарачких права синдикату и поступку колективног преговарања, као и у споровима поводом (не)достављања синдикату информација које су од кључног значаја за колективно преговарање о зарадама и другим условима рада. У овој врсти спорова установљена је надлежност Централног арбитражног комитета, који има овлашћење да странама у спору, у одсуству споразума, наметне арбитражну одлуку (*Central Arbitration Committee - CAC*). Иако је ова врста арбитраже везана за општи режим радних односа, чињеница је да је она успостављена у интересу синдиката, с обзиром на широка овлашћења послодавца у односу на признавање синдиката и њихових права на колективно преговарање, због чега је Велика Британија у више наврата била изложена осудама Европског суда правде, те се може оценити да је и у овом случају обавезна арбитража успостављена у циљу успостављања социјалног дијалога на нивоу предузећа, што свакако представља део јавног интереса.

Поред тога, специфичан пример обавезне арбитраже јавља се у *sui generis* колективним радним споровима у немачком праву, по различитим питањима која су у сфери саодлучивања послодавца и савета запослених, који су непосредно или посредно од утицаја на колективна отпуштања, па ће о томе у наставку бити више речи.

Без обзира на постојање јавног интереса за успостављањем обавезне арбитраже као метода решавања колективних радних спорова у одређеним случајевима, она је ипак изложена озбиљним приговорима, са аргументацијом да је супротна не само основним начелима ADR метода, већ и општој философији

Alberto Odero and Horacio Guido, "ILO Principles concerning the right to strike", *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), No. 4, стр. 24.

¹³⁴⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 959.

индустријских односа, да представља директан атак на аутономију социјалних партнера, да има штетан утицај на колективно преговарање и слободу избора метода решавања радних спорова и да води принудном успостављању индустријског мира, гушећи право на индустријску акцију. Како истиче проф. Лубарда, обавезна арбитража има посебно неуралгичну тачку у односу на државу, пошто се показало да губитак неутралности угрожава или чак и разара плуралистичке односе, девалвира социјални дијалог и маргинализује систем слободног колективног преговарања, на шта посебно указује историјски пример Вајмарске Републике ¹³⁵⁰, која је установљавањем врсте обавезне арбитраже од стране државе утицала на губитак аутономије синдиката и ослабила структуру аутономног радног законодавства, са толико штетним последицама да у Немачкој ни дан данас није могуће успоставити поверење у јавне службе¹³⁵¹.

5.4. Арбитра

Као и медијатор, тако и арбитар мора бити *непристрасна и компетентна личност*, с тим што је код арбитра неопходно да ове вредности буду доведене на још виши ниво, с обзиром да доноси одлуку о предмету спора која, по правилу, има снагу извршне исправе, што одабир праве личности за арбитра може учинити веома деликатним задатком. Стога, иако су стране у спору слободне да за арбитра одреде било које лице које сматрају непристрасним и компетентним, у избору арбитра велики значај имају јавне и приватне агенције за миренење, посредовање и арбитражу, које воде своје листе арбитра и могу странкама доставити предлог арбитра са тих листа, а на захтев странака могу и да именују арбитра за конкретан спор, као што је то случај са америчком јавном Службом за миренење и посредовање (FMCS) и Америчким арбитражним удружењем (*American Arbitration Association - AAA*) ¹³⁵². Штавише, колективни уговори закључени између социјалних партнера у САД неретко садрже

¹³⁵⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 960.

¹³⁵¹ Ulrich Zachert, *оп. cit.*, стр. 4-5.

¹³⁵² Америчко арбитражно удружење (*American Arbitration Association - AAA*) је приватна, непрофитна организација, основана са циљем промовисања арбитраже, медијације и других механизма решавања спорова, укључујући и спорове из радних односа. Финансира се накнадама корисника, чланаринама и доприносима, котизацијама за обуке које организује и продајом књига, а своје услуге пружа на целој територији САД преко мреже регионалних канцеларија са седиштем у неколико већих градова. AAA одржава своје листе квалификованих арбитра за радне спорове, са којих на захтев странака, предлаже арбитра за конкретан, а пружа и услуге асистирања странкама у поступку арбитраже. AAA представља примарни извор арбитра у северисточним деловима САД, док на остатку територије примат има FMCS. A. L. Goldman, R. L. Corrada, *оп. cit.*, стр. 495-496.

одредбе којима се стипулише да арбитража преко арбитра са листе *FMCS* или *AAA*, па чак и предвиђа именовање арбитра од стране ових агенција¹³⁵³.

Арбитри *не морају да буду правници по свом основном образовању*, већ се, у зависности од природе спора, као арбитри могу јавити и економисти (на пример, у спору поводом примања запослених) или инжењери (на пример, у спору поводом процене вредности радних места)¹³⁵⁴, који недостатак основног правног образовања компензују мастером, докторатом или радним искуством из области радног права, људских ресурса или индустријских односа, који им обезбеђују довољан степен стручности са сачињавање арбитражне одлуке која може да егзистира као пуноважна исправа у оквирима апсолутног јавног поретка.

Арбитража је, по правилу, инокосна, мада се колективним уговором могу уговорити и колективне арбитраже, где арбитражно веће чине неутрални арбитар, кога заједнички бирају стране у спору и који је председавајући већа, као и по један или више представника послодавца и синдиката, што није неуобичајено у америчком праву¹³⁵⁵. Представници социјалних партнера немају ни утицај, нити ауторитет као неутрални арбитар, али у комплексним споровима могу имати важну улогу у бољем репрезентовању интереса страна у спору и познавању специфичности везаних за предмет спора.¹³⁵⁶ Арбитражни комитет установљен је Законом о саветима запослених (§76) у немачком праву, као колективно тело за решавање спорова између послодавца и савета запослених, које може бити конституисано на сталном или *ad hoc* принципу, при чему су стални комитети у пракси ређи, јер се поклања мање поверења њиховој непристрасности. Чланови комитета су представници послодавца и савета запослених, који су заступљени на паритетном принципу, а комитетом председава неутрални члан, кога заједнички именују

¹³⁵³ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 495. Посебну предност арбитра са листа које странама у спору доставе специјализоване ADR јавне или приватне службе представља чињеница да те службе врше селекцију кандидата, тако да се на листама арбитра налазе искључиво личности које су прошле одређене личне и професионалне филтере, чиме се обезбеђује њихова непристрасност и компетентност у области радних односа. Примера ради, услов за стицање статуса члана америчке Националне академије арбитра (*National Academy of Arbitrators*), која у свом саставу има 600 активних арбитра, је да лице исказе добре моралне карактеристике, поштује Кодекс професионалне одговорности за арбитре у радним односима, да се доказало као непристрасни доносилац одлука и да има ефективно искуство у арбитражи радних спорова. Скоро сви арбитри имају барем једну универзитетску диплому, већином диплому правног факултета, мада су заступљене и дипломе из сродних области, као што су индустријски односи, менаџмент људских ресурса или економија рада, а значајан број арбитра има мастере или докторате, посебно уколико нису правници по основном образовању. По правилу, арбитри имају професионално искуство у области управљања радним односима, које су стекли радом у специјализованим државним органима или јавним службама (*NLRB* или *FMCS*), као чланови менаџмента компанија или синдикални представници, или адвокати са искуством у заступању странака у радним односима. Велики број арбитра су универзитетски професори са специјализацијом из области радних односа, економије рада или радног права, или адвокати специјализовани за радно право.

¹³⁵⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 953.

¹³⁵⁵ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 494.

¹³⁵⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*

послодавац и савет запослених, а у случају спора радни суд, тако да су ти чланови, по правилу, судије радног суда. Комитет сам одлучује о правилима поступка, а одлучује већином чланова, при чему председник већа не одлучује у првом кругу гласања, већ тек у другом, уколико за тим буде било потребе, како би се избегло да неутрални члан својим ауторитетом намеће одлуку арбитражног комитета.¹³⁵⁷

5.5. Поступак арбитраже и правно дејство арбитражне одлуке

Ток и комплексност арбитражног поступка условљени су врстом и предметом арбитраже, али исти у сваком случају има већи степен формализма у односу на поступке медијације, с обзиром да по правилу има за циљ доношење правно обавезујуће одлуке о предмету спора. Сталне арбитраже, по правилу, имају унапред прописана правила поступка и рокове за његовог окончање и доношење арбитражне одлуке, док код *ad hoc* арбитража правила поступка одређују стране у спору или исто поверавају изабраном арбитру.

Заједнички именоватељ свих арбитражних поступака је њихова једностепеност и кратко трајање, што је један од кључних разлога прихватања арбитраже као метода решавања радних спорова.

Арбитражна одлука постаје правноснажна и извршна по окончању првостепеног поступка, осим код саветодавне арбитраже, где нема тај карактер. Арбитражна одлука донета у индивидуалном и колективном правном спору има снагу извршне исправе, док арбитражна одлука донета у колективном интересном спору представља саставни део колективног уговора.

Против арбитражне одлуке није могуће изјавити жалбу, док је њено побијање у судском поступку начелно могуће, али из врло ограниченог круга разлога, који се углавном односе на заштити апсолутног јавног поретка, као што су: (1) повреда арбитражног споразума или компромисорне клаузуле у погледу састава арбитраже, (2) нечасност поступка или испољена пристрасност арбитра, (3) противречна или нејасна изрека, (4) прекорачење постављеног задатка, (5) повреда устава и одредби социјалног јавног поретка¹³⁵⁸. Сходно томе, *странка не може у судском поступку побијати арбитражну одлуку из разлога незадовољства правним ставом арбитра у погледу меритума*, све

¹³⁵⁷ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 234-236.

¹³⁵⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 955.

док се исти кретао у оквирима императивних прописа и граница апсолутног јавног поретка.

6. Методи за мирно решавање радних спорова у домаћем праву

6.1. Посредовање

6.1.1. Поступак и могући исходи посредовања

Посредовањем се у домаћем праву могу решавати сви индивидуални и колективни радни спорови. Спор се може решити посредовањем у било којој фази, дакле како пре, тако и за време трајања судског поступка, што овај метод чини веома флексибилним.

Предлог за покретање поступка посредовања може поднети било која страна у индивидуалном или колективном радном спору. Уколико друга страна у року од 15 дана од дана достављања предлога писаним путем прихвати поравнање као метод решавања радног спора, поступак посредовања се *покреће закључењем трилатералног споразума о приступању посредовању*, који у писаној форми закључују стране у спору и посредник. Уколико је споразум о посредовању закључен током судског поступка, исти се доставља суду који води поступак.¹³⁵⁹

Уколико између странака у спору већ тече судски поступак, на одлуку о покретању поступка посредовања веома значајан утицај ће имати суд пред којим се води поступак, с обзиром на законску *обавезу суда пред којим се води поступак да странкама укаже на могућност примене посредовања* и пружи сва потребна обавештења у циљу потпуне обавештености странака о могућности спровођења посредовања, коју може извршити и упућивањем странака код посредника¹³⁶⁰. Наведено подразумева способност судије да (1) препозна предмет погодан за медијацију, (2) странке правилно информише о поступку посредовања, (3) упути странке код посредника или организације за посредовање, (4) укаже им на правну природу одлуке која може бити донета у овој процедури, као и да (5) уз подршку и сарадњу са Министарством правде обезбеди техничке услове за одвијање поступка медијације у судској згради

¹³⁵⁹ ЗПРС, чл. 17-19.

¹³⁶⁰ ЗПРС, чл. 9, ст. 2-3.

ван редовног радног времена у складу са Судским пословником, што како се у литератури истиче, за сада није одговарајуће решено¹³⁶¹.

Поступак посредовања спроводи *један или више посредника, које стране споразумно одреде* или посредника, *на захтев страна у спору, одреди суд*, с тим што судија који поступа у предмету поводом спорног односа не може бити одређен за посредника.¹³⁶² Задатак посредника је да помогне странкама да боље разумеју природу проблема, спознају међусобне интересе и бројне могућности које могу довести до решења њиховог проблема у целини или делимично¹³⁶³.

Стране се слободно споразумевају о начину спровођења посредовања упућивањем на одређена правила поступка или на други начин. Посредник може да води заједничке или одвојене разговоре са странама, као и да предлоге и ставове једне стране, уз њену сагласност пренесе другој страни. *Свака страна може одустати од даљег учешћа у поступку посредовања у било којој фази поступка*, а и посредник може обуставити поступак посредовања, ако процени да даље спровођење поступка није целисходно.¹³⁶⁴

За време поступка посредовања *не теку преклузивни рокови за подношење тужбе, нити рокови застарелости потраживања*, с тим што застој рокова траје током посредовања, али *највише 60 дана*, након чега рокови настављају да теку.¹³⁶⁵

Поступак посредовања се *окончава*: (1) *закључењем споразума* о решавању спора посредовањем; (2) *одлуком посредника да се поступак обуставља*, јер даље вођење поступка није целисходно; (3) *изјавом једне стране да одустаје* од даљег спровођења поступка, осим у случају ако у поступку посредовања учествује више страна, које након одустанка једне од страна одлуче да наставе поступак посредовања; (4) *протеком рока од 60 дана од дана закључења споразума о приступању посредовању*, осим уколико се стране не споразумеју другачије.¹³⁶⁶

Ако стране у поступку посредовања не постигну споразум због несагласности о правним питањима, могу постићи писану сагласност о чинјеничним питањима, која ће се у том случају сматрати неспорним у судском поступку.¹³⁶⁷

¹³⁶¹ Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, *оп. cit.*, стр. 277-278, 230.

¹³⁶² ЗПРС, чл. 20-22. Посредник је дужан да обавести стране о свим околностима које би могле да доведу у сумњу његову непристрасност, као и да се изузме из поступка посредовања у коме има лични интерес или из других разлога није у могућности да поступа непристрасно, осим уколико се стране у спору, након упознавања са тим околностима, сагласе да он води поступак.

¹³⁶³ Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, *оп. cit.*, стр. 274.

¹³⁶⁴ ЗПРС, чл. 23.

¹³⁶⁵ ЗПРС, чл. 25.

¹³⁶⁶ ЗПРС, чл. 24.

¹³⁶⁷ ЗПРС, чл. 26, ст. 4-5.

6.1.2. Правно дејство споразума закљученог у поступку посредовања

Споразум закључен у поступку посредовања сачињава се у писаној форми и постаје *извршна исправа*, ако су испуњени следећи услови: (1) да садржи изјаву дужника којом пристаје да поверилац на основу споразума о решавању спора путем посредовања, након доспелости потраживања може покренути поступак принудног извршења (*клаузула извршности*); (2) да су *потписи страна и посредника оверени* од стране суда или јавног бележника; (3) *да је закључење тог споразума дозвољено*, односно да исти није супротан јавном поретку, да није неподобан за извршење и да нема немогућ предмет извршења.¹³⁶⁸

6.1.3. Посредници

Поступак посредовања у складу са одредбама овог закона може водити искључиво *посредник који има дозволу за посредовање*, издату од стране Министарства правде и који је као посредник *уписан у Регистар посредника*. Дозвола за посредовање може бити издата лицу које је: (1) *пословно способно*; (2) *држављанин Републике Србије*; (3) завршило основну *обуку за посредника*; (4) *стекло високу стручну спрему*; (5) *неосуђивано* на безусловну казну затвора за кривично дело које би га чинило недостојним за обављање послова посредовања.¹³⁶⁹

Дозволу за посредовање, која се издаје на три године и потом обнавља на сваких пет година, издаје Министарство рада лицу које испуњава све наведене услове за посредовање и уписује га у Регистар посредника.¹³⁷⁰

6.1.4. Заступљеност посредовања као метода решавања радних спорова

Егзактни подаци о томе колико је посредовање, као метод решавања радних спорова, заступљено у домаћем праву, нису јавно доступни, упркос томе што су посредници дужни да министарству надлежном за послове правосуђа подносе годишње извештаје о обављеним посредовањима, који садржи податке о врсти

¹³⁶⁸ ЗПРС, чл. 26, ст. 1-3, чл. 27.

¹³⁶⁹ ЗПРС, чл. 33, ст. 2.

¹³⁷⁰ ЗПРС, чл. 37-42.

спорног односа, месту у коме је спроведен поступак посредовања и начину окончања поступка посредовања, уз поштовање начела поверљивости¹³⁷¹.

У стручној литератури се износе оцене да посредовање у Републици Србији за сада није дало задовољавајуће резултате¹³⁷².

Као један од проблема апострофира се чињеница да *Министарство правде не извештава јавност о постигнутим резултатима*, што је неопходно како би се промовисала свест о користима употребе овог начина решавања спорова, а тиме доприносило даљем развоју медијације¹³⁷³.

Потом, као проблем се дијагностикује и *одсуство свести странака у спору о правном дејству споразума* који се закључује у поступку посредовања. Стране у спору, како се оцењује, често желе да се обезбеде извршношћу постигнутог споразума, па уколико не знају да исти може бити извршна исправа, неће се одлучити за овај метод решавања спора.¹³⁷⁴

Коначно, истиче се да је *неопходна свеобухватна едукација свих чинилаца* који могу бити од утицаја на унапређење коришћења овог метода решавања радних спорова, као и подизање свести о значају медијације¹³⁷⁵.

6.2. Мирење пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова

6.2.1. Поступак и могући исходи мирења

Поступак мирења резервисан је искључиво за решавање *правних и интересних колективних радних спорова*, насталих поводом: (1) закључивања, измена и/или допуна колективног уговора; (2) примене колективног уговора у целини или његових појединих одредаба; (3) примене општег акта (правилника о раду и споразума послодавца и синдиката) којим се регулишу права, обавезе и одговорности запослених, послодавца и синдиката; (4) остваривања права на синдикално организовање и деловање и остваривање права на утврђивање репрезентативности синдиката код послодавца; (5) остваривања права на информисање, консултовање и

¹³⁷¹ ЗГПРС, чл. 34, ст. 1, т. 5.

¹³⁷² Љ. Милутиновић, М. Ђорђевић, *оп. cit.*, стр. 294.

¹³⁷³ *Ibid.*, стр. 295.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, стр. 279-280.

¹³⁷⁵ *Ibid.*, стр. 279-280.

учешће запослених у управљању, у складу са законом; (6) штрајка и (7) утврђивања минимума процеса рада, у складу са законом.¹³⁷⁶

Сходно томе, странке у поступку могу бити послодавац, синдикат, овлашћени представник запослених, запослени, штрајкачки одбор, оснивач за јавна предузећа, друштва капитала чији је оснивач јавно предузеће, друштва капитала и јавне службе чији је оснивач Република, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе¹³⁷⁷.

Поступак се покреће *подношењем предлога Републичкој агенцији за радне спорове*, који стране у спору могу да поднесу *заједнички или појединачно*.¹³⁷⁸ Поступак мирења могуће је покренути и у току преговора за закључивање колективног уговора, као метод превенције настанка спора.¹³⁷⁹

Уколико су стране у спору сагласне да се исти реши у поступку мирења пред Агенцијом, *споразумно одређују миритеља из Именика, у противном ће га одредити директор Агенције* решењем.¹³⁸⁰

Одређени миритељ је дужан да закаже расправу у року од три радна дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора, те да странкама пошаље позив за расправу, који садржи и обавештење странама у спору да најкасније до дана заказане главне расправе треба да одреде свог представника у Одбору за мирење.¹³⁸¹

Поступак мирења се води пред Одбором, који је трочлан и чине га по један представник страна у спору и миритељ, а миритељ је председавајући Одбора. *Ако стране у спору не одреде свог представника у Одбору до дана заказане главне расправе, поступак мирења води миритељ* непосредним контактом са странама у спору.¹³⁸²

¹³⁷⁶ ЗММРС, чл. 2.

¹³⁷⁷ ЗММРС, чл. 2, ст. 3.

¹³⁷⁸ ЗММРС, чл. 10. Предлог мора садржати податке о странама у спору и предмету спора, док је достављање документације у вези са предметом спора и навођење имена сведока опционо и условљено тиме да странке истима располажу.

¹³⁷⁹ ЗММРС, чл. 11, 16. Ако је предлог поднела једна од страна у спору, Агенција доставља предлог и документацију другој страни у спору и позива је да се у року од пет (код мирења у циљу превенције спора три) радних дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора.

¹³⁸⁰ ЗММРС, чл. 12. У складу са чл. 48 закона, страна у спору може директору Агенције да поднесе захтев за изузеће миритеља: (1) ако заступа неку од страна у спору, или је у последњих пет година заступао неку од страна у спору; (2) ако је сродник по крви у правој линији до било ког степена, а у побочној линији до четвртог степена неке од страна у спору, односно ако је брачни друг или сродник по тазбини до другог степена неке од страна у спору; (3) ако је у радном или чланском односу са неком од страна у спору или је такав однос постојао у последње две године, или (4) ако је повезан са странама у спору на било који други начин који би могао да утиче на његову непристрасност. Миритељ и арбитар по службеној дужности воде рачуна о разлозима за изузеће у току поступка и дужни су да о њима обавесте директора Агенције. У случају изузећа поступак мирног решавања радног спора наставља се избором новог миритеља.

¹³⁸¹ ЗММРС, чл. 21, ст. 1 и Правилник о поступку мирног решавања радног спора ("Сл. гласник РС", бр. 12/2005, 84/2005 и 1/2019), чл. 10, ст. 2.

¹³⁸² ЗММРС, чл. 20, чл. 21, ст. 2 и 3, чл. 22, ст. 1.

О времену, месту и начину одржавања расправе пред Одбором одлучује миритељ, имајући у виду предлоге страна у спору, околности спорног односа и интересе које стране желе да остваре, уз поштовање начела хитности¹³⁸³. Миритељ отвара и руководи расправом, на којој представници страна у спору износе своје ставове и предлоге. Миритељ има право и да одвојено, ван расправе, прикупља информације и друге податке од представника страна у спору.¹³⁸⁴

Поступак мирења окончава се пред Одбором ако стране у спору закључе споразум о решењу спора у року од 30 дана од дана отварања расправе, с тим што на захтев страна у спору Одбор може да одлучи да се тај рок продужи за наредних 30 дана.¹³⁸⁵

По окончању поступка мирења, миритељ закључује расправу и са члановима Одбора доноси препоруку о начину решавања спора, која се сачињава у писаном облику и са образложењем. *Препорука се доноси консензусом свих чланова Одбора* у року од три дана од дана закључења расправе, а *ако препорука не буде донета, миритељ може на захтев једне од страна у спору да предложи препоруку.*¹³⁸⁶

6.2.2. Правно дејство препоруке и споразума закљученог у поступку мирења

*Донета препорука нема обавезујуће правно дејство за стране у спору.*¹³⁸⁷ Ипак, игнорисање препоруке није у целости без санкције, јер закон прописује обавезу стране у спору која не поступи по препоруци, да без одлагања наведе разлоге за непоступање и достави их миритељу, а на предлог миритеља, Агенција може да ово образложење, заједно са препоруком, објави у средствима јавног информисања¹³⁸⁸.

Како препорука није обавезујућа за странке, споразум о решењу спора може бити сачињен на основу препоруке или независно од ње.

Ако је предмет спора колективни уговор, *споразум постаје основ за закључивање, измене и/или допуне колективног уговора, или, ако предмет спора није колективни уговор, споразум има снагу извршне исправе.*¹³⁸⁹

¹³⁸³ Правилник о поступку мирног решавања радног спора, чл. 11, ст. 1.

¹³⁸⁴ ЗММРС, чл. 22, ст. 2 и 3, чл. 23.

¹³⁸⁵ ЗММРС, чл. 28.

¹³⁸⁶ ЗММРС, чл. 24, чл. 25.

¹³⁸⁷ ЗММРС, чл. 26, ст. 1.

¹³⁸⁸ ЗММРС, чл. 27.

¹³⁸⁹ ЗММРС, чл. 26, ст. 2-4.

6.2.3. Миритељи

*За миритеља може да буде изабрано лице које испуњава следеће услове: (1) да је држављанин Републике Србије; (2) да има стечено високо образовање и најмање пет година радног искуства у области радних односа; (3) да није осуђивано за кривично дело на безусловну казну затвора од најмање шест месеци или за кажњиво дело које га чини неподобним за обављање ових послова и (4) да је достојно дужности миритеља.*¹³⁹⁰

Одлуку о избор миритеља, са четворогодишњим мандатом и могућношћу реизбора, врши двотрећинском већином шесточлана Комисија за избор миритеља и арбитара, састављена на трипартитном и паритетном принципу, на основу пријава кандидата које се подnose по објављеном огласу од стране Агенције. Својство миритеља стиче се даном уписа у Именик, који се врши на основу одлуке о његовом избору.¹³⁹¹

6.2.4. Обавезно мирење

Поступак мирења је обавезан када колективни радни спор настане у делатностима у којима постоји обавеза обезбеђивања минимума процеса рада у складу са законом којим се уређује остваривање права на штрајк.¹³⁹²

Стране у спору у овим делатностима дужне су да у року од три радна дана од дана настанка спора поднесу Агенцији предлог за мирење, у противном, директор Агенције по службеној дужности покреће поступак мирења и одређује миритеља из Именика.¹³⁹³

Обавезност мирења односи се на учешће у поступку и не подразумева обавезу прихватања препоруке миритеља, односно евентуална санкција за неприхватање препоруке је идентична као и у општем режиму.

¹³⁹⁰ ЗММРС, чл. 38, ст. 1 и 2.

¹³⁹¹ ЗММРС, чл. 39-42.

¹³⁹² ЗММРС, чл. 18. Изузетно, неће постојати обавеза мирења уколико је реч о спору у примени општег акта (правилника о раду или споразума послодавца и синдиката). У складу са чл. 9 Закона о штрајку ("Сл. лист СРЈ", бр. 29/96 и "Сл. гласник РС", бр. 101/2005 - др. закон и 103/2012 - одлука УС), у питању су (1) делатности од јавног интереса или (2) делатности чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера. Делатност од јавног интереса је делатност коју обавља послодавац у области: електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ПТТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехранбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјалне заштите, као и делатности од посебног значаја за одбрану и безбедност Републике Србије које утврди надлежни орган у складу са законом, као и послови неопходни за извршавање међународних обавеза Републике Србије. Делатности чији би прекид рада по природи посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера су: хемијска индустрија, индустрија челика и црна и обојена металургија.

¹³⁹³ ЗММРС, чл. 19.

6.3. Арбитража пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова

6.3.1. Поступак и могући исходи арбитраже

Арбитража пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова уређена је одредбама Закона о мирном решавању радних спорова и резервисана искључиво за *индивидуалне радне споре* настале поводом: (1) отказа уговора о раду; (2) радног времена; (3) остваривања права на годишњи одмор; (4) исплате зараде/плате, накнаде зараде/плате и минималне зараде у складу са законом; (5) исплате накнаде трошкова за исхрану у току рада, за долазак и одлазак са рада, регреса за коришћење годишњег одмора и друге накнаде трошкова у складу са законом; (6) исплате отпремнине при одласку у пензију, јубиларне награде и других примања у складу са законом и (7) дискриминације и злостављања на раду.¹³⁹⁴

Арбитражно решавање радног спора покреће се *подношењем предлога Агенцији*, који стране у спору могу да поднесу *заједнички или појединачно*.¹³⁹⁵ Ако је предлог поднела једна од страна у спору, Агенција доставља предлог и документацију другој страни у спору и позива је да се у року од пет радних дана изјасни да ли прихвата мирно решавање спора.¹³⁹⁶ Уколико су стране у спору сагласне да спор решавају арбитражним путем, *споразумно одређују арбитра* из Именика, а *уколико то не учине, одредиће га директор Агенције*.¹³⁹⁷

Ако међу странама у спору тече судски поступак из истог чињеничног и правног основа, стране су дужне да суд обавесте о покретању арбитражног поступка, а исто представља разлог за застој судског поступка.¹³⁹⁸

Арбитар је дужан да закаже расправу у року од три радна дана од дана пријема предлога и документације о предмету спора, те да странкама пошаље позив за расправу.¹³⁹⁹

¹³⁹⁴ ЗММРС, чл. 3.

¹³⁹⁵ ЗММРС, чл. 10. Предлог мора садржати податке о странама у спору и предмету спора, док је достављање документације у вези са предметом спора и навођење имена сведока опционо и условљено тиме да странке истима располажу.

¹³⁹⁶ ЗММРС, чл. 11 и 16.

¹³⁹⁷ ЗММРС, чл. 12. Ако је арбитражни поступак покренут споразумним предлогом, њима се одређује арбитар, а ако је поступак арбитраже покренут једностранним предлогом за мирње, стране у спору ће споразумно одредити арбитра у року од три радна дана од дана прихватања тог предлога.

¹³⁹⁸ ЗММРС, чл. 30, ст. 2 и 3.

¹³⁹⁹ ЗММРС, чл. 31, ст. 1.

Свака страна у спору може да *повуче предлог за покретање арбитражног поступка најкасније до дана отварања расправе*.¹⁴⁰⁰ Током целог поступка *арбитар је дужан да указује странама у спору на могућност његовог споразумног решавања*.¹⁴⁰¹

Расправа се одржава у присуству страна у спору и арбитра. Ако једна од страна у спору неоправдано изостане са расправе *арбитар може да одржи расправу у њеном одсуству, узимајући у обзир документацију коју је та страна доставила*.¹⁴⁰²

Арбитар руководи расправом, која се базира на истражном и расправном начелу, тако да арбитар има активнију улоге од судије приликом извођења доказа, с тим што и странка активно учествују, излажу ставове и предлажу доказе.¹⁴⁰³ Арбитар закључује расправу онда када оцени да је предмет спора расправљен у мери која му омогућава доношење одлуке¹⁴⁰⁴.

Арбитражни поступак окончава се решењем које арбитар доноси у року од 30 дана од дана отварања расправе и које обавезно садржи образложење и поуку о правном средству. Тим решењем арбитар може мериторно одлучити о предмету спора, али се решење доноси и када су стране у спору постигле споразум о решењу спора, као и када је арбитражни поступак постао немогућ, или су се стекли законски услови за обуставу поступка у складу са овим законом. Против решења није дозвољена жалба. Решење је правноснажно и извршно даном достављања странама у спору.

6.3.2. Правно дејство арбитражне одлуке

Арбитражно решење којим се мериторно одлучује о предмету спора или се потврђује споразум страна у спору има снагу *извршне исправе*,¹⁴⁰⁵ што значи да је арбитражни поступак у домаћем праву једностепен и да против арбитражне одлуке не постоји правни лек.

¹⁴⁰⁰ ЗММРС., чл. 31, ст. 6.

¹⁴⁰¹ ЗММРС, чл. 31, ст. 5.

¹⁴⁰² ЗММРС, чл. 31, ст. 2-4. У стручној литератури се изражавају ставови о неадекватности овог законског решења, са аргументацијом да исто води доношењу одлуке без спроведеног доказног поступка, што последично значи да није дошло ни до потпуног утврђивања чињеничног стања, што решење чини контрадикторним основном правном начелу да се спор мора решити на основу спроведеног доказног поступка. Како не постоји жалба на решење арбитра, заступници овог става сматрају да у случају арбитраже у одсуству није обезбеђена делотворна заштита права, као гарант правне сигурности и правичности. Дивна Вујасиновић Лучић, Милена Шошић, Растко Брајковић, Слађана Киковић, Светлана Будимчевић, *Истраживање о мирном решавању радних спорова у Београду, Новом Саду и Нишу (с посебним освртом на пољопривреду, прехрану, дуванску индустрију, водопривреду, грађевинску и индустрију грађевинског материјала, хемију и неметале)*, Иницијатива за развој и сарадњу - ПДС, Београд, 2013, стр. 26.

¹⁴⁰³ ЗММРС, чл. 33, ст. 1-2, чл. 33а.

¹⁴⁰⁴ ЗММРС, чл. 35, ст. 1.

¹⁴⁰⁵ ЗММРС, чл. 35а, чл. 36.

Наведено законско решење било је оспорено одмах по доношењу Закона о мирном решавању радних спорова, иницијативом за оцену уставности и законитости поднетој Уставном суду, која је почивала на аргументацији да исто није у сагласности са одредбом члана 22 став 2 Устава, којом је свакоме зајемчено право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на закону заснованом интересу. Ову је иницијативу Уставни суд одбио са образложењем да "се одлучивање арбитра не може сматрати одлучивањем државног органа, нити организације која врши јавна овлашћења у смислу наведених одредаба чл. 22. и 124. Устава, већ о одлуци појединца кога су стране у спору изабрале да спор реши на начелима добровољности, трипартизма и непристрасности", те да је, стога, законодавац имао право да пропише искључивање права на жалбу против решења које донесе арбитар."¹⁴⁰⁶

С друге стране, законодавац је имао овлашћење да пропише могућност жалбе или тужбе за поништај арбитражног решења, као што је то учињено у Закону о арбитражи¹⁴⁰⁷, против арбитражних одлука донетих у складу са тим законом, па се поставља питање адекватности решења које је усвојено, с обзиром на деликатност арбитраже као новог института у осетљивој области индивидуалних радних односа. Притом, треба имати у виду да арбитражне одлуке не морају бити обавезујуће, те да је најбоље када су стране саме вољне да прихвате и изврше арбитражну одлуку (на пример, арбитражне одлуке британске Службе за саветовање, мирење и арбитражу, која ужива велики углед, нису обавезујуће), јер наметање арбитраже нарушава њен смисао и психолошки ефекат¹⁴⁰⁸. Међутим, чак и ако се прихвати концепт обавезности арбитражне одлуке и једностепености, које иду за тим да арбитражи дају ауторитет и компаративну предност у односу на суд, свакако се са аспекта како домаћег решења Закона о арбитражи, тако и са аспекта решења страних права у погледу могућности судске контроле арбитражних одлука, постојећа законска формулација чини неоправданом, будући да индикује одсуство могућности оспоравања арбитражне одлуке у судском поступку. Притом је неопходно имати у виду да судска контрола арбитражних одлука представља стандард у страним правима, с тим што је, како мешање државе не би дошло у колизију са тенденцијом подстицања аутономног решавања радних спорова и начелом економичности, прихваћен принцип ограничене судске контроле, која се своди на то да се провери

¹⁴⁰⁶ Решење Уставног суда ИУ-15/2005 од 28. септембра 2006. године.

¹⁴⁰⁷ Закон о арбитражи ("*Сл. гласник РС*", бр. 46/2006), чл. 57-63.

¹⁴⁰⁸ С. Јашаревић, *оп. cit.*, стр. 140.

да ли је дошло до грубе повреде арбитражног поступка, непоштовања материјалног права или пристрасног понашања арбитра, мада има и држава које дозвољавају и преиспитивање чињеничног стања и примене материјалног права¹⁴⁰⁹. *De lege ferenda*, сматрамо да је у циљу заштите јавног поретка и правне сигурности, те промовисања арбитражног решавања индивидуалних радних спорова, неопходно да законодавац преиспита став по питању правног дејства арбитражне одлуке, водећи рачуна о потреби баланса између ефикасности арбитражног поступка, као императива и потребе његове "мекане" имплементације, јер *a priori* прихватање арбитражне одлуке, каква год да је, може бити у тој мери одвраћајуће да анулира позитивност аспекта хитности решавања спора.

6.3.3. Арбитри

*За арбитра може бити изабрано лице које, поред услова који се захтевају за миритеља, има и положен правосудни испит или је редовни професор факултета из позитивно-правних предмета.*¹⁴¹⁰

Одлуку о избору арбитра, са четворогодишњим мандатом и могућношћу реизбора, врши двотрећинском већином шесточлана Комисија за избор миритеља и арбитра, састављена на трипартитном и паритетном принципу, на основу пријава кандидата које се подnose по објављеном огласу од стране Агенције. Својство арбитра стиче се даном уписа у Именик, који се врши на основу одлуке о његовом избору.¹⁴¹¹

6.4. Заступљеност мирења и арбитраже пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова

6.4.1. Јавно доступни подаци

Према подацима наведеним у Информатору о раду Републичке агенције за мирно решавање спорова из јула 2018. године¹⁴¹², овој институцији је у периоду од 2005. године до краја 2016. године, *поднето укупно 14.192 предлога* за мирно решавање

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*, стр. 141-142.

¹⁴¹⁰ ЗММРС, чл. 38, ст. 1 и 2.

¹⁴¹¹ ЗММРС, чл. 39-42.

¹⁴¹² Информатор о раду Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, јул 2018, доступан на интернет страници, стр. 27-29.

радног спора, од тога 13.950 у индивидуалним радним споровима и 242 у колективним радним споровима, од чега је *решено 5.244 спорова*, од чега 5.118 индивидуалних радних спорова и 126 колективних радних спорова.

Истовремено, према статистичким подацима Врховног касационог суда¹⁴¹³, у 2015. године, пред првостепеним судовима у Републици Србији покренуто је 38.437 радних спорова, док је тај број у 2016. години износио 32.507, а у 2017. години 40.832 радна спора.

Подаци су у најмању руку неупоредиви: *пред домаћим судовима годишње буде покренуто око 2.5 пута више радних спорова него што их је пред Агенцијом покренуто за 12 година њеног постојања*. Ове су чињенице поражавајуће и несумњиво говоре о маргиналности мирних метода решавања радних спорова у домаћем праву.

6.4.2. Разлози незаступљености метода мирног решавања радних спорова у домаћем праву

Одговор на алармантно питање неискоришћености мирних метода решавања радних спорова у домаћем праву покушало је да пружи веома опсежно истраживање, спроведено током 2013. године као заједнички пројекат социјалних партнера - репрезентативних синдиката и уније послодаваца на републичком нивоу, под називом *Истраживање о мирном решавању радних спорова у Београду, Новом Саду и Нишу (с посебним освртом на пољопривреду, прехрану, дуванску индустрију, водопривреду, грађевинску и индустрију грађевинског материјала, хемију и неметале)*¹⁴¹⁴. У оквиру овог истраживања, које представља синтезу квантитативне и квалитативне анализе, анкетирани су запослени и послодавци у Београду, Новом Саду и Нишу, градовима у којима је поднето највише предлога за мирно решавање радних спорова¹⁴¹⁵, са циљем испитивања у којој мери су уопште упознати са могућношћу мирног решавања спорова посредством Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, у којој су мери користили те методе и шта оцењују као предности ових и недостатке ових метода. Резултати су веома интересантни и заслужују осврт на ово истраживање.

¹⁴¹³ Статистика о раду судова опште надлежности у Републици Србији за 2015, 2016. и 2017. годину, подаци јавно доступни на интернет страници: <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/raniji-godi%C5%A1nji-izve%C5%A1taji-o-radu>, 20.03.2019.

¹⁴¹⁴ Д. Вујасиновић Дучић, М. Шошић, Р. Брајковић, С. Киковић, С. Будимчевић, *оп. cit.*

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, стр. 23.

Истраживачки узорак на страни запослених представљао је 387 лица са територије Београда, Новог Сада и Ниша, запослених код послодаваца различитих димензија (од малих до великих) из делатности покривених гранским колективним уговорима, углавном у приватном сектору. Степен образовања запослених је био минимално средња стручна спрема, просечне године живота између 43 и 53, а већина је синдикално организована. Од тог броја, већина се изјаснила да им је позната могућност мирног решавања радних спорова, при чему су углавном о томе обавештени од стране синдиката, али чак 362 *запослених никада није користило* неки од мирних метода решавања радних спорова. Запослени су као посебно афирмативне аспекте мирних метода решавања радних спорова издвајали њихову брзину и бесплатност. С друге стране, као један од најчешћих разлога за изостанак коришћења ових метода, наводили су *неспремност послодавца да прихвати* овај начин решавања спора, мада су као разлоге наводили и страх од послодавца и сумњу у непристрасност, услед чега су у оквиру својих предлога за унапређење коришћења овог метода без изузетка сугерисали увођење обавезности коришћења ових метода, али и шире промовисање ових метода.¹⁴¹⁶

Истраживачки узорак на страни послодавца представљала су 142 послодавца из категорије малих и средњих предузећа са исте територије и делатности као и запослени. Послодавци су били генерално мање упознати са могућностима мирног решавања радних спорова, а њих 137 *никада није користило* ове методе. Послодавци су такође афирмативно оценили брзину и бесплатност коју нуде ови методи, али су као препреку за њихово коришћење углавном наводили сумњу у непристрасност и недовољно информација које би им омогућиле да се одлуче за мирно решавање радних спорова.¹⁴¹⁷

Закључак истраживања је следећи: "На основу анкете и добијених података произилази да *институт добровољности у решавању радних спорова није адекватно решење* за примену Закона о мирном решавању радних спорова. У случају да су се запослени определили за мирно решавање радних спорова, *најчешћи разлог неприступања овом поступку је то што послодавац не жели* добровољно да приступи овом начину решавања радних спорова, већ му је једноставније да запослени иде пред суд опште надлежности, иако су трошкови судског поступка високи за запосленог, а добијањем судског спора у корист запосленог, сви трошкови падају на терет послодавцу"¹⁴¹⁸.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, стр. 30-76.

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, стр. 45-79.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, стр. 59.

Овај закључак свакако поткрепљује чињеница да су радни спорови најчешће решавани у режиму обавезности мирног решавања радних спорова, те да је од 117 решених колективних радних спорова, у 81 случају била реч о обавезном мирењу¹⁴¹⁹.

6.5. Приватна арбитража

6.5.1. Поступак и могући исходи

Закон о раду предвиђа могућност формирања сталне или *ad hoc* арбитраже, чија се надлежност заснива арбитражним споразумом, који може бити садржан у облигационом делу колективног уговора (компромисорна клаузула) или у накнадном споразуму између страна у спору (арбитражни компромис)¹⁴²⁰.

Поступак арбитражног решавања *индивидуалног радног спора* *покреће се у року од три дана* од дана достављања спорног решења запосленом. Спор решава *арбитар - појединац, кога споразумом одређују стране у спору* из реда стручњака у области која је предмет спора. Арбитар је дужан да донесе *одлуку у року од 10 дана* од дана подношења захтева за арбитражно решавање спорних питања. *Одлука арбитра је коначна и обавезујућа* за обе стране у спору.¹⁴²¹

Изузетно од претходног правила, уколико је *предмет спора решење о отказу* уговора о раду, предлог за арбитражу запослени мора поднети *првог наредног дана* по пријему писаног отправака решења о отказу¹⁴²². За време трајања поступка пред арбитром због отказа уговора о раду, запосленом мирује радни однос. Ако арбитар *у року од 10 дана, не донесе арбитражну одлуку, решење о отказу уговора о раду постаје извршно*.¹⁴²³

Поступак арбитражног решавања *интересног колективног радног спора* *покреће се уколико у року од 45 дана од дана започињања преговора, учесници у закључењу колективног уговора нису постигли сагласност о његовом закључењу*.

Састав, начин рада и дејство одлуке арбитраже споразумно утврђују учесници у закључивању колективног уговора, с тим што *рок за доношење одлуке не може бити дужи од 15 дана* од дана образовања арбитраже.¹⁴²⁴

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, стр. 23.

¹⁴²⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 952, 955.

¹⁴²¹ ЗР, чл. 194, ст. 1-5, ст. 8.

¹⁴²² ЗР, чл. 185, ст. 6.

¹⁴²³ ЗР, чл. 194, ст. 6 и 7.

¹⁴²⁴ ЗР, чл. 253, 254.

Поступак арбитражног решавања *правног колективног радног спора* покреће се у року од 15 дана од дана настанка спора. Састав и начин рада арбитраже уређује се колективним уговором, а одлука арбитраже о спорном питању *обавезује* стране у спору.¹⁴²⁵

Треба приметити да је домаћи законодавац, везивањем арбитраже у колективним радним споровима искључиво за оне који настану у вези са колективним уговором, створио непотребну конфузију, јер остаје нејасно да ли је арбитража дозвољена у колективним радним споровима који настану између синдиката и послодавца по другим питањима. Наиме, полазећи од премисе да је добровољна арбитража начелно промовисана универзалним радним стандардима као легитиман метод решавања радних спорова, могло би се закључити да је арбитража и ван материје колективних уговора дозвољена, посебно имајући у виду да закон не искључује њену могућност. С друге стране, треба имати у виду да је питање арбитраже осетљиво, посебно када је реч о обавезујућој арбитражној одлуци, будући да она постаје део јавног поретка, извршна исправа коју су *ex lege* дужни да спроводе органи јавне власти (судови и извршитељи), због чега држава има несумњив интерес да уреди питање арбитрабилности појединих односа, што је чест случај у страним правима. У том контексту, могуће је закључити да је домаћи законодавац, тенденциозно изоставио остале колективне радне спорове и да њих није могуће решавати арбитражним путем, што би водило ништавости арбитражних одлука донетих у споровима који нису у вези са колективним преговорима и колективним уговором. У сваком случају, оваква правна празнина је непотребна и мишљења смо да послодавац *de lege ferenda* треба да преиспита концепт арбитражног решавања колективних радних спорова.

У сваком случају, у литератури се оцењује да је приватна арбитража маргинална у домаћем праву, будући да ни пре ступања на снагу Закона о мирном решавању радних спорова скоро да нису забележени случајеви уговарања арбитражних клаузула колективним уговорима, а након ступања на снагу овог закона има још мање простора за ову врсту арбитраже, с обзиром да мирнење представља далеко адекватнији метод решавања колективних радних спорова, а посебно интересних¹⁴²⁶, док је арбитражу у индивидуалним споровима целисходније, с

¹⁴²⁵ ЗР, чл. 265.

¹⁴²⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 957.

обзиром на неравноправност учесника, спровести у законом уређеном поступку пред лиценцираним арбитрима Агенције.

7. Јавне институције за мирно решавање радних спорова

7.1. Општа разматрања

Установљавање институционалних механизма за мирно решавање радних спорова представља један од основних императива промовисаних универзалним радним стандардима са циљем стварања претпоставки за ефикасну превенцију и решавање радних спорова мирним методима.

То се постиже оснивањем јавних институција за мирно решавање радних спорова, које постоје у значајном броју националних правних система. Избор институционалног модела за мирно решавање радних спорова, као и устројство и организација ових институција, зависе од много фактора, међу којима најзначајнијим сматрамо (1) развијеност и концепт радног и социјалног законодавства, (2) степен интервенционизма државе на тржишту рада, као и (3) развијеност трипартизма и трипартитних институција. Заједнички садржалац ових институција, које у страним правима имају различите називе (службе, агенције, одбори, комисије и сл.), јесте то да се без изузетка оснивају законом, којим се уређује и њихова организација и надлежност. У раду ових институција је по правилу заступљен принципу трипартизма, који се превасходно манифестује приликом избора миритеља и посредника. У правној теорији се истиче да функционисање ових служби у великој мери доприноси стабилизацији радно-социјалног мира и индустријских односа, будући да социјални партнери, захваљујући непристрасности, компетентности и ауторитету ових институција, велики број спорова поверавају њима у надлежност, што је од посебног значаја у делатностима од виталног значаја, у којима обавезно мирење и посредовање уз учешће јавних служби значајно доприноси смањењу броја штрајкова и локаута, чиме се остварују изузетне уштеде и доприноси економском развоју земље и стабилизацији радног мира.¹⁴²⁷

¹⁴²⁷ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - методи и институције*, *op. cit.*, стр. 121-122, Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 964-965, Мијал Стојановић, *Радни спорови - СР Немачка, Аустрија, Република Италија, Република Словенија и Република Србија*, Family press, 2007, стр. 20-21.

Наведено заслужује да се раду ових институција посвети одређена пажња, са циљем да се истраже њихова добра и лоша искуства и извуку одређене поуке.

7.2. Служба за саветовање, мирење и арбитражу (Велика Британија)

Британска Служба за саветовање, мирење и арбитражу (*Advisory, Conciliation and Arbitration Service - ACAS*) је јавна институција, основана 1974. године, која функционише на принципима (1) *доброволности* решавања спорова, будући да *ACAS* нема власт да странама у спору намеће решења, тако да чак ни арбитражне одлуке ове службе нису за стране обавезујуће, (2) одвојености и *независности* од Владе, иако се финансира из буџета и (3) *трипартизма* у управљању службом.¹⁴²⁸

Основне надлежности ACAS обухватају (1) превенцију и решавање спорова, (2) мирење странака у потенцијалним и текућим индивидуалним радним споровима пред индустријским трибуналом и (3) пружање информација и савета, као и промовисање добре праксе¹⁴²⁹.

Превенцију и решавање спорова ACAS обезбеђује кроз две врсте поступака: (1) мирење у колективним радним споровима, праћено арбитражом или посредовањем када је то потребно и (2) саветодавно посредовање, које има за циљ подстицање сарадње и заједничког приступа решавању проблема у фази када још увек није дошло до конкретног спора који треба решавати.¹⁴³⁰ Статистички подаци *ACAS* показују *изузетан обим активности ове службе на мирењу у колективним радним споровима*. Примера ради, током 2017. године је пред овом службом покренуто 715 поступака мирења у колективним радним споровима, од чега је 4.3% било у вези са колективним отпуштањима.¹⁴³¹ С друге стране, статистички подаци показују да је у последњих 20 година дошло до *драматичног опадања броја добровољних арбитражних поступака*, тако да поступак мирења постаје правило решавања колективних радних спорова пред *ACAS*, што је феномен који се приписује опадању и фрагментацији колективног преговарања на различите секторе економије, култури индивидуализма и опадању синдикалног чланства, у којим условима није могуће промовисати арбитражу као метод решавања колективних радних спорова¹⁴³².

¹⁴²⁸ Stephen Hardy, *Labour law and industrial relations in Great Britain*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014., стр. 63, 65.

¹⁴²⁹ *Ibid.*, стр. 64.

¹⁴³⁰ *Ibid.*.

¹⁴³¹ *ACAS* - Annual report and accounts 2017-18, стр. 17-20.

¹⁴³² Susan Corby, "Arbitration in collective disputes: A useful tool in the toolbox", *ACAS*, 2015, <http://m.acas.org.uk/media/pdf/q/e/Arbitration-in-collective-disputes-a-useful-tool-in-the-toolbox.pdf>, 22.01.2019.,

Мирење странака у потенцијалним (*early conciliation*) и текућим (*post-claim conciliation*) индивидуалним радним судским споровима пред индустријским трибуналом је активност по којој се АСАС посебно издваја, како у погледу обима активности, тако и успешности у овим поступцима, тако да је број индивидуалних радних спорова који се износе пред ову службу у порасту¹⁴³³. Према статистичким подацима АСАС, овој служби је током 2017. године поднето 109.364 захтева за поступак мирења пре покретања судског поступка, од чега 27% због незаконитог отказа, као и 26.012 захтева за мирење у току судског поступка, од чега 53% због незаконитог отказа.¹⁴³⁴

Почев од 2014. године, странка која намерава да покрене спор пред индустријским трибуналом је, осим у малом броју законом изузетих случајева, дужна да пре подношења тужбе поднесе АСАС-у захтев за спровођење поступка мирења, под претњом одбачаја тужбе, али је сам поступак мирења потпуно добровољан и АСАС нема ни овлашћења нити методе да стране у спору принуди на поступак мирења и да им намеће било каква решења. Према статистичким подацима АСАС за 2017. годину, чак 72% потенцијалних спорова је решено без подношења тужбе¹⁴³⁵.

С друге стране, мирење у току судског поступка је у целости засновано на начелу добровољности, при чему се странама у судском спору нуди како могућност мирења од стране АСАС, тако и могућност медијације од стране индустријског трибунала (*judicial mediation*), што је уведено 2009. године, коју води неки од професионалних судија индустријског трибунала, који касније не може учествовати у мериторном решавању спора. Упркос потпуној необавезности поступка мирења у овој фази спора и конкуренцији индустријског трибунала у методима његовог мирног решавања, статистички подаци из 2012. године, показују изузетну успешност АСАС у решавању индивидуалних радних спорова током трајања судског поступка: чак 72,1% спорова који су у овој фази поверени у надлежност ове службе су окончани поравнањем, док је проценат поравнања пред индустријским трибуналом на нивоу од 65%¹⁴³⁶. Према статистичким подацима за 2017. годину, мирењем је успешно окончано 74,1% спорова у фази судског поступка¹⁴³⁷.

стр. 14-16, 36. Тако, док је у 1990. години од 1.140 колективних радних спорова у којима је покушано мирење, 200 окончано арбитражом, тај број драстично опала у периоду 2014-15 године, када је од укупно 1.371 колективна спора у којима је покренут поступак мирења, свега 19 окончано арбитражом.

¹⁴³³ V. V. Suchs, *op. cit.*, стр. 35.

¹⁴³⁴ АСАС - Annual report and accounts 2017-18, стр. 17-19.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, стр. 18.

¹⁴³⁶ V. V. Suchs, *op. cit.*, стр. 86-88, 108.

¹⁴³⁷ АСАС, Annual report and accounts 2017-18, стр. 19.

Спроведена истраживања показују да су мотиви за закључење поравнања у поступку мирења пред *ACAS* различити: (1) од укупног броја анкетираних запослених, 43% се изјаснило да су поравнање прихватили јер су проценили да је понуда послодавца коректна и *да на суду не би добили више од тог износа*, 16% да су поравнање прихватили да би избегли стрес и могућ публицитет као последицу суђења, док се 14% изјаснило да је прихватило поравнање да би избегли ризик губитка спора; с друге стране, (2) од укупног броја анкетираних послодаваца, 69% се изјаснило да су пристали на поравнање *да би уштедели време и новац*, 25% јер су сумњали у свој успех у спору, док је свега њих 10% то учинило да би избегло негативан публицитет.¹⁴³⁸

У сваком случају, овакав успех *ACAS* у решавању индивидуалних радних спорова путем мирења, приписује се низу фактора, а превасходно: (1) *историјским и социолошким разлозима*, у том смислу да је британско друштво традиционално обележено волунтаризмом у радним и индустријским односима, без државног интервенционизма у овој сфери, што је довело до развоја широког спектра алтернативних метода решавања спорова, које су заступљене почев од ране фазе настанка спора и резултирају стварањем културе медијације, која је кључ за прихватање овог метода решавања радног спора¹⁴³⁹; (2) *широким надлежностима ACAS* на превенцији и решавању спорова, као и активностима саветовања, обуке и промовисању примера добре праксе¹⁴⁴⁰; (3) *флексибилношћу процеса*, који се покреће и води веома неформално, телефонским позивом или подношењем *online* формулара, при чему миритељ са странкама комуницира, по правилу, телефонским путем, док се усмена расправа заказује само уколико миритељ то оцени потребним, чиме се обезбеђује бржи проток информација и непосредна комуникација са доносиоцима одлука код послодавца, чију би доступност било много теже обезбедити на други начин¹⁴⁴¹, (4) *вештинама медијатора*, који имају константне и свеобухватне обуке, почев од иницијалних тренинга, периодичних тренинга, радионица, сталних евалуација њиховог рада, заједничких састанака у циљу размене искустава, обезбеђивања приричника за рад и сталних едукација из области радног права; експертиза миритеља се додатно приписује чињеници да се ови кадрови креирају у овој служби, где почињу да раде од најнижих позиција, да би након тога почели да

¹⁴³⁸ Annie de Roo and Rob Jagtengbert, *Settling Labour Disputes in Europe*, Society for Personality and Social Psychology, Inc. The Netherlands, 2003, стр. 105.

¹⁴³⁹ V. V. Suchs, *op. cit.*, стр. 116.

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, стр. 116.

¹⁴⁴¹ *Ibid.*, стр. 108, 117.

саветују у индивидуалним радним споровима и тек када стекну праксу почели да саветују у колективним радним споровима; правна струка није услов за бављење пословима миритеља, тако да су миритељи ретко правници, већ своја знања стичу интензивним обукама у циљу стицања практичних знања након заснивања радног односа¹⁴⁴² и (5) *економском приступачношћу*, с обзиром да су трошкови мирног решавања индивидуалног радног спора пред *АСАС* веома ниски, а с обзиром да се поступак мирења води телефоном, у случају постизања споразума поступак може бити и потпуно бесплатан; истовремено се указује да промовисање мирних метода решавања радног спора не треба вршити повећањем судских трошкова и упозорава на потенцијалну контрапродуктивност таквог приступа, будући да, уколико због високих судских такси запосленима суд постане тешко приступачан, послодавци неће имати велики интерес да спорове решавају мирним путем¹⁴⁴³.

Пружање информација и савета, као и промовисање добре праксе оцењује се као изузетна превентивна активност на подизању свести субјеката радних односа о поступању у сфери радних односа и могућностима превенције спорова у њиховој раној фази. Те активности *АСАС* спроводи кроз бесплатно саветовање послодаваца, послодавачких удружења, индивидуалних запослених и синдиказа по низу питања. Поред тога, *АСАС* промовише усвајање добре праксе у радним односима кроз низ едукација и публикација. Коначно, ова служба има овлашћење на издавање кодекса праксе, који садрже смернице у циљу унапређења индустријских односа.¹⁴⁴⁴

7.3. Централни Арбитражни Комитет (Велика Британија)

Британски Централни Арбитражни Комитет (*Central Arbitration Committee - SAC*) представља јавну службу, основану 1975. године, која функционише на принципима (1) *трипартизма*, (2) *независности од Владе*, иако се финансира из буџета и (3) *независности од АСАС*.¹⁴⁴⁵

Надлежност *SAC* обухвата поступке *доброволне и обавезне арбитраже*. Поступак арбитраже води се пред трочланим арбитражним већем, а чланови тог већа морају имати искуства у индустријским односима као послодавци или раднички представници.¹⁴⁴⁶

¹⁴⁴² *Ibid.*, стр. 106, 117.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, стр. 103-105.

¹⁴⁴⁴ S. Hardy, *op. cit.*, стр. 65.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, стр. 66.

Према важећој законодавној регулативи, САС има две основне надлежности: (1) да арбитражује у споровима поводом формирања савета запослених и (2) да арбитражује у споровима поводом признавања преговарачких права синдикату и поступку колективног преговарања.

У споровима поводом формирања савета запослених, САС одлучује о обиму информација које је послодавац дужан да достави запосленима ради утврђивања броја и распореда особља у предузећу за потребе оснивања савета запослених, о ваљаности поднетог захтева за оснивање савета запослених, као и о структури органа надлежних за преговоре о оснивању савета запослених. У споровима око признавања преговарачких права синдикату и поступку колективног преговарања, САС има посебно широка овлашћења. Наиме, у складу са Законом о радним односима (*Employment Relations Act 1999*)¹⁴⁴⁷, независни синдикат може да се обрати овом комитету са захтевом за признавање права на колективно преговарање о зарадама, радном времену и годишњим одморима. САС о том захтеву одлучује на основу испитивања испуњености услова за стицање тог права у погледу броја чланова синдиката и подршке запослених синдикату. Уколико САС призна синдикату преговарачка права, а послодавац и синдикат не могу да постигну споразум о правилима колективног преговарања, иста ће такође бити одређен арбитражном одлуком.

Поред наведених надлежности, уведених 1999. године, САС је остао надлежан и за обавезну арбитражу у споровима поводом (не)достављања синдикату информација које су од кључног значаја за колективно преговарање о зарадама и другим условима рада.¹⁴⁴⁸

7.4. Федерална служба за мирњење и посредовање (САД)

Федерална служба за мирњење и посредовање (*Federal Mediation and Conciliation Service - FMCS*), основана 1947. године, представља специјализовану државну агенцију чијег директора именује председник уз сагласност Сената, са развијеном мрежом подручних канцеларија у свим већим градовима и стално запосленим медијаторима.

¹⁴⁴⁷ *Employment Relations Act /1999/*, (с. 26).

¹⁴⁴⁸ *Ibid*, стр. 66-67.

Надлежности FMCS обухватају: (1) превенцију и решавање радних спорова¹⁴⁴⁹, (2) едукацију и обуке за менаџмент и синдикалне представнике и (3) вођење националног регистра арбитара и њихово именовање у радним споровима.

Превентивну функцију FMCS у највећој мери остварује својим учешћем у продужењу или поновном преговарању колективних уговора. Наиме, у складу са Тафт-Хартлијевим законом, потписник колективног уговора који намерава да откаже или затражи измену колективног уговора, дужан је да о томе пре истека колективног уговора писаним путем обавести FMCS. На захтев странака колективног уговора, FMCS им може пружити своје услуге у поступку преговора, а може им и по сопственој иницијативи, на основу примљеног сазнања, понудити своје услуге. У овом случају је, дакле, реч о превентивној медијацији, са циљем избегавања евентуалних индустријских конфликта.¹⁴⁵⁰ Према статистичким подацима из 2012. године, од укупно 22.500 обавештења о отказу или обнови колективних уговора, мирење посредством FMCS је обављено у 3.079 случајева¹⁴⁵¹.

Своју функцију решавања радних спорова FMCS превасходно обавља кроз поступке добровољне медијације у колективним радним споровима¹⁴⁵². Наведени методи су веома флексибилни у погледу правила поступања, која се прилагођавају природи спора и потребама странака, према процени медијатора о избору најцелисходнијег приступа.¹⁴⁵³ Поступци обавезне медијације у надлежности FMCS су изузетак од начела добровољности и постоје искључиво у случају штрајка у делатностима од виталног значаја (*National Emergency Disputes*) и фармацеутској индустрији, које имају посебан режим штрајка.¹⁴⁵⁴

Друга важна надлежност FMCS односи се и на обезбеђивање едукације и обука за менаџмент и синдикалне представнике, са циљем унапређивања свести о мирним начинима решавања радних спорова, што укључује и развој комитета за социјални

¹⁴⁴⁹ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 477. Надлежност FMCS за превенцију и решавање радних спорова односи се превасходно на колективне радне спорове у сектору трговине, са изузетком железнице и авиоиндустрије, које су у надлежности Националног одбора за медијацију.

¹⁴⁵⁰ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - методи и институције*, *op. cit.*, стр. 128.

¹⁴⁵¹ A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 477.

¹⁴⁵² Иако је Национална служба за мирење и посредовање надлежна за мирење и посредовање и у сфери индивидуалних радних односа, статистике показују да је обим активности на овом нивоу доста низак. Према статистичким подацима из 2012. године, мирење је спроведено само у 1.700 индивидуалних радних спорова, док је у истој години предмет мирења било чак 3.079 колективних радних спорова, дакле скоро двоструко више. *Ibid*, стр. 478.

¹⁴⁵³ *Ibid*.

¹⁴⁵⁴ *Ibid*, стр. 478.

дијалог на нивоу предузећа и друге видове консултација представника запослених и менаџмента.¹⁴⁵⁵

Трећа битна надлежност FMCS односи се на вођење националног регистра арбитра. Наведени регистар обухвата преко 1.300 арбитра, који представљају квалификоване и непристрасне особе које могу бити арбитра у радним споровима. Поред тога, FMCS уз скромну накнаду доставља странкама листе арбитра из свог регистра, а може на захтев странака у спору и именовати арбитра за одређени спор. Према статистичким подацима за 2013. годину, овој служби је упућено 13.361 захтев за достављање листе арбитра, од чега је арбитражна одлука донета у 2.124 случајева. Интересантан је податак да је, за разлику од мирења и посредовања, која су претежно у функцији решавања колективних радних спорова, арбитража иницирана ради решавања индивидуалних радних спорова, тако да се од наведеног броја арбитражних одлука свега неколико десетина односило на спорове око закључења колективног уговора.¹⁴⁵⁶

7.5. Арбитражни савет (Камбоџа)

Врло интересантан и поучан пример оснивања сталне арбитраже уз подршку Међународне организације рада направљен је у Камбоџи, у врло захтевним друштвено-политичким и економским условима. Пројекат је започет 2002. године, након пада апсолутистичког режима и три деценије грађанског рата, у атмосфери колабираних институција система, законодавства, правосуђа и апсолутног неповерења и одсуства социјалног дијалога између актера који би требало да буду стубови трипартизма. У тим условима, 2003. године је основан Арбитражни савет (*Arbitration Council*) Камбоџе, са надлежношћу за решавање свих индивидуалних и колективних радних спорова, који је од свог оснивања до децембра 2010. године *решио чак 70% спорова који су му поверени у надлежност*, што је резултат дивљења вредан када се узме у обзир да је *поступак пред Арбитражним саветом обавезан, али да арбитражне одлуке не обавезују стране у спору*, осим уколико стране изјаве да их прихватају. Ова специфична врста (не)обавезне арбитраже је успостављена с обзиром на изражену

¹⁴⁵⁵ *Ibid*, стр. 478-479. Веома је интересантан податак да је, захваљујући постигнутим резултатима, ова служба почев од средине деведесетих година прошлог века интернационализовала ове активности, тако да је, на позив страних Влада из централне и источне Европе, централне и јужне Америке и Азије, почела да спроводи обуке из медијације и других врста тренинга за потребе развоја медијације и унапређења индустријских односа у тим државама.

¹⁴⁵⁶ *Ibid*.

корупцију у друштву, због чега је било кључно важно да арбитражне одлуке не буду обавезујуће, како би се мотивација за корупцијом арбитрара умањила и тиме створило поверење странака у интегритет њихових ставова. Међународна организација рада је оценила да је *експедитивно и транспарентно решавање радних спорова* од стране Арбитражног савета, засновано на поштовању права и универзалних радних стандарда, *унапредило индустријске односе* и изградњу поверења између социјалних партнера и власти Камбоџе, створивши тиме климу за инвестициони и економски раст. Као посебно признање раду ове институције може се истаћи чињеница да је на нивоу текстилне индустрије закључен Меморандум о разумевању између шест највећих федерација и конфедерација синдиката и удружења послодаваца, којим је, између осталог, за решавање свих колективних радних спорова између уговорена обавезујућа арбитража Арбитражног савета. Међународна организација рада оценила је да је кључ успеха ове институције: (1) *креирање ове институције према конкретном друштвеном-политичком и економском систему ("tailor made")*, пажљивим проучавањем прилика и потреба, (2) *трипартизам*, који је био од особите важности због савладавања иницијалног неповерења, (3) улагање озбиљних ресурса у *обуку арбитрара* и (4) *обезбеђивање извора финансирања* које омогућава квалитетан рад уз очување независности, транспарентности и кредибилитета институције и арбитрара.¹⁴⁵⁷

7.6. Републичка агенција за мирно решавање радних спорова (Република Србија)

Републичка агенција за мирно решавање радних спорова основана је 2004. године, као посебна јавна организација преваходно надлежна за: (1) мирно решавање колективних и индивидуалних спорова; (2) избор миритеља и арбитрара; (3) вођење Именика миритеља и арбитрара; (4) стручно усавршавање миритеља и арбитрара; (5) одлучивање о изузећу миритеља и арбитрара и (6) евиденцију о индивидуалним и колективним радним споровима. Рад Агенције у делимично прожет начелом трипартизма, које се манифестује у поступку избора миритеља и арбитрара које именује шесточлана комисија заступљена на трипартитном и паритетном принципу, док директора поставља Влада.

Упркос почетном оптимизму везаном за почетак рада нове јавне институције за мирно решавање радних спорова, испоставило се да нису постигнути жељени

¹⁴⁵⁷ Corinne Vargha, "Reflections on ILO experience: How can the effectiveness of dispute resolution systems be assessed?", у Annika Talvik (Ed.) "Best Practices in Resolving Employment Disputes in International Organizations", *Conference Proceedings, ILO Geneva*, 15-16 September 2014, стр. 8-10.

результати, због чега су 2018. године учињене законске интервенције на плану проширења надлежности Агенције и отклањања других недостатака који су оцењени као фактори који су довели до недовољне искоришћености њених капацитета.¹⁴⁵⁸ Како се наводи у образложењу предлога Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова: "рад Агенције, упркос бројним предностима поступка пред Агенцијом (бесплатност за стране у спору, ефикасност, економичност и сл.) у односу на судски поступак, као и остварених циљева Агенције (растерећење судова, унапређење социјалног дијалога, хармонизација радних односа, смањење броја штрајкова и сл.), *остао је недовољно видљив, тако да институт мирног решавања радних спорова није у потпуности успео да се постави као алтернатива судским поступцима у радним споровима*, због чега се велики број запослених који су остали без посла због глобалне економске кризе и транзиције ипак одлучује да се за заштиту својих права обрати суду, без обзира на чињеницу да је то дужи и скупљи пут за остварење истих".¹⁴⁵⁹

Међутим, иако је проширен каталог могућих спорова који се могу изнети пред надлежност Агенције, изостало је проширење могућих метода решавања радних спорова, тако да је *потпуно необјашњиво изостала могућност мирења у индивидуалним радним споровима и арбитраже у колективним радним споровима*. Такође, *остаје нејасно по којим је критеријум прошириван каталог спорова*. Примера ради, концептуално је нејасно због чега се спор о престанку радног односа може изнети пред арбитражу, а не може спор о изменама уговора о раду.

Кључне надлежности Агенције су административне природе и односе се на вођење Именика миритеља и арбитра и вођење Евиденције о поступцима мирног решавања радних спорова.

Прва надлежност, која се односи на миритеље и арбитра, обухвата избор и упис одговарајући Именик, предлагање миритеља и арбитра странама у конкретном спору, одлучивање о захтевима за њихово евентуално изузеће, као и брисање миритеља и арбитра из Именика, уколико се за то стекну услови. Међутим, упадљиво је да, упркос законском прописивању стручног усавршавања миритеља и арбитра, као једне од кључних надлежности Агенције, те предвиђању да је одбијање стручног усавршавања разлог за брисање миритеља, односно арбитра из Именика, *закон ни на једном месту не разрађује питање стручног усавршавања, нити то чине подзаконски*

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, стр. 7.

¹⁴⁵⁹ Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова из 2018. године, стр. 6-7.

акти. Како је едукација миритеља и арбитра изузетно важна за промоцију и успех метода мирног решавања радних спорова, на шта експлицитно упућују искуство реномиране британске јавне Службе за мирење, посредовање и арбитражу (ACAS), те анализа Међународне организације рада о разлозима великог успеха камбоџанског Арбитражног савета, сматрамо да би *de lege ferenda* требало разрадити ову изузетно важну надлежност Агенције.

Друга важна надлежност, која се односи на *вођење евиденције о поступцима мирног решавања радних спорова*, обухвата прикупљање, евидентирање и објављивање података о (1) странама у спору; (2) миритељу, односно арбитру који је водио поступак; (3) *врсти и предмету спора*; (4) датуму покретања поступка, као и (5) датуму и начину окончања спора.¹⁴⁶⁰ Постојање ових података је од изузетног значаја за промовисање ових метода решавања радних спорова, будући на исти указују на (не)ефикасност коришћења ових метода у одређеним врстама поступака, те могу бити важан индикатор странама у спору приликом доношења одлуке о начину решења конкретног спора. На жалост, *евиденција о врсти и предмету спора је уведена тек законским изменама из 2018. године, тако да Агенција нема податке о броју радних спорова насталих у вези са решавањем вишка запослених*, који су били предмет мирења и арбитраже пред Агенцијом, *као ни податке о њиховом исходу*, који би омогућили евалуацију ових метода приликом решавања те врсте спорова у домаћем праву.

Коначно, приметно је да је *домаћи законодавац пропустио да у надлежности Агенције уврсти активности на едукацији и практичној обуци послодаваца, запослених и представника послодавачких удружења и синдиката, те бесплатном саветовању, информисању и ширењу добре праксе унапређења*, што су, као што показују примери јавних служби у Великој Британији и САД (ACAS и FMCS), изузетно важне активности за подизање свести о потреби развоја социјалног дијалога, превенције настанка спорова и њиховог мирног решавања, што у својој синергији води стабилности индустријских односа и радно-социјалног мира, те сматрамо да је *de lege ferenda* надлежности Агенције потребно проширити и на ове врсте активности.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, чл. 54.

8. Мирно решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањем

8.1. Обавезна медијација у поступку консултација о колективном отпуштању (Италија)

У италијанском праву прописана је обавезна медијација уколико током преговора између послодавца и синдиката о питањима која су прописана као предмет консултација - разлозима колективних отпуштања, критеријумима за селекцију запослених, мерама за спречавање или редукацију отпуштања и мерама за ублажавање негативних последица отказа - у поступку колективног отпуштања не дође до постизања споразума о закључењу колективног уговора којим ће се наведена питања детаљно уредити.¹⁴⁶¹ Поступак медијације води се пред Бироом за рад и максималну запосленост (*Ufficio Provinciale del lavoro e della massima occupazione comunicazione*)¹⁴⁶², дакле истим органом јавне власти који је надлежан за пријем обавештења о колективном отпуштању, који нема законско овлашћење да забрани нити одложи колективна отпуштања, већ је његова улога концентрисана на помоћ социјалним партнерима да постигну консензус и закључе колективни уговор којим ће детаљно уредити питања од кључне важности за запослене погођене колективним отпуштањима. Активну улогу медијатора има лично директор Бироа, који по пријему послодавчевог обавештења о неуспеху преговора, позива социјалне partnere ради расправљања спорних питања која нису решена у поступку консултација и у том поступку је овлашћен на давање конструктивних предлога у циљу постизања договора.¹⁴⁶³ Овај поступак може трајати најдуже 30 дана¹⁴⁶⁴ почев од дана пријема обавештења о неуспеху преговора од стране Бироа¹⁴⁶⁵, а уколико до закључења колективног уговора не дође, послодавац може наставити са спровођењем колективних отпуштања и једнострано уредити наведена питања.

Поред обавезности њеном приступању, медијација се подстиче и додатним погодностима које закон везује за закључивање колективног уговора, као што су

¹⁴⁶¹ У литератури се истиче да се поступак обавезне медијације мора покренути не само у случају неуспеха преговора између послодавца и синдиката, већ и у случају када синдикат није у законском року (од седам дана) захтевао спровођење поступка консултовања или тзв. заједничког испитивања. С. Brunі, *op. cit.*, стр. 15.

¹⁴⁶² Закон прописује да се поступак води пред Бироом провинције, али се у литератури истиче да се поступак може водити непосредно пред Министарством рада, уколико се вишак запослених исказује у организационим деловима који се налазе у различитим провинцијама истог региона или различитим регионима. *Ibid.*

¹⁴⁶³ *Legge* 223/1991, чл. 4 ст. 7.

¹⁴⁶⁴ Уколико је број запослених који су потенцијални вишак мањи од 10, наведени рок се, у складу са чланом 4 став 8 Закона 223/1991, смањује на половину.

¹⁴⁶⁵ *Legge* 223/1991, чл. 4 ст. 7. У литератури се изражавају опречни ставови по питању могућности продужења наведеног рока од 30 дана. Тако, F. Cursigito тврди да се наведени уговор не може продужавати (*op. cit.*, стр. 260), док С. Brunі изражава становиште да је реч о флексибилном року (*op. cit.*, стр. 15).

смањивање трошкова отпуштања и субвенционисани програми везани за реализацију мера за запошљавање¹⁴⁶⁶.

8.2. Обавезна медијација као услов за отказ из економског разлога (Италија)

Обавезна медијација предвиђена је у италијанском праву као услов за отказ уговора о раду из економских разлога и у случају када број отказа не прелази цензус за колективно отпуштање¹⁴⁶⁷.

Наиме, у случају отказивања уговора о раду из економских разлога, у случају када нема места примени правила о колективним отпуштањима послодавац је дужан да, након достављања прелиминарног обавештења о отказу регионалној канцеларији у саставу Министарства рада и социјалне сигурности и непосредно запосленом, приступи обавезном мирењу пред канцеларијом министарства, чије је трајање ограничено на 20 дана. Уколико било која од страна одбије мирење или покушај мирења не резултира постизањем споразума (у року од 20 дана), надлежни орган јавне власти издаје сертификат, којим се потврђује да је испуњен услов у погледу покушаја мирења и да послодавац може наставити са поступком отказа. Међутим, опструкција покушаја мирења може имати негативне последице по странку која је исто скривила. Наиме, страна у спору која није пристала на *учешће* у мирењу или није прихватила да поступи по *препоруци* миритеља, трпи штетне последице у виду обавезе *сношења свих трошкова парничног поступка*, без права на рефундирање сопствених трошкова од стране која је изгубила спор, као и у виду *негативне процесне позиције* у парничном поступку, будући да се неоправдано неодржавање поступку мирења третира као процесни доказ на њену штету¹⁴⁶⁸.

8.3. Обавезна арбитража приликом одређивања начина примене критеријума за селекцију вишка запослених (Немачка)

До обавезне арбитраже доћи ће уколико између послодавца и савета запослених настане спор око утврђивања тзв. *колективних смерница за избор (kollektive Auswahlrichtlinien)*¹⁴⁶⁹. О колективним смерницама за избор је већ било речи, па на овом месту само треба подсетити да су у немачком праву критеријуми за селекцију

¹⁴⁶⁶ T. Treu, *op. cit.*, стр. 134.

¹⁴⁶⁷ F. d'Amora, A. Patrizi, *op. cit.*, стр. 56.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, стр. 56.

¹⁴⁶⁹ §§ 95 (1), (2) BetrVG.

вишка запослених *numerus clausus* утврђени законом, те да се *смерницама за избор, без одступања од законских критеријума, утврђују редослед њихове примене и вредновања*, чиме се постиже транспарентност и објективност у поступању. Смернице за избор се примењују како ради селекције запослених којима ће се отказати уговори о раду, тако и ради утврђивања приоритета у обезбеђивању мера за запошљавање.

У предузећима која имају до 500 запослених, послодавац има право да самостално утврди смернице за избор, тзв. аутономне смернице. Међутим, закон га мотивише да по овом питању преговара са саветом запослених, тиме што прописује да колективне смернице за избор, за разлику од аутономних, могу бити преиспитиване од стране радног суда само са аспекта евентуалног постојања крајње грешке (*grobe Fehlerhaftigkeit*) што представља правну контролу, а не контролу садржаја и правичности¹⁴⁷⁰. С друге стране, савет запослених управо стога може имати супротни интерес, да избегне њихово споразумно утврђивање, како би запосленима било остављено што више аргументације за оспоравање отказа¹⁴⁷¹. Немачки законодавац је, међутим, *упркос томе што по овом питању није утврђено право саодлучивања послодавца и савета запослених, прописао обавезну арбитражу на захтев послодавца* од стране арбитражног комитета, чија одлука о утврђивању колективних смерница за избор тада замењује споразум послодавца и савета запослених.

С друге стране, право саодлучивања приликом утврђивања смерница за избор је установљено у корист савета запослених у предузећима са *више од 500* запослених. У њима *савет запослених има право да захтева* закључење споразума којим ће се заједнички утврдити колективне смернице за избор, а уколико између послодавца и савета запослених настане спор око закључења самог споразума или садржине колективних смерница за избор, спор ће решити арбитражни комитет, чија ће одлука заменити споразум између послодавца и савета запослених.

8.4. Обавезна арбитража приликом одређивања плана обуке вишка запослених (Немачка)

Савету запослених је такође признато *право саодлучивања и у односу на планирање обука* које су услов наставка запослења у случају увођења промена због којих настаје вишак запослених, а у случају настанка колективног радног доћи ће до обавезне

¹⁴⁷⁰ Крајња грешка постоји када законски критеријуми социјалног избора, објективно посматрајући, уопште нису узети у обзир или је очигледно да су недовољно, односно потпуно неравномерно узети у обзир, без упуштања у мотиве таквог поступања. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 232.

¹⁴⁷¹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 131.

арбитраже од стране арбитражног комитета, чија одлука замењује споразум послодавца и савета запослених¹⁴⁷².

8.5. *Добровољна медијација и (не)добровољна арбитража у случају увођења тзв. суштинских промена у погону (Немачка)*

До добровољне медијације и арбитраже може доћи у току поступка консултација са саветом запослених, које је послодавац дужан да спроведе у случају увођења тзв. *суштинских промена у погону*, са циљем да савет запослених упозна са економском одлуком о увођењу наведених промена, као и њених импликација, те да покуша да у оквиру тог поступка са саветом запослених постигне *тзв. помирење интереса*, које се састоји у постизању договора о формирању заједничке листе вишкова запослених којима ће, у име помирења интереса, бити отказани уговори о раду.

У случају да договор не буде постигнут, свака страна има право да се обрати одбору *Федералне агенције за запошљавање*, са захтевом за медијацију. Та медијација је у *целости добровољна*, односно условљена пристанком обе стране у спору.

Ако ниједна страна не покаже интерес за медијацијом од стране Агенције за запошљавање, или се та медијација покаже неуспешном, свака страна има право да спор изнесе пред арбитражни комитет, чиме се заснива врло *ретка врста арбитраже*, која се у литератури класификује и као обавезна и као добровољна, будући да је *приступање овој арбитражи обавезно, али одлука арбитражног комитета нема обавезујуће дејство*, што је последица чињенице да савет запослених нема право саодлучивања у економским питањима¹⁴⁷³, о чему је претходно било речи. Стога *арбитражни комитет даје странама у спору само предлог решења*, који стране могу, али не морају прихватити. Уколико се "помирење интереса" не постигне ни на овај начин, послодавац је даље слободан да донесе економске одлуке и мере које сматра пословно оправданим.¹⁴⁷⁴

Немачки законодавац је, међутим, и овде, као и код утврђивања колективних смерница за избор, мудро поступио и дао послодавцу одличну мотивацију да покуша да постигне договор са саветом запослених, будући да формирање заједничке листе вишкова (1) ствара законску презумпцију *социјалне оправданости отказа*, (2) социјални избор је могуће извршити одступањем од законских критеријума, што је једини законски основ за одступање од императивно

¹⁴⁷² § 97 BetrVG.

¹⁴⁷³ М. Eylert, R. Schinz, стр. 202.

¹⁴⁷⁴ §§112 (2) и (3) BetrVG. Више у: М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 240; М. Eylert, R. Schinz, стр. 202.

прописаних критеријума, а тако извршен (3) социјални избор запослених подложен је судској контроли само у случају "*крупних грешака*".¹⁴⁷⁵

У случају *тзв. суштинских промена у погону*, савет запослених има право да захтева доношење *тзв. социјалног плана*¹⁴⁷⁶, у циљу компензације или умањења негативних економских последица које за запослене наступају због планираних пословних промена. Уколико (1) се суштинске промене састоје искључиво у смањењу операција или затварању целог погона, односно његових кључних делова, а за своју једину последицу имају отпуштање запослених због оперативних потреба предузећа у одређеном броју/проценту који је у односу на укупан број запослених у погону виши од прага за колективно отпуштање, али је испод цензуса за обавезно доношење социјалног плана¹⁴⁷⁷ или (2) се суштинске промене спроводе код послодавца од чијег оснивања није прошло више од четири године, без обзира на врсте пословних промена и размере потенцијалних отпуштања¹⁴⁷⁸, спор између послодавца и савета запослених може бити само предмет добровољне медијације и арбитраже, пред истим органима као и у случају спора око помирења интереса.

8.6. Обавезна арбитража у случају спора о социјалном плану (Немачка)

У свим осталим случајевима увођења *тзв. суштинских промена у погону*, доћи ће до *обавезне арбитраже* пред арбитражним комитетом, чија одлука замењује делове социјалног плана о којима стране нису постигле споразум или споразум у целини¹⁴⁷⁹, будући да социјални програм не може бити једностранни акт послодавца, већ се установљено право саодлучивања у корист савета запослених. Приликом одлучивања, арбитражни комитет дужан је да истовремено узме у обзир социјалне

¹⁴⁷⁵ §1 (5) KSchG. Треба притом имати у виду да се наведена правила неће примењивати уколико је након "помирења интереса" дошло до значајне промене материјалне ситуације.

¹⁴⁷⁶ §112 (1) BetrVG.

¹⁴⁷⁷ §112a (1) BetrVG. У питању су отпуштања: (а) у погонима који редовно запошљавају више од 20 и мање од 60 запослених – 20% или најмање шест запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је пет запослених), (б) у погонима који редовно запошљавају најмање 60 и мање од 250 запослених – 20% или најмање 37 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 10% или најмање 25 запослених), (в) у погонима који редовно запошљавају најмање 250 и мање од 500 запослених – 15% или најмање 60 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 10% или најмање 25 запослених) и (г) у погонима који редовно запошљавају 500 или више запослених – 10% или најмање 60 запослених (у овим компанијама праг за колективно отпуштање је 30 запослених). Законом је изричито предвиђено да се приликом обрачунавања наведеног прага са отказима због оперативних потреба предузећа изједначавају и споразумни престанци радног односа иницирани од стране послодавца због увођења наведених пословних промена. Законом је изричито предвиђено да се приликом обрачунавања наведеног прага са отказима због оперативних потреба предузећа изједначавају и споразумни престанци радног односа иницирани од стране послодавца због увођења наведених пословних промена.

¹⁴⁷⁸ §112a (2) BetrVG.

¹⁴⁷⁹ §112 (4) и (5) BetrVG.

интересе запослених и економску одрживост одлуке за предузеће, при чему ће се руководити превасходно следећим принципима: (1) потребом да се запосленима обезбеди компензација или умање негативни економски ефекти, који се посебно састоје у смањењу прихода, губитку посебних погодности или губитку права на компанијску пензију, трошковима пресељења или повећаним трошковима путовања, (2) шансама отпуштених радника на тржишту рада, у том смислу да право на погодности социјалног плана неће уживати запослени који одбију наставак прихватљивог запослења код истог послодавца или у другој компанији у оквиру исте групе и у истом или другом месту рада, (3) могућностима коришћења субвенција за избегавање незапослености, обезбеђених прописима о социјалном осигурању и, коначно, (4) потребом да се обезбеди опстанак компаније након спроведених промена, због чега укупан износ средстава компензације за запослене не треба да буде одмерен тако да угрози будуће пословање. Како законодавац није прописао ни минималне ни максималне износе компензација које се исплаћују запосленима погођеним негативним последицама увођења суштинских промена у погон, *арбитражни комитет је слободан да укупан износ ових средстава и начин њихове дистрибуције одреди према својој дискреционој оцени*, руководећи се претходно наведеним принципима.

С обзиром да одлука арбитраже за послодавца представља будућу неизвесну околност, која може далеко превазићи планиране буџете за ову намену, може се рећи да обавезна арбитража унапређује социјални дијалог, јер послодавац има снажан интерес да се са саветом запослених договори о социјалном плану и тиме избегне арбитражу, а у литератури се истиче да обавезна арбитража служи, у одређеној мери, и као средство за заштиту запослених од отказа, јер антиципација трошкова колективног отпуштања може бити одговарајући фактор за послодавца приликом одлучивања о прибегавању овом начину решавања кризних ситуација¹⁴⁸⁰.

9. Подесност и делотворност мирних метода за решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањем

9.1. Подесност медијације (посредовања и мирења) у индивидуалним радним споровима

Медијација у индивидуалним радним споровима у вези са колективним отпуштањима може, на први поглед, деловати илузорно и сасвим неподесно из

¹⁴⁸⁰ Нав. према: M. Eylert, R. Schinz, стр. 204-205.

барем два разлога: (1) послодавац и запослени нису ни у каквом конфликтном односу који би требало санирати дијалогом и (2) једно од основних обележја и мотива странака за постизање споразума у медијацији је пацификовање односа и изналагање компромисног решења, како би се на дужи рок одржали стабилни односи, дакле улагање у будућност. Ниједна од те две врло важно претпоставке код отказа из економских разлога, јер су разлози отказа објективни (осим у случају злоупотребе института), а послодавац нема више потребе за радом запосленог и то медијација не може да промени. Практично, у тој констелацији, медијација се враћа на "*market-based*" него на раније поменут "*perception-based*" модел америчког теоретичара Голдмана, будући да се више инволвирају финансијске процене и одмеравање шанси на суду него ирационални/емотивни аспекти. Наиме, послодавац интерес за медијацију може имати само уколико сматра да је направио одређене грешке погрешно и стога не жели да ризикује неизвесност судског поступка. С друге стране, запослени у тој ситуацији не тежи враћању на рад, већ може покушати да утилитаризује одређене грешке које је послодавац направио при отказу уговора о раду или једноставно послодавчеву неспремност да се излаже судском спору.

Те разлоге, међутим, не треба потцењивати, о чему говори и страна пракса медијација у отказним поступцима, где запослени, знајући да постоји мала могућност да се судским путем врате на радно место, имају интерес да се нагоде са послодавцем уместо да се излажу судској процедури, а послодавци налазе свој интерес у бојазни од штрајкова солидарности, трошкова суђења и накнаде штете у случају губитка парнице¹⁴⁸¹. Као потврда целисходности ове врсте метода може послужити упорност италијанског легислатора да, у циљу растерећења судова, потенцира обавезност овог метода као услов за подношење тужбе ради поништаја отказа из економског разлога, упркос томе што је концепт обавезне медијације напустио у односу на све остале радне спорове. Управо у том контексту је неразумљива и упорност домаћег законодавца у игнорисању потребе да створи правни оквир да Агенција преузме надлежност и за мирења у индивидуалним радним споровима, посебно када се има у виду да поступак посредовања, који је приватног карактера, не даје одговарајуће резултате.

¹⁴⁸¹ С. Јашаревић, *оп. cit.*, стр. 95.

9.2. Подесност медијације у интересним колективним радним споровима

Питање подесности медијације у *колективним интересним споровима* скоро се и не поставља јер представља такорећи аксиом, будући да је медијација практично наставак преговарања у терминологији универзалних радних стандарда. Простора за интересне колективне радне спорове у вези са колективним отпуштањима има онолико колико је представницима запослених дато права у тим процесима. У том смислу, у државама које смо посматрали као истраживачки узорак, у којима много аспеката колективног отпуштања треба уредити колективним уговором (Француска, Италија) или споразумом са представницима запослених (Немачка), постоји много могућности за настанак конфликта који се може решити медијацијом. То, на жалост, неће бити случај у домаћем праву, будући да је поступак решавања вишка запослених до те мере једностран, а улога представника запослених маргинална, нема основа да се успостави комуникација која би могла бити повод настанку колективног интересног спора и медијацији.

9.3. Подесност медијације у колективним правним колективним радним споровима

Правни колективни радни спорови могу бити везани за колективна отпуштања, чак и у домаћем праву, с обзиром да предмет колективног уговора често буду одредбе о критеријумима за селекцију вишка запослених, заштити одређених категорија запослених од отказа, отпремнинама и мерама за запошљавање. Питање подесности за решавање правних колективних радних спорова је повод неслагањима у теорији, с обзиром да је њихов предмет тумачење/примена права која су већ уређена нормама, од чијег садржаја у интересу поштовања законитости не би требало одступати. Међутим, у теорији се истиче да и ту има места медијацији, будући да прави и језик нису довољно савршени да би се сви случајеви могли предвидети и унапред уредити, што оставља простор различитим тумачењима, а тиме и преговорима. У том смислу, сматра се да медијатор, верзиран у радним односима, може помоћи странама у спору проналажењем креативног решења у оквиру закона и колективног уговора више него судија, који нема флексибилност, већ мора да се креће у ригидним оквирима правила тумачења¹⁴⁸².

¹⁴⁸² С. Јашаревић, *оп. cit.*, стр. 98.

9.4. Подесност арбитраже у индивидуалним радним споровима

Подесност арбитраже у индивидуалним радним споровима већ је деликатније питање, на које одговор зависи превасходно од схватања арбитрабилности индивидуалних радних спорова у одређеном националном систему. Као што је претходно било речи, схватање о арбитрабилности значајно варира између америчког права, које афирмативно гледа на арбитрабилност индивидуалних радних спорова и европских права, која имају мање отворен став према арбитражи у индивидуалним радним споровима, посебно када је реч о статусним споровима, какав је престанак радног односа, као што је то случај у француском, немачком и холанском праву. С друге стране, познати су историјски примери да је арбитража имала значајну улогу у одлучивању у отказима, на пример у СССР и домаћем послератном праву¹⁴⁸³.

Домаћи легислатор се ипак определио за концепт арбитрабилности отказа уговора о раду, који има своје присталице и у правној теорији, са аргументацијом да је арбитражна одлука прилагођенија конкретним околностима од судске пресуде, да су арбитражи мање везани правом и стога воде рачуна о правичности и реалности, да боље познају праксу радних односа и, коначно, да су поступци бржи и јефтинији¹⁴⁸⁴.

9.5. Подесност арбитраже у интересним колективним радним споровима

Арбитар у овој врсти арбитраже има висок степен слободе у примени права, будући да спор решава по преторском принципу "*ex aequo et bono*", крећући се у оквирима апсолутног социјалног јавног поретка, али и веома захтеван задатак, јер му задатак није да одлучи ко је у праву, већ да уреди односе социјалних партнера, водећи рачуна о свим, превасходно економским и социјалним импликацијама своје одлуке¹⁴⁸⁵. У теорији се истиче да је управо успех арбитраже у овој врсти спорова кључно допринео њеној афирмацији у радном праву¹⁴⁸⁶.

Ова се врста арбитраже посебно важном показује у колективним отпуштањима у немачком праву, где је посебно заступљена у форми обавезне арбитраже, конституисане с обзиром да савет запослених има право саодлучивања

¹⁴⁸³ *Ibid.*, стр. 143.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

¹⁴⁸⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 961.

¹⁴⁸⁶ С. Јашаревић, *оп. cit.*, стр. 144.

по низу важних питања у овим процесима, а како нема право на штрајк, излаз из спорова нерешивих дијалогом, и то врло ефикасан, пронађен је у арбитражи.

9.6. Подесност арбитраже у правним колективним радним споровима

Подесност арбитраже у правним колективним радним споровима представља опште прихваћени метод, који је од посебног значаја у колективним отпуштањима, с обзиром да те поступке одређује поступање у одређеним роковима и, по правилу, висок степен социјалног незадовољства које може резултирати штрајковима, због чега је неопходно да се у кратким јединицама времена отклоне сви неспоразуми и обезбеди транспарентност и законитост поступања.

9.7. Делотворност мирних метода решавања спорова у вези колективних отпуштања

О делотворности мирних метода, као таквих, сведочи њихова све већа заступљеност у скоро свим врстама индивидуалних и колективних радних спорова и у том погледу колективна отпуштања не треба да буду изузетак. Наравно, добровољност, као маркантно обележје ових метода, колико их чини здравим за развој индустријске демократије, толико их чини и рањивим у ситуацијама када стране не могу да пронађу заједнички интерес који би их мотивисао да прибегну неком од ових метода, при чему је углавном проблематична воља послодавца, а не запосленог, што показују и недавно вршена домаћа истраживања. Колективитет ризика са којима се послодавац конфронтира у колективним отпуштањима може бити важан мотиватор, с обзиром на колективна права запослених, која мора да испоштује и која могу бити повод спору, као и с обзиром на колективитет индивидуалних права, која могу бити повређена типским грешкама, карактеристичним за ове поступке, које послодавца могу страшно много коштати. С друге стране, мотивација ће зависити од две ствари: (1) нивоа гаранција права представника запослених и њихове моћи да послодавцу "сметају" у поступку колективног отпуштања и (2) степена уверења послодавца да исправно поступа и да нема правне ризике. Уколико је ниво гаранција низак, а степен уверења висок, нема мотивације за ADR методе.

Отуда је услов делотворности ADR метода системско давање подстицаја послодавцима да преговарају, што су схватили и немачки и италијански послодавац,

установивши погодности за послодавце који се договоре са представницима запослених.

На жалост, о делотворности ADR метода у домаћем праву није могуће озбиљно говорити, јер је дискрепанца између ових и судских поступака решења спора толика да се коришћење ових метода своди на ниво статистичке грешке.

Постојеће евиденције Агенције не садрже податке о томе колико је од наведених спорова било у вези са колективним отпуштањима, али је из доступних података о врстама индивидуалних и колективних радних спорова изнетих пред Агенцију за 2016. годину¹⁴⁸⁷ и 2017. годину¹⁴⁸⁸, могуће извести одређене посредне закључке, на основу броја предлога и решених спорова поводом (1) отказа уговора о раду, (2) признавања репрезентативности синдикату, (3) колективних уговора/опшних аката послодавца и (4) штрајка.

Табела бр. 2

ПАРАМЕТАР	2016		2017	
	Поднето предлога	Решено спорова	Поднето предлога	Решено спорова
Основ спора				
Отказ уговора о раду	28	1	20	3
УКУПНО ИНДИВИДУАЛНИХ	928	320	1046	392
Признање репрезентативности	4	0	0	0
Интересни и правни спорови око колективног уговора/општег акта	17	9	14	5
Штрајк	7	2	13	8
УКУПНО КОЛЕКТИВНИХ	28	11	28	13

Наведени подаци говоре о незнатном учешћу арбитражних поступака поводом отказа уговора о раду у укупном броју арбитража вођених пред Агенцијом,

¹⁴⁸⁷ Нав. према: Радница Ракић, Арбитража као метод мирног решавања радних спорова (мастер рад), Правни факултет Универзитета у Приштини - Косовска Митровица, стр. 44.

¹⁴⁸⁸ Информатор о раду Републичке агенције за мирно решавање радних спорова, јул 2018, стр. 29.

док је учешће поступака мирења у укупном броју поступака пред Агенцијом такође занемарљиво.

С обзиром на све потенцијалне предности ADR метода уз истовремену затрпаност судова радним споровима, који стога трају ван свих смислених рокова, неопходно је у циљу обезбеђења права на суђење у разумном року, које домаћи судови објективно не могу да испоштују, унапредити ефикасност ових поступака. Сматрамо да овај јавни интерес налаже не само "меке" мере у виду промоције метода и саме Агенције, организовања обука, штампања приручника и томе слично, већ, пре свега, *прописивање обавезности мирења пред Агенцијом и у индивидуалним и колективним радним споровима*, праћено санкцијама за повреду ове обавезе (репутационо, новчаним казнама, тежом процесном улогом у потоњој парници кроз трошкове и терет доказивања, обавезом повраћаја субвенција, немогућношћу учешћа на јавним тендерима и томе слично). Закључак о неопходности овако радикалне мере детерминисне више премиса: (1) статистички подаци Агенције указују да су спорови пред њом успешно окончавани у ситуацијама када су се странке упустиле у поступак, што се у највећем броју случајева дешавало у режиму обавезног мирења, (2) истраживање на респектабилном узорку је показало да отпор послодаваца према коришћењу ових метода представља једну од најкрупнијих препрека у њиховом развоју, при чему послодавци тврде да је узрок неспремности недовољна обавештеност о самим поступцима и предрасуде у погледу сопствене стигматизације у тим поступцима, (3) позитивна искуства националних правних система са дугом традицијом (британско и италијанско) који инсистирају на обавезности ових поступака, при чему су резултати британске службе *ACAS* изузетно убедљиви, (4) одсуство поверења у институције система и уверење о постојању корупције у свим деловима државног апарата и (5) одсуство традиције и културе дијалога, о чему несумњиво говори чињеница да у Републици Србији не постоји ни социјални дијалог, те није за очекивати да се мирни методи решавања радних спорова прихвате без одређеног наметања. Ова идеја није нова и изнео ју је проф. Јашаревић још у својој докторској дисертацији пре безмало 20 година, са аргументацијом преоптерећености судства и заопштавања односа између радника и послодаваца¹⁴⁸⁹. Од тада се ситуација променила на горе, јер је на стотине хиљада запослених отпуштено у транзиционим процесима, што индиректно констатује и законодавац у

¹⁴⁸⁹ С. Јашаревић, *оп. cit.*, стр. 268.

предлогу измена и допуна Закона о мирном решавању радних спорова из 2018. године.

Стога сматрамо да би било целисходно размотрити и увођење одређених интервентних мера, како би се створио терен за унапређење коришћења арбитраже у индивидуалним споровима, што би било значајно у контексту оптерећености правосуђа, а у постојећем правном режиму није за очекивати. У том смислу, чини се сврсисходним да се размотри да ли би се у домаћем окружењу, с обзиром на историјски тренутак и друштвене специфичности, решење могло наћи у евентуалној обавезној арбитражи у индивидуалним радним споровима, која би била обавезна у погледу приступања арбитражном решавању спора, учешћа у поступку и разматрања арбитражне одлуке, али не и у погледу њеног прихватања, чиме би се обезбедило да стране у спору на сопственом искуству схвате вредност тог метода. Консеквентно, у случају неприхватања арбитражне одлуке у одређеном року, странке не би имале никакву сметњу да спор изнесу пред надлежни суд, уз гаранције апсолутне поверљивости аргументације и доказа изношених током арбитражног поступка, чиме би једини негативни аспект био компромитована стратегија странака у поступку, што делује као прихватаљив уступак. Алтернатива, блажа, али мање ефикасна, могла би бити у увођењу жалбеног већа, односно двостепености арбитражног поступка, будући да је очигледно једноступеност поступка у условима неповерења у институције и непознавања арбитраже флагрантно одбијајући фактор. Немачко искуство учи да стављање арбитраже у изглед унапређује социјални дијалог, тако да би увођење ове врсте арбитраже могло бити значајно и са аспекта кризе социјалног дијалога у Републици Србији.

Такође инспирисани немачким искуством, које је успоставило оптималан баланс подстицаја и санкција, кроз увођење обавезне арбитраже чија је одлука обавезујућа у случају масовних отпуштања која прелазе одређени цензус, али и подстицаје за преговарање у виду умањења ризика губитка спора ради поништаја отказа у случају постизања договора са савезом запослених, као и италијанским решењима, која предвиђају санкције за одбијање медијације у индивидуалним споровима и стимулансе за подстицај колективног преговарања у поступцима колективних отпуштања, сматрамо потребним такав систем успоставити и у домаћем праву, па поред обавезности ADR метода, прописати погодности и олакшице за послодавца који закључи споразум у индивидуалном или колективном радном спору, у виду фискалних олакшица, предности у субвенцијама и слично.

Део пети

СУДСКО РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА

1. Право на судску заштиту у радним споровима

1.1. Право на судску заштиту од незаконитих аката као елемент права на рад

Право на рад потврђено је великим бројем аката донетих на универзалном и регионалном нивоу као једно од основних социјалних права, с тим што изостаје дефиниција права на рад, већ се међународни стандарди задржавају на одређивању елемената који чине садржину тог права¹⁴⁹⁰.

Право на рад не подразумева апсолутно и безусловно право сваког да добије запослење¹⁴⁹¹. Оно такође не може бити изједначено ни са правом својине на одређеном радном месту нити право на радни однос код тачно одређеног послодавца¹⁴⁹². Проф. Јовановић истиче да право на рад, међутим, "није никакво субјективно право, већ представља начело по коме се уређују поједини радноправни институти (заснивање радног односа, распоређивање радника, престанак радног односа и други). Тек посредством тих радноправних института право на рад се може преточити у неко субјективно (утуживо) право", из чега проистиче да управо утуживост отказа, односно судска заштита од незаконитог престанка радног односа, конвертује апстрактни правни идеал у индивидуално право које запослени може непосредно вршити¹⁴⁹³.

Оно што је сасвим извесно је да један од основних елемената права на рад чини стабилност запослења, што је афирмисано како у правној теорији¹⁴⁹⁴, тако и у "јуриспруденцији" Комитета експерата МОП за примену конвенција и препорука¹⁴⁹⁵. Како право на судску заштиту у случају отказа чини квинтесенцијални елемент

¹⁴⁹⁰ Повеља ОУН, Универзална декларација о људским правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Устав МОП, Конвенција МОП бр. 122 о политици запошљавања, Конвенција МОП бр. 142 о развоју људских ресурса, Конвенција бр. 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања, Конвенција МОП бр. 131 о утврђивању минималних зарада, Европска социјална повеља, односно Ревидирана европска социјална повеља, П. Јовановић, *Радно право, оп. cit.*, стр. 129, Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*, стр. 43.

¹⁴⁹¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*

¹⁴⁹² Н. Collins, *Justice in Dismissal, оп. cit.*, стр. 11.

¹⁴⁹³ П. Јовановић, *Радно право, оп. cit.*, стр. 131.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, стр. 134.

¹⁴⁹⁵ ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 375.

начела стабилности запослења, установљава се и чврста веза између тог права и права на рад. Штавише, како запажа проф. Ковачевић, из тесне везе права на заштиту од неоправданог отказа, израженог и кроз право запосленог који је незаконито отпуштен на приступ независном органу, са правом на рад и начелом сигурности запослења, "произилази да је оно дубоко укорењено на темељима права на људско достојанство и аутономију, посебно што рад има велики значај за лични развој сваког појединца."¹⁴⁹⁶

1.2. Гаранција права на приступ суду

Право на приступ суду, односно судску заштиту од незаконитих аката, представља једно од основних људских и грађанских права, које је као такво гарантовано бројним међународним инструментима, почевши од Опште декларације УН о људским правима из 1948. године, преко Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, до низа регионалних стандарда, међу којима је за европска права од највећег значаја Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, која гаранцијама права на приступ суду обухвата право на правично суђење (чл. 6) и право на делотворан правни лек (чл. 13).

Поред енормног значаја за развој људских права и грађанских слобода, специфична херменеутика изражена у јуриспруденцији Европског суда за људска права, надлежног за примену и заштиту гаранција утканих у Европску конвенцију о људским правима, извршила је значајн утицај у сфери радног права и значајно унапредила ниво заштите запослених/грађана од незаконитог отказа, захваљујући израженим становиштима тог суда да незаконит отказ вишедимензионално вређа основна људска права и слободе гарантоване том конвенцијом, почев од права на приступ суду до најсензитивнијих људских права, као што је право на приватни живот, о чему ће у наставку бити више речи.

1.3. Правно дејство одрицања од судске заштите

Чињеница да право на судску заштиту представља основно људско и грађанско право нужно отварања питање ваљаности изјаве о одрицању од права на судску заштиту против незаконитог отказа. Мишљења смо да би давање такве изјаве

¹⁴⁹⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 45.

in abstracto, пре давања отказа, када право на судску заштиту егзистира у виду правне моћи, а не непосредно извршивог субјективног права, представљало недопуштено одрицање од основног људског права.

Одговор на питање, међутим, постаје замањенији у ситуацији када одрицање од права на тужбу представља део целовитог договора послодавца и запосленог, који је праћен одређеном новчаном компензацијом. С обзиром да забрана таквих договора није прописана међународним радним и социјалним стандардима, у страним правима постоје различита решења.

У том смислу не треба да чуди да *америчко право* предвиђа могућност својеврсног одрицања од судске заштите, односно права на подношење тужбе када послодавац запосленом понуди одређени пакет отпремнине ¹⁴⁹⁷, што је хармонизовано са преобладавајућом концепцијом "*at will*" запошљавања и разлозима прагматичне флексибилности у сфери радних односа.

Међутим, ову могућност не садрже само неолиберални системи радних односа, већ и државе које неспорно носе атрибут социјалних држава, те у том смислу подсећамо на примере француског, италијанског и немачког права, који у интересу прагматичности и растерећења судова, новијим законским решењима предвиђају могућност одрицања од права на тужбу у замену за одређену компензацију.

У *француском праву*, послодавац и запослени могу приступити закључењу вансудског поравнања, којим на интегралан начин уређују све спорне односе и којим се запослени може одрећи права на тужбу за поништај отказа, чијим закључењем настаје сметња за накнадно подношење тужбе против послодавца.¹⁴⁹⁸

У *италијанском праву* је такође недавно установљена могућност да послодавац у року од 60 дана од отказа, у поступку мирења понуди запосленом компензацију у износу који се утврђује у оквиру законских распона, у замену за одрицање запосленог од права на тужбу.¹⁴⁹⁹

У *немачком праву* запослени који у законском року не поднесе тужбу за поништај отказа има "право на компензацију за случај вишка запослених" (*Abfindungsanspruch bei betriebsbedingter Kündigung*), која представља "цену" за одрицање од вођења радног спора за поништај отказа.¹⁵⁰⁰

¹⁴⁹⁷ Barbara Kate Repa, *Your Rights in the Workplace*, Nolo, 2007, стр. 356-357. Такође, The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Understanding waivers of discrimination claims in employee severance agreements", доступно на интернет страници: https://www.eeoc.gov/policy/docs/qanda_severance-agreements.html#B, 04.01.2019.

¹⁴⁹⁸ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 171.

¹⁴⁹⁹ T. Treu, *op. cit.*, стр. 133.

¹⁵⁰⁰ §1a Закона о заштити од отказа.

С друге стране, могућност одрицања од судске заштите за случај отказа уговора о раду није призната у домаћем праву. Штавише, забрана одрицања од права на судску заштиту уткана је у сам Устав, који је у оквиру гаранције права на рад, која подразумева и право на *правну заштиту за случај престанка радног односа*, изричито прописао: "*нико се тих права не може одрећи.*"

То значи да би било какво одрицање запосленог од права на судску заштиту за случај престанка радног односа било аутоматски сматрано ништаким и не би производило никакво правно дејство, будући да је уставотворац овако ригидним прописивањем заштитио запослене "од њих самих", како би их, како слабију страну у радном односу, заштитио од могућих притисака послодавца да, уз одређену компензацију или без ње, одустану од права да траже судску заштиту од незаконитог и неоправданог отказа. Подсетићемо на овом месту да се у јуриспруденцији Уставног суда чак и одрицање од права на отпремнину сматра одрицањем од права на правну заштиту за случај престанка радног односа, које се запослени не може одрећи, а у питању је одрицање од нижег степена заштите у односу на евентуално одрицање од права на судску заштиту.

2. Организација и надлежност судова за решавање радних спорова

2.1. Уводна разматрања

Питање организације и надлежности судова за решавање радних спорова није на јединствен начин уређено у националним законодавствима, с обзиром да устројство и организација судске власти, као једне од три основне гране власти у сваком уставном систему, дубоко задире у питање суверенитета и интегритета, те државе задржавају право да осетљива питања уређења правосуђа и судског решавања радних спорова уређују у складу са специфичностима унутрашњих система.

Упркос свим различитостима, у страним правима егзистирају два основна концепта судског решавања радних спорова: (1) од стране *специјализованих судова за радне спорове* и (2) од стране *судова опште надлежности*. Специјализовано радно судство је, даље, развијено кроз два основна модела: *непрофесионалних радних трибунала* и *радних судова*, с тим што специјализација може постојати на свим нивоима одлучивања или само у првостепеном поступку¹⁵⁰¹. С друге стране, решавање радних

¹⁵⁰¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 770.

спорова у судовима опште надлежности се, по правилу, поверава посебним већима за радне спорове, чиме се такође у одређеној мери изражава специјализација и уважавају специфичности радних спорова¹⁵⁰².

Како су у изабраном истраживачком узорку упоредноправних система заступљени сви наведени модели судског решавања радних спорова, с обзиром да Француска има непрофесионалне радне трибунале, Немачка професионалне радне судове, а Италија и Хрватска судове опште надлежности, при чему Италија има виши ниво специјализације већа у другом и трећем степену, проучавање судских метода решавања радних спорова биће фокусирано на националне судове ових држава, како би се дубљом анализом њихове организације, надлежности и процесних правила извеле корисне поуке за унапређење домаћег права.

2.2. Специјализовано радно судство

Специјализовано судство представља карактеристику европског социјалног модела, заснованог на концепцији да је економски развој незамислив без свеукупног друштвеног напретка и да стога тржишна привреда мора имати своје социјалне корективе, што је водило институционализацији овог концепта не само у западноевропским и скандинавским државама, те Великој Британији, као европском представнику англосаксонског модела државе благостања, али и у низу земаља Централне и Источне Европе које су постале чланице Европске уније, попут Словеније и Мађарске, тако да практично само још медитеранска друштва немају специјализовано радно судство¹⁵⁰³.

Идеја водиља установљавања специјализованог судства за радне спорове је потреба за постизањем већег степена ефикасности у њиховом решавању у односу на поступак пред судовима опште надлежности, с обзиром на низ специфичности ове врсте спорова, уз мноштво хетерономних, аутономних и међународних извора радног права, те присуство несумњивог интереса како запослених, тако и послодаваца, да се спор оконча у што краћем року и са што мање трошкова.

У прилог специјализованом радном судству истичу се многи аргументи, од

¹⁵⁰² *Ibid.*, *op. cit.*, стр. 772.

¹⁵⁰³ Опширније о историјату и територијалној заступљености специјализованог судства, те његовој релацији са европским социјалним моделом и државом благостања у: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 768-769; Бојан Божовић, *Радни и социјални судови - друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016, стр. 73-83.

којих највећи значај имају: (1) *једноставност поступка* - наспрот комплексним правилима парничног поступка; (2) *брзина поступка* - наспрот пословично дугом трајању парничног поступка због непостојања организационо-функционалних претпоставки за његово краће трајање (преоптерећеност судија и правила парничног поступка); (3) *стручност судија* - наспрот недовољној специјализованости парничних судија за поступање у радним споровима, које подразумева мноштво националних (хетерономних и аутономних) и међународних извора права које треба користити у раду); (4) *нижи трошкови поступка*, што чине судску заштиту приступачнијом, (5) *могућност мирног решавања спора* током судског поступка и (6) *трипартизам* у саставу суда/трибунала, који омогућава учешће социјалних партнера у процесу доношења судских одлука.

2.2.1. Непрофесионални радни трибунали (Француска)

Француски радни трибунали или већа праведника (*Conseils de Prud'hommes*) представљају најстарије институције специјализоване за решавање радних спорова у Европи, створене за време Наполеоновог царства, са дугом традицијом и великим угледом у Француској. Најмање један радни трибунал се оснива за подручје првостепеног суда опште надлежности (*Tribunal de Grande Instance*) и има их укупно 210, са 14.512 судија - праведника¹⁵⁰⁴.

Састав радних трибунала почива на бипартитном и паритетном принципу, што подразумева једнак број судија - праведника из реда послодаваца и запослених¹⁵⁰⁵, које именују министар правде и министар рада са листа формираних од стране синдиката и репрезентативних удружења послодаваца на националном нивоу¹⁵⁰⁶. Дакле, праведници нису каријерне судије и не морају бити дипломирани правници, већ неопходна знања стичу обуком у трајању од шест недеља по мандатном периоду¹⁵⁰⁷. Функција праведника није плаћена, али ужива погодности у том смислу што (1) послодавац мора праведнику обезбедити плаћено одсуство ради обављања наведене функције, уз накнаду зараде коју му рефундира држава и што (2) праведник који је представник запослених ужива посебну заштиту од отказа на исти

¹⁵⁰⁴ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 189.

¹⁵⁰⁵ *Code du travail*, L. 1421-1.

¹⁵⁰⁶ Pascale Lagesse, *Labour and Employment Compliance in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016, стр. 91; *Code du travail*, L. 1441-1.

¹⁵⁰⁷ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit. Code du travail*, L. 1441-1. Мандат судија праведника траје четири године.

начин као и сви други представници запослених¹⁵⁰⁸.

Радни трибунали *већају у секцијама*, које су међусобно одвојене и аутономне, тако да представљају "судове у малом", који су специјализовани за различите секторе, и то: трговину, индустрију, пољопривреду, различите делатности и кадрове (менаџмент, професионалне кадрове или особље). Свака секција има најмање осам чланова (*conseillers*), са паритетним бројем праведника из редова послодаваца и запослених, који *одлучују већином гласова*, а уколико се одлука на тај начин не може усвојити, у гласању учествује председник првостепеног суда општег надлежности (*Tribunal d'Instance*), који се зове *juge départiteur*.¹⁵⁰⁹ У оквиру сваке секције морају бити формирана два бироа - биро за мирење (*bureau de conciliation*), и биро за суђење (*bureau de jugement*). Састав бироа такође је базиран на паритетном принципу, с тим што биро за мирење има два члана, а биро за суђење има четири члана, који се ротирају по бироима и наизменично председавају.¹⁵¹⁰

Трибунал је *стварно надлежан* само за поступање у *индивидуалним радним споровима*¹⁵¹¹, док је решавање колективних радних спорова у надлежности судова опште надлежности (*Tribunal de Grande Instance*)¹⁵¹². Међутим, како је радни трибунал надлежан и за спорове поводом *индивидуалних последица колективних односа*¹⁵¹³, подела колективног радног спора на низ индивидуалних радних спорова може довести до заснивања надлежности трибунала и за колективне радне спорове, овим "заобилазним" путем¹⁵¹⁴.

Радни трибунал *решава индивидуалне радне спорове само у првом степену*. Притом, за спорове вредности до 4.000 еур, одлука трибунала је правноснажна¹⁵¹⁵, уз могућност непосредног изјављивања ванредног правног лека Врховном суду (*Cour de cassation*)¹⁵¹⁶, док код спорова чија је вредност преко 4.000 еур, постоји право жалбе социјалном већу Апелационог суда¹⁵¹⁷.

Стварна надлежност радног трибунала за решавање индивидуалних радних

¹⁵⁰⁸ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, стр. 189, 191. Аутори наводе да професионалне судије учествују у решавању око 20% од укупног броја спорова који су у надлежности радних трибунала и закључују да је то веома висока стопа, која дугорочно може поставити питање легитимитета садашње организације већа праведника и проузроковати реформу која би водила константном учешћу професионалних судија, чиме би се пољубила суштина трибунала.

¹⁵¹⁰ *Code du travail*, L. 1454-7. Опширније у: Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 144.

¹⁵¹¹ *Code du travail*, L. 1411-1, 1411-3.

¹⁵¹² J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 190; P. Lagesse, *op. cit.*, стр. 91.

¹⁵¹³ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*

¹⁵¹⁴ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 145-146.

¹⁵¹⁵ *Code du travail*, D. 1462-3.

¹⁵¹⁶ Laborde, J. Rojot, *op. cit.*

¹⁵¹⁷ *Ibid.*

спорова у првом степену је *искључива* и било какво уговарање надлежности другог органа или суда се сматра ништавим¹⁵¹⁸. Наиме, надлежност радних трибунала сматра се питањем јавног поретка и јавне политике и стога се било какво уговарање надлежности другог суда или арбитраже аутоматски сматра ништавим¹⁵¹⁹.

Надлежност радних трибунала у индивидуалним радним споровима који могу настати у вези са колективним отпуштањима значајно је редукована законском реформом из 2013. године, којом су одређене врсте спорова изузете из надлежности трибунала и пренете у надлежност управних судова, тако да сада у тој сфери постоји паралелна надлежност две врсте судова.

Наиме, у складу са императивном законском одредбом, у *искључиву надлежност управних судова* спадају сви спорови у вези са: (1) *садржином плана очувања запослења* (било да је садржан у колективном уговору или једностраном акту послодавца), (2) *одлукама Директората о мерама у поступку колективног отпуштања*, као и (3) *законитошћу самог поступка колективног отпуштања*, тако да ти спорови не могу бити предмет било каквих поступака изузев поступака предвиђених за решавање о плану очувања запослења¹⁵²⁰. С друге стране, у *надлежности радног трибунала остали су спорови у вези са: (1) накнадом штете и враћањем на рад, (2) поништајем плана очувања запослења о коме је Директорат претходно донео позитивну одлуку и (3) утврђивањем да ли су постојали економски разлози за отказ*¹⁵²¹.

Иако је овакво уређење резултат интенције француског законодавца да убрза поступак одлучивања о плану очувања запослења, у ком циљу су установљени и кратки рокови за одлучивање управних судова, у литератури се истиче да је овај трансфер надлежности у корист управних судова резултирао повећањем броја спорова и да ће, стога, захтевати значајно усаглашавање постојеће јуриспруденције Државног савета и Касационог суда¹⁵²².

Месна надлежност радних трибунала императивно је одређена према форуму места рада, уколико запослени послове обавља у просторијама послодавца, а ако то

¹⁵¹⁸ *Code du travail*, L. 1411-4.

¹⁵¹⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 405. Ипак, у јуриспруденцији Касационог суда има ставова да арбитражни споразум неће бити ништав уколико је уговорен након окончања радног односа, када запослени више није "под влашћу" послодавца, тако да индивидуални радни спор тада може постати арбитрабилан. Нав. према: J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 192.

¹⁵²⁰ *Code du travail*, L. 1235-7-1.

¹⁵²¹ У том смислу, Државни савет истиче да је искључиво радни суд надлежан за оцену економских разлога отказа и да администрација (Директорат и управни судови у поступку оцене одлуке Директората) није надлежна да приликом одлучивања о валидацији колективног уговора, односно сагласности на једностранни акт послодавца који садржи план колективног отпуштања, оцењује постојање ових разлога. Нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 179.

¹⁵²² M. Blatman, *op. cit.*, стр. 178.

није случај (рад код куће, рад на даљину), надлежност има трибунал према пребивалишту запосленог, с тим што је запослени слободан да, уколико то жели, тужбу поднесе према месту закључења уговора о раду или седишту послодавца¹⁵²³.

2.2.2. Професионални радни судови (Немачка)

Радни судови у Немачкој имају дугу традицију и представљају најважнији механизам решавања индивидуалних и колективних радних спорова. Немачка има развијено специјализовано радно судство на све три инстанце.

У првом степену суде радни судови (*Arbeitsgerichte* – ArbG), којих у Немачкој има укупно 121¹⁵²⁴. За суђење у другом степену формиран су покрајински (земалски) радни судови (*Landesarbeitsgerichte* – LAG), којих има 18 и по правилу се оснива по један другостепени суд за сваку федералну јединицу¹⁵²⁵. Коначно, на савезном нивоу формиран је Савезни радни суд (*Bundesarbeitsgericht* – BAG), који суди у трећем степену. Поред тога, у решавању радних спорова у Немачкој, посебно у сфери индустријских односа, важну улогу има Савезни уставни суд, који према Уставу Немачке представља највишу судску инстанцу, пред којом се може оспоравати уставност одлука Савезног радног суда¹⁵²⁶.

Састав радних судова у Немачкој заснован је (1) на принципу трипартизма, будући да су судска већа, која решавају спорове у судовима сва три степена, састављена од професионалних судија (*Berufsrichter*), као представника јавне власти и судија поротника (*ehrenamtliche Richter*), као представника социјалних партнера, (2) на принципу паритета, будући да су представници послодавца и запослених једнако заступљени у сваком судском већу и (3) на принципу професионалности, будући да судским већем увек председава професионални судија. Принцип трипартизма изражен је и у процесу доношења одлука, будући да се одлуке доносе већином гласова, а глас судија поротника вреди једнако као и глас професионалног судије.¹⁵²⁷

Судска већа првостепених и другостепених судова су трочлана и сачињавају их професионални судија, као председавајући већа и двоје судија поротника, по један

¹⁵²³ *Code du travail*, R. 1412-1, R. 1412-3.

¹⁵²⁴ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 149. Аутори указују да је број првостепених судова опште надлежности далеко већи (668), уз истовремену констатацију да релативна разређеност радних судова и потреба за преласком већих дистанци ради приступа суду немају негативан утицај на спремност за покретање радних спорова.

¹⁵²⁵ *Ibid.* Изузеци постоје у федералним јединицама *Bavaria* и *Nordrhein-Westfalen*.

¹⁵²⁶ *Ibid.*, стр. 151.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, стр. 152. Иако то хипотетички значи да би судије поротници у нижестепеним судовима могли да надгласају професионалне судије, наглашава се да се то ретко дешава, будући да су судије поротници склони да уваже професионални ауторитет и знање каријерног судије.

из редова послодаваца и запослених.¹⁵²⁸

Савезни радни суд има их укупно 10 судских већа - тзв. *сената*, чији састав чине по три каријерне (професионалне) судије и двоје судија породника - по један представник послодаваца и запослених, с обзиром да надлежност Савезног радног суда да одлучује искључиво о правним питањима захтева значајно виши степен правне експертизе. Поред тога, у Савезном радном суду формира се тзв. *Велики сенат (Großer Senat)*, који сачињавају председник суда, председавајући свих сената и шест судија поротника на паритетном принципу, који се сазива увек када (1) неки од сената, приликом одлучивања по одређеном питању, *намерава да заузме другачији став у односу на претходну праксу* другог сената или Великог сената и када (2) је *потребно расправити питања од фундаменталног значаја* за уједначавање судске праксе или развој правног система, где се улога Великог сената, како се у литератури истиче, приближава улози легислатора.¹⁵²⁹

Функција каријерних судија првостепених и другостепених судова није изборна, већ их именује *извршна власт*, по правилу, покрајински министар рада и социјалних послова и покрајински министар правде, *уз саветодавано учење трипартитног комитета*, који чине представници већинских синдиката, удружења послодаваца и покрајинског радног судства.

Каријерне (професионалне) судије Савезног радног суда именује председник Савезне Републике Немачке на заједнички предлог савезног министра за рад и социјалне послове и изборног комитета, који чине сви покрајински министри за рад и социјалне послове и једнак број чланова изабраних од стране савезног парламента¹⁵³⁰. За разлику од поступка именовања каријерних судија првостепених и другостепених радних судова, у поступку именовања судија Савезног радног суда нису предвиђена партиципативна права синдиката запослених и удружења¹⁵³¹, то јест *није заступљено начело трипартизма*.

Функција професионалних судија у све три инстанце постаје након три године стална (траје до стицања услова за старосну пензију) и неповредива, што значи да судија може бити разрешен само под веома рестриктивним условима, а било какав премештај, макар значајно и промоцију, условљен је сагласношћу судије¹⁵³².

Судије поротнике радних судова првог и другог степена именује покрајински министар за рад и социјалне послове са листе кандидата које достављају социјални партнери, односно синдикати или друга радничка удружења и послодавачка удружења са подручја

¹⁵²⁸ *Ibid*, стр. 150.

¹⁵²⁹ *Ibid*.

¹⁵³⁰ *Ibid*, стр. 151.

¹⁵³¹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 139.

¹⁵³² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 151.

надлежности суда, а сличан поступак важи и за избор судија поротника Савезног радног суда¹⁵³³.

Стварна надлежност радних судова односи се на решавање свих *индивидуалних радних спорова и правних колективних радних спорова*, док се интересни колективни радни спорови решавају алтернативним методама и методама колективне акције. *Искључива надлежност радног суда увек постоји у споровима о постојању или непостојању радног односа, који укључују и спорове о законитости отказа уговора о раду, споровима из недозвољених радњи у вези са радним односом*¹⁵³⁴, што значи да се индивидуални радни спорови поводом отказа или незаконитих измена уговорених услова рада у вези са колективним отпуштањима без изузетка расправљају пред радним судовима .

*Надлежност радних судова је искључива за решавање колективних радних спорова насталих између потписника колективног уговора, као и за спорове настале између њих и трећих лица. То су спорови поводом: важења или примене колективних уговора, одлука које се могу донети у вези са индустријским конфликтима, признавања права на колективно преговарање и поступка избора представника запослених у надзорни одбор предузећа или савет запослених.*¹⁵³⁵

Месна надлежност радног суда одређује се првенствено према пребивалишту радника у време спора, затим седишту предузећа, те према месту извршења радне обавезе и месту исплате зараде, а може се и стипулисати колективним уговором¹⁵³⁶.

2.3. Судови опште надлежности

2.3.1. Модел редовних судова са специјализованим већима (Италија)

У италијанском праву постоји уставна забрана оснивања било каквих

¹⁵³³ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције, оп. cit.* Мандат судија поротника ових судова траје пет година, а услов за именоване у другостепени суд је да је судија поротник обављао исту функцију у првостепеном суду најмање пет година, док је услов за именоване у Савезни радни суд поседовање посебних знања из области радног права, који се сматра испуњеним уколико је кандидат за судију поротника ту функцију обављао у неком од нижестепених судова најмање пет година. *Попут професионалних судија, судије поротници су такође независни у свом раду* и током мандата не могу бити разрешени нити премештени, нити смеју примати налоге организација које су их номинувале. Нав. према: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 152.

¹⁵³⁴ Б. Божовић, *op. cit.*, стр. 89-90.

¹⁵³⁵ *Ibid.* Иако је учешће колективних радних спорова који се решавају пред радним судовима далеко мање од учешћа индивидуалних радних спорова, у немачкој теорији права се указује да је надлежност радних судова за решавање колективних радних спорова чак и значајнија, јер јуриспруденција ових судова, а посебно Савезног радног суда, имала велику стваралачку улогу и значај у изградњи и развоју индустријских односа у Немачкој. То се посебно односи на одлуке Савезног радног суда које су имале функцију "секундарног" извора права и које су допринеле успостављању система колективног преговарања, афирмацији идеје једнакости средстава радне борбе у случају колективних радних спорова (индустријских конфликта), као и структуре партиципације запослених. Нав. према: M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 261.

¹⁵³⁶ Б. Божовић, *op. cit.*

специјализованих судова¹⁵³⁷, што је реакција на искуства из периода фашистичког режима, током кога је долазило до различитих врста злоупотреба специјализованих судова¹⁵³⁸. Стога у Италији не постоје радни судови, већ је решавање радних спорова у надлежности специјализованих већа за радне спорове у оквиру редовних судова (*tribunale ordinario*)¹⁵³⁹.

Радне спорове у првом степену решава *судија појединац* окружног суда (*giudice unico del tribunale*), који се одређује с обзиром на предмет спора и независно од вредности спора.¹⁵⁴⁰

Против првостепене одлуке могуће је изјавити жалбу *Апелационом суду* (*Corte d'appello*), у чијем су саставу формирана посебна одељења за радне спорове¹⁵⁴¹.

Против одлуке другостепеног суда могуће је изјавити правни лек *Врховном суду* (*Corte di Cassazione*), у оквиру кога је формирано специјализовано одељење за радне спорове, које одлуке доноси у већима од пет судија (за разлику од уобичајених седам чланова већа у другим врстама спорова). Пред италијанским Врховним судом се, исто као пред немачким Савезним радним судом, разматрају искључиво правна питања. Проф. *Treu* истиче да, иако италијанско право није прецедентно, одлуке Врховног суда имају изванредан утицај на одлуке нижестепених судова, али да је прихватање одлука највише судске инстанце од стране нижестепених судова више утилитарног (да одлуке не би биле укинуте на вишој инстанци), него суштинског карактера, те да је неусклађеност јуриспруденције италијанских судова једно од маркантних обележја италијанског права, како на хоризонталном, тако и на вертикалном нивоу.¹⁵⁴²

Стварна надлежност за решавање радних спорова врло је специфично решена у италијанском праву, будући да су судови надлежни искључиво за решавање *индивидуалних радних спорова*. *Решавање колективних радних спорова* остаје у италијанском праву у потпуности *ван судске надлежности*, што има свој корен како у отпору према одређеном наслеђу из епохе фашизма¹⁵⁴³, тако и у схватању колективних уговора као центалменских споразума, те италијанској традицији која негује индивидуалност и заштиту појединачних права¹⁵⁴⁴. Стога колективни радни спор може бити решаван

¹⁵³⁷ *Costituzione della Repubblica Italiana*, чл. 102.

¹⁵³⁸ Т. Треу, *op. cit.*, стр. 149.

¹⁵³⁹ *Ibid.*

¹⁵⁴⁰ М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 84.

¹⁵⁴¹ *Ibid.*

¹⁵⁴² Т. Треу, *op. cit.*, стр. 150-151.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, стр. 149.

¹⁵⁴⁴ С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 193.

пред судом само уколико се подели на већи број индивидуалних радних спорова, у којима онда суд доноси појединачне одлуке које обавезују само странке конкретног индивидуалног радног спора,¹⁵⁴⁵ што имплицира да интересни колективни радни спорови никако не могу бити решавани пред судом, јер се не могу "претворити" у индивидуалне радне спорове који су увек само правни, због чега су у италијанском праву изузетно развијени вансудски методи решавања интересних спорова, који укључују и политичку медијацију, иначе ретку у страним правима¹⁵⁴⁶.

Месна надлежност одређује се према три алтернативна форума: према седишту послодавца, месту закључења уговора о раду или месту обављања рада у тренутку престанка радног односа. Поред ових општих форума, постоје и посебни форуми за одређене врсте радних односа и категорије запослених. Приговор месне ненадлежности могуће је истаћи у одговору на тужбу или до окончања првог рочишта.¹⁵⁴⁷

2.3.2. Модел редовних судова без специјализованих већа (Хрватска)

Иако Република Хрватска нема специјализовано радно судство, већ радне спорове решавају судови опште надлежности, *ипак постоји један специјализовани радни суд*, Општински радни суд у Загребу, који је почео са радом почетком 2012. године, преузивши у рад и све радне спорове који до тада нису правноснажно окончани пред Општинским грађанским судом у Загребу. Оснивање специјализованог радног суда само за подручје Града Загреба и околних места образложено је чињеницом да се највећи број радних спорова у земљи води пред Општинским грађанским судом у Загребу, што је, упркос специјализацији судија надлежних за спорове из области радног права, довело до преоптерећења тог суда¹⁵⁴⁸.

*Радне спорове ван месне надлежности Општинског радног суда у Загребу решавају општински судови*¹⁵⁴⁹, као редовни судови опште надлежности, који се оснивају за подручје једне или више општина, једног или више градова или дела градског подручја¹⁵⁵⁰. У првом степену у радним споровима увек поступа судија појединац¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁵ Т. Греу, *op. cit.*, стр. 149.

¹⁵⁴⁶ С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 193-195.

¹⁵⁴⁷ М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 84.

¹⁵⁴⁸ Ivana Grgec, *Labour law in Croatia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, стр. 25. Као илустрација наведеног служи податак да је у 2010. године на територији Републике Хрватске покренуто више од 15.400 радних спорова, од чега је 7.800 покренуто пред Општинским грађанским судом у Загребу.

¹⁵⁴⁹ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 34, ст. 1, т. 10.

¹⁵⁵⁰ *Zakon o sudovima Republike Hrvatske*, чл. 15.

¹⁵⁵¹ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 41, ст. 1.

За одлучивање о жалбама против одлука свих општинских судова у споровима из радних односа надлежни су такође редовни судови, *жупанијски судови*¹⁵⁵², који суде у *трочланим већима*¹⁵⁵³. Од укупно 15 жупанијских судова у Хрватској за поступање у радним споровима у другом степену надлежна су четири жупанијска суда¹⁵⁵⁴. У Хрватској не постоје специјализовани радни судови за одлучивање у другом степену и, како се у литератури наводи, за сада нема планова реформе правосуђа у том правцу¹⁵⁵⁵.

Врховни суд Републике Хрватске, као највиша судска инстанца, одлучује о правним лековима само када је то законом прописано¹⁵⁵⁶. Ревизија је у хрватском праву увек дозвољена у радним споровима чији је предмет постојање и престанак радног односа¹⁵⁵⁷, док је право на изјављивање ревизије у другој врсти радних спорова превасходно условљено вредношћу спора (цензус је 200.000 куна)¹⁵⁵⁸. *Врховни суд Републике Хрватске* о ревизији одлучује у *петочланом већу*¹⁵⁵⁹.

Стварна надлежност радних судова конципирана је тако да се, без изузетака, односи на све врсте индивидуалних и колективних радних спорова¹⁵⁶⁰.

Месна надлежност суда у радном спору одређује се према седишту послодавца, пребивалишту запосленог, месту у коме се рад обавља или се обављао или је требало да се обавља, или месту заснивања радног односа¹⁵⁶¹.

2.4. Улога Европског суда правде у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем

Европски суд правде, са седиштем у Луксембургу, представља међународни суд Европске уније, који није основан са намером успостављања његове надлежности нити као наднационалног суда у радним споровима на комунитарном нивоу, нити као највише судске инстанце за државе чланице Европске уније. Мотив

¹⁵⁵² *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 34а.

¹⁵⁵³ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 41, ст. 1.

¹⁵⁵⁴ *Zakon o područjima i sjedištu sudova Republike Hrvatske*, чл. 4, ст. 1. У питању су: Жупанијски суд у Осипјеку, Жупанијски суд у Ријеци, Жупанијски суд у Сплиту и Жупанијски суд у Загребу. Изузетно, *жупанијски судови решавају у првом степену* у колективним радним споровима, када је реч о *привременим мерама поводом незаконите индустријске акције* (штрајк и локаут). Нав. према: I. Grgurev, *op. cit.*, стр. 83.

¹⁵⁵⁵ I. Grgurev, *op. cit.*, стр. 25.

¹⁵⁵⁶ *Zakon o sudovima Republike Hrvatske*, чл. 20, ст. 1, т. 2, чл. 14, ст. 4.

¹⁵⁵⁷ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 382, ст. 1, т. 2.

¹⁵⁵⁸ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 382, ст. 1, т. 1. Износ од 200.000 куна је на дан 21.03.2019. износио око 26.950 еур.

¹⁵⁵⁹ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 44, ст. 4.

¹⁵⁶⁰ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 34, ст. 1, т. 10.

¹⁵⁶¹ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 65.

његовог оснивања је био успостављање његове искључиве надлежности у решавању спорова између држава чланица Европске уније у тумачењу и примени Уговора о оснивању, као и контроли законитости аката Савета Европске уније и Европске комисије¹⁵⁶².

Ипак, улога овог суда у решавању радних спорова насталих у чланицама Европске уније и креирању комунитарног радног права је постала изузетно значајна захваљујући специфичној надлежности овог суда да на захтев националних судова држава чланица решава/даје одговоре на прелиминарна правна питања која се односе на тумачење и примену комунитарних правила, што је потпуно јединствена улога суда у међународном праву.

Наведена надлежност установљена је као инструмент сарадње Европског суда правде и националних судова, са циљем пружања правне помоћи националним судовима у споровима из њихове надлежности, чији предмет подразумева примену комунитарног права. Наиме, у ситуацији када је националним судовима у тој врсти спорова потребно одређено тумачење комунитарних правила, њихове садржине или начина примене, омогућено им је да Европском суду правде упуते *тзв. захтев за решавање прелиминарног правног питања* у вези примене комунитарних правила која се тичу тог спора, односно да затраже одговор на прелиминарно правно питање о усклађености националног прописа (укључујући колективне уговоре и одређену праксу) са комунитарним правом. Овај захтев може бити поднет у било ком спору, између физичких и правних лица и јавне власти (вертикална надлежност) и међусобним споровима физичких и правних лица (хоризонтална надлежност), а у поступак се могу умешати Европска комисија и државе чланице.

Одлука Европског суда правде о прелиминарном правном питању не представља *stricto sensu* судску пресуду (иако носи такав назив), јер одлуку о предмету спора формално доноси национални суд, али одлука комунитарног суда директно утиче на исход тог спора, будући да је национални суд дужан да националне прописе тумачи у највећој могућој мери у складу са правним ставом Европског суда правде, који за национални суд постаје обавезујућ.¹⁵⁶³

Одлукама донетим по захтевима за решавање прелиминарних правних питања у примени Директиве о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања, *Европски суд правде је непосредно утицао на решавање великог броја*

¹⁵⁶² R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 101.

¹⁵⁶³ A. Bronstein, *op. cit.*, стр. 205.

спорова поводом колективних отпуштања у државама чланицама, истовремено креирајући комунитарне појмове и стандарде у овој области, допуњавајући штуре одредбе овог комунитарног прописа, дајући живот сувопарном тексту Директиве о хармонизацији права држава чланица у материји колективних отпуштања и истовремено директно утицао на еволуцију правног режима колективних отпуштања на комунитарном нивоу и у државама чланицама. Овај суд је такође имао важну стваралачку улогу, иако и доста оспоравану, по питању правне природе и услова остваривања права на индустријску акцију у комунитарном праву, о чему ће посебно бити речи у делу посвећеном штрајку.

Целокупна јуриспруденција Европског суда правде је постала значајан креатор и један од кључних актера развоја комунитарног права¹⁵⁶⁴, о чему илустративно говори чињеница да јуриспруденција тог суда, заједно са нормативним актима Савета Европске уније и Европске комисије чини тзв. *acquis communautaire*, односно правну тековину Европске уније.

Против одлука Европског суда правде не постоји правно средство и оне су извршне у свим државама чланицама Европске уније. За извршење тих одлука надлежни су национални судови, који извршење одлука комунитарног суда спровode у складу са националним прописима државе чланице на чијој се територији одлука спроводи.¹⁵⁶⁵

2.5. Улога Европског суда за људска права у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем

2.5.1. Уводне напомене

Европски суд за људска права, са седиштем у Стразбуру, представља међународни суд основан на нивоу Савета Европе, Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године, са циљем поштовања обавеза, односно заштите права и слобода гарантованих Европском конвенцијом и протоколима уз њу¹⁵⁶⁶.

Право да се обрати овом суду има свако лице, невладина организација или група лица, који тврде да су жртве повреде права установљених Конвенцијом или

¹⁵⁶⁴ E. Szyszczak, *op. cit.*, стр. 172.

¹⁵⁶⁵ R. Blanpain, *op. cit.*, стр. 102.

¹⁵⁶⁶ Европска конвенција за заштиту људских права и појединачних слобода, чл. 19.

протоколима уз њу, које је учинила држава уговорница Европске конвенције¹⁵⁶⁷, чак и ако нису држављани државе уговорнице чија се осуда тражи¹⁵⁶⁸.

Пасивну процесну легитимацију, када је реч о појединачним, али и државним представкама, има само *држава уговорница* Европске конвенције. Уколико је представка уперена против неког другог субјекта, макар и за дела која су се одиграла на територији државе уговорнице Конвенције, рецимо од међународне организације, чија је она такође чланица, суд ће је одбацити *ratione personae*.¹⁵⁶⁹

Суд ће узети представку у рад тек уколико су кумулативно испуњена два услова, тзв. *услови прихватљивости*: (1) да су исцрпљени сви унутрашњи правни лекови, у складу са општепризнатим начелима међународног права¹⁵⁷⁰, и (2) да је представка поднета у року од шест месеци од дана када је донета правоснажна одлука¹⁵⁷¹.

Стварна надлежност Европског суда за људска права је изузетно широка, с обзиром да свака повреда одредаба Конвенције и протокола уз њу може бити основ за подношење представке¹⁵⁷².

Са аспекта решавања радних спорова у вези колективних отпуштања, јуриспруденција Европског суда за људска права је од значаја, не само због улоге тог суда у заштити *права на правично суђење* (чл. 6) и *права на делотворан правни лек* (чл. 13), као основних конвенцијских права која тај суд штити, већ и због креативне улоге

¹⁵⁶⁷ Европска конвенција за заштиту људских права и појединачних слобода, чл. 34.

¹⁵⁶⁸ Ивана Крстић, Танасије Маринковић, *Европско право људских права*, Савет Европе, Канцеларију у Београду, Београд, 2016, доступно на интернет страници <https://rm.coe.int/16806fbc17>, 08.01.2019., стр. 39-41. Да би поступак пред Судом био покренут потребно је и да подносилац представке, било да је у питању физичко или правно лице, невладина организација или група лица, докаже да је био жртва повреде права зајемченог Конвенцијом. За разлику од државне представке, индивидуално обраћање суду је могуће само ако постоји лични интерес што значи да Конвенција не успоставља *actio popularis* и не допушта контролу конвенционалности домаћих прописа *in abstracto*.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.*, стр. 45.

¹⁵⁷⁰ Принцип исцрпљености унутрашњих правних лекова у складу са општеприхваћеним начелима међународног права има за циљ да заштити суверенитет држава чланица насупрот нежељном међународном уплитању. Ипак, наведено правило није без изузетка, јер је појединачну представку могуће поднети и уколико нису претходно исцрпљени унутрашњи правни лекови, уколико су ти лекови неделотворни, што је случај уколико (1) претходна и устаљена домаћа судска пракса показује да је тај вид заштите осуђен на неуспех, као и уколико (2) природа учињене повреде права индукује неефикасност или неадекватност унутрашњих правних лекова. *Ibid.*, стр. 53-54.

¹⁵⁷¹ Европска конвенција за заштиту људских права и појединачних слобода, чл. 35, ст. 1.

¹⁵⁷² Европска конвенција за заштиту људских права и појединачних слобода, чл. 33-34. Ово је довело до великог оптерећења Суда, тако да, док је током 2015. године 37700 представки упућено разним судским формацијама на разматрање, тај број је током 2016. (закључно са 30. новембром) повећан на 46.600. Такође, док је у 2015. донето 2287 пресуда, тај број је у 2016. смањен на 1787 пресуда. С друге стране, има укупно 75250 представки које чекају да се о њима расправља: 3600 пред судијом појединачно, 43300 пред одбором, 28350 пред већем или Великим већем. Статистике показују да је највише представки упућено против држава у транзицији, па је тако и највећи број предмета против Украјине (24.3%), Турске (11.2%), Мађарске (10.6%), Русије (10.3%), Румуније (8.3%) и Италије (8.8%). У циљу растерећења Суда спроведено је више реформи које иду у правцу поопштравања услова за подношење представки, али се закључује да ниједна реформа не може растеретити Европски суд до пожељне мере, уколико државе не предузму делотворне мере на унутрашњем плану како би своје прописе и праксу ускладиле са принципима садржаним у пракси Европског суда. Опширније о томе: И. Крстић, Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 91-94.

Европског суда за људска права у радноправној области, с обзиром на *изражена становишта тог суда да незаконит отказ представља повреду неких од основних конвенцијских права и слобода*, чиме овај суд добија стваралачку улогу у унапређењу норми радног права и подизању нивоа заштите запослених од незаконитог отказа.

Треба приметити да *овај суд нема надлежност да непосредно решава радне спорове између запослених и послодаваца*, односно њихових удружења, будући да су пасивно легитимисане пред тим судом искључиво државе чланице Савета Европе, али одлука Европског суда за људска права, којом је утврђена повреда неке од гаранција из Европске конвенције, може имати не само посредан утицај на развој законодавстава у државама чланицама, већ и *непосредан утицај на конкретне радне спорове, уколико је националним прописом, као што је то случај у домаћем праву, одлука Европског суда за људска права прописана као разлог за понављање парничног поступка*¹⁵⁷³.

2.5.2. Право на правично суђење и делотворан правни лек - суђење у разумном року -

Право на правично суђење спада у ред процесних права¹⁵⁷⁴ гарантованих чланом 6 став 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. У корпус права која чине право на правично суђење спадају: (1) право на независни и непристрасни суд, (2) право на правичну и јавну расправу, (3) *право на суђење у разумном року* и (4) посебна права везана за кривични поступак¹⁵⁷⁵. Почев од 2000. године, када је Европски суд пресудио у предмету *Kudla против Пољске*, оцена дужине трајања судског поступка не разматра се само у односу на члан 6 тачка 1 Европске конвенције, већ у корелацији тог члана са чланом 13 Европске конвенције, који прописује *право на делотворан правни лек*, како би се гарантовали делотворни правни лекови за заштиту права на суђење у разумном року¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷³ ЗПП, чл. 426, ст. 1, т. 11. Законом о парничном поступку изричито је прописано да странка има право да поднесе предлог за понављање поступка окончаног правноснажном судском одлуком, уколико стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке. Ово је пример добре праксе, јер се показује да једну од најпроблематичнијих мера у упоредном праву представља понављање домаћих судских поступака, јер судови држава уговорница и даље често одбијају да прихвате понављање поступка на основу одлуке Европског суда за људска права без интервенција законодавне власти, будући да су исте неретко превише иновативне у поређењу са домаћом судском праксом. Нав. према: И. Крстић, Т. Маринковић, *оп. cit.*, стр. 79-81.

¹⁵⁷⁴ У ред процесних права такође спадају и право на делотворни правни лек (чл. 13 Конвенције) и начело законитости у кривичном поступку (чл. 7 ст. 1 Конвенције). Опширније о томе: И. Крстић, Т. Маринковић, *оп. cit.*, стр. 252-255.

¹⁵⁷⁵ И. Крстић, Т. Маринковић, *оп. cit.*, стр. 248-252.

¹⁵⁷⁶ Љубица Милутиновић, "У сусрет примени Закона о заштити права на суђење у разумном року" у: Врховни касациони суд (ур.), *Заштита права на суђење у разумном року у судском поступку*, Савет Европе, Београд, 2015, стр. 24.

Полазећи од права гарантованих одредбама чланова 6 и 13 Конвенције, Европски суд је у својој дугогодишњој пракси развио следеће критеријуме за оцену да ли су судски рокови разумни: (1) *сложеност предмета*, (2) *понашање подносиоца представке*, (3) *понашање надлежних органа* и (4) *значај спора за подносиоца представке*.¹⁵⁷⁷

Расположиви подаци упућују на закључак да се *већина повреда права по Европској конвенцији* које је Европски суд за људска права установио у односу на Републику Србију¹⁵⁷⁸ односила управо на дужину поступака¹⁵⁷⁹. Наиме, до краја 2015. године Европски суд за људска права је изрекао 132 пресуде у поступцима против Републике Србије¹⁵⁸⁰, при чему је: (а) *повреда права на правично суђење (члан 6 Конвенције) утврђена у 71 случају*,¹⁵⁸¹, док је (б) *повреда права на делотворни правни лек (члан 13 Конвенције) утврђена у укупно 16 случајева*¹⁵⁸².

У поступцима по представкама које су биле поднете због повреде права на суђење у разумном року у *радним споровима*, Европски суд за људска права је нарочито ценио околност да је домаћим законодавством прописана *хитност* поступања у радним споровима, тако да повреду права посебно посматрао и са тог аспекта. Тако је у предмету *Стевановић против Србије (26642/05)*, суд посебно истакао да су *поступци враћања запосленог на посао од "пресудне важности" за тужиоце и да се, као такви, морају решавати "експедитивно"*, а да је овај захтев додатно поткрепљен *када је реч о државама где домаће право предвиђа да се поступци у вези са враћањем запослених на посао морају решавати са посебном хитношћу* (при чему је радни спор који је предмет представке трајао три године и шест месеци након заснивања надлежности Суда и још 11 година и осам месеци пре тога)¹⁵⁸³.

¹⁵⁷⁷ *Ibid.*, стр. 27. Поред наведених критеријума, Европски суд врши и свеукупну оцену околности конкретног случаја, што значи да суд може да утврди да је разумни рок прекорачен ако је укупно трајање неког поступка било предуго или је било дугих периода неактивности надлежних органа.

¹⁵⁷⁸ *Ratione temporis* надлежност Европског суда да одлучује о повредама конвенцијских права почиње тек од тренутка када Европска конвенција ступи на снагу у конкретној држави чланици, а то је чин њене ратификације, тако да је Суд надлежан за примену одредаба Конвенције у Републици Србији почев од 3. марта 2004. године, када су Генералном секретару Савета Европе предати ратификациони инструменти за основни текст Европске конвенције и протоколе број 1 и 4. Нав. према: И. Крстић, Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 52.

¹⁵⁷⁹ The AIRE Centre (*Advice on Individual Rights in Europe*) у сарадњи са Канцеларијом заступника Србије пред Европским судом за људска права, "Пракса Европског суда за људска права у односу на Србију до краја 2015", публикација доступна на интернет страници: <https://sudovi.me/podaci/vrhs/dokumenta/2582.pdf>, 08.01.2019., стр. 23.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, стр. 7.

¹⁵⁸¹ *Ibid.*, стр. 7-11, 27-33.

¹⁵⁸² *Ibid.*, стр. 20, 37-38.

¹⁵⁸³ Пресуда Европског суда за људска права по представи број 26642/05 од 9. октобра 2007. године, т. 55. Исти став Суда је поновио у предмету *Станковић против Србије (29907/05)* и предмету *Цветковић против Србије (17271/04)*, позивајући се управо на пресуду Стевановић против Србије (притом, спор подносиоца Станковића је трајао четири године и један месеца након успостављања надлежности Суда и две године и два месеца пре тога, а подносиоца Цветковића четири године и два месеца након заснивања надлежности Суда и чак више од 13 година пре тога). Став да је у *радним споровима потребна посебна ажурност*, посебно ако је и домаћим правом прописана хитност, Суд је поновио и у предмету *Симић против Србије (29908/05)*, позивајући се на пресуду донету у предмету Стевановић против Србије (при чему је конкретан радни спор трајао четири године и један месец од

Суд је у предмету *Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије (41513/05)* изразио став да *хронична пренатрпаност и застојање са предметима, према утврђеној пракси Суда, не представљају ваљано објашњење за прекомерно одлагање поступка*, те да, штавише, члан 6 став 1 намеће Државама уговорницама дужност да организују своје судске системе на такав начин да њихови судови могу испунити сваки њихов захтев, укључујући обавезу да се предмети разматрају у разумном року (овај предмет је трајао укупно шест година и три месеца, од тога три године и шест месеци након установљавања надлежности суда)¹⁵⁸⁴.

У наведеним и другим пресудама те врсте, Европски суд за људска права је оценио да је дошло и до повреде члана 13 у вези са чланом 6 став 1 Конвенције, због недостатка делотворног правног средства по домаћем праву за притужбе подносиоца представке које се тичу дужине парничног поступка¹⁵⁸⁵, због чега је сматрао прихватљивим и представке поднете овом суду поводом поступака у којима није изјављена уставна жалба, која је као правно средство уведена у правни систем Републике Србије важећим Уставом из 2006. године¹⁵⁸⁶. Тек је у предмету *Винчић против Србије*¹⁵⁸⁷ суд изнео мишљење "да уставну жалбу треба, у начелу, сматрати делотворним домаћим средством у смислу значења члана 35. став 1. Конвенције у вези са свим представкама поднетим почев од 7. августа 2008. године"¹⁵⁸⁸, као датума када су прве мериторне одлуке Уставног суда о основаности наведених жалби објављене у "Службеном листу Србије", чиме је одлука Уставног суда по изјављеној жалби постала услов прихватљивости представке Европском суду за људска права.¹⁵⁸⁹

Иако је уставна жалба оцењена као делотворно правно средство за остваривање права на суђење у разумном року, пракса је показала да је овај механизам довео до преоптерећености у раду Уставног суда. Стога је, након једног прелазног нормативног решења у циљу остваривања права на суђење у разумном року¹⁵⁹⁰, у

дана установљења надлежности Суда и више од пет година пре тога).

¹⁵⁸⁴ Пресуда Европског суда за људска права по представци број 41513/05 од 9. октобра 2007. године, т. 39.

¹⁵⁸⁵ Примера ради, *Ibid.*, т. 68.

¹⁵⁸⁶ УРС, чл. 170. Чланом 82 став 2 Закона о уставном суду ("*Сл. гласник РС*", бр. 109/2007), додатно је прописано да се уставна жалба може изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року.

¹⁵⁸⁷ Пресуда Европског суда за људска права по представкама бр. 44698/06, 44700/06, 44722/06, 44725/06, 49388/06, 50034/06, 694/07, 757/07, 758/07, 3326/07, 3330/07, 5062/07, 8130/07, 9143/07, 9262/07, 9986/07, 11197/07, 11711/07, 13995/07, 14022/07, 20378/07, 20379/07, 20380/07, 20515/07, 23971/07, 50608/07, 50617/07, 4022/08, 4021/08, 29758/07 и 45249/07 од 1. децембра 2009. године, т. 51.

¹⁵⁸⁸ Ово је датум када су у "Сл. гласнику РС" бр. 74/08 објављене прве одлуке Уставног суда којима је, по уставним жалбама, утврђена повреда Устава, донете 10. јула 2008. године. Нав. према: И. Крстић, Т. Маринковић, *op. cit.*, стр. 268.

¹⁵⁸⁹ И. Крстић, Т. Маринковић, *op. cit.*

¹⁵⁹⁰ Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова ("*Сл. гласник РС*", бр. 111/2013), чл. 2, којим су у Закон о уређењу судова ("*Сл. гласник РС*", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - *др. закон*, 78/2011 - *др. закон*, 101/2011), уведене нове одредбе 8а до 8в.

Републици Србији усвојен Закон о заштити права на суђење у разумном року¹⁵⁹¹ којим је детаљно уређено ово питање. Србија се определила за комбиновани систем заштите права на суђење у разумном року, који подразумева убрзање судског поступка уз могућност досуђивања накнаде, што је већ раније оцењено као веома добро решење у пресуди Европског суда *Skordino против Италије*¹⁵⁹².

Из претходног излагања се може јасно закључити да је *јуриспруденција Европског суда за људска права имала и има двоструко значајну улогу на развој домаћег права и подизање нивоа заштите права запослених у случају престанка радног односа* на следећи начин: (1) утицала је на еволуцију законодавства у циљу унапређења заштите права на суђење у разумном року и на усвајање законског решења које се у јуриспруденцији тог суда оцењује као најадекватније¹⁵⁹³, а које садржи комбинацију убрзавања поступка (превентивног дејства) и накнаде штете (компензационог дејства), што је изузетно важно за радне спорове које је неопходно хитно решавати, (2) омогућава индивидуалним подносиоцима представки да према Републици Србији остваре право на накнаду штете, било да им на националном нивоу претходно није призната или да нису задовољни оствареним износом, што је значајно са аспекта неопходности макар и делимичног обезштећења запосленог који је остао без посла, а не може у оптималном року да судским путем реши спор¹⁵⁹⁴, (3) омогућава унапређење домаћег правног поретка, кроз уставносудску контролу уставности и конвенционалности општинских и појединачних аката и спровођењу пресуда Европског суда за људска права и (4) непосредно утиче на решавање радних спорова поновним отварањем правноснажно окончаних судских поступака пред судовима опште и посебне надлежности на основу пресуде Европског суда за људска права¹⁵⁹⁵.

¹⁵⁹¹ Закон о заштити права на суђење у разумном року (*"Сл. гласник РС"*, бр. 40/2015).

¹⁵⁹² Д. Милутиновић, *оп. cit.*, стр. 26.

¹⁵⁹³ Пресуда Европског суда за људска права по предавци, предмету *Стевановић против Србије*, број 26642/05 од 9. октобра 2007. године, т. 65, 66. У тој пресуди суд је поновно своју већ раније заузет став да је правно средство у погледу дужине поступка "делотворно" ако се може употребити (1) или за убрзање поступка пред судовима пред којима се о том предмету одлучује, (2) или за то да страни у спору пружи одговарајућу накнаду за кашњења која су се већ догодила. Суд такође подсећа да је најбоље решење у апсолутном смислу, као и у многим другим областима, превенција. *Ако је правосудни систем мањкав у погледу захтева разумног рока из члана 6 став 1 Конвенције, најделотворније решење је правно средство чији је циљ убрзање поступка, како би се спречило да тај поступак постане прекомерно дуг. Такво правно средство има неспорну предност над правним средствима које пружа само накнаду, будући да оно истовремено спречава и закључак о сукцесивним повредама у вези са истим поступком и не поправља само штету нанету кршењем права *a posteriori* као што то чини компензаторно правно средство.* Неке државе су у потпуности схватиле ову ситуацију што се огледа у томе да су изабрале да комбинују ова два типа правних средстава.

¹⁵⁹⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и појединачних слобода, чл. 41.

¹⁵⁹⁵ И. Крстић, Т. Маринковић, *оп. cit.*, стр. 264-266.

2.5.3. Незаконит отказ као повреда конвенцијских права и слобода

Важност јуриспруденције Европског суда за људска права са аспекта заштите запослених од незаконитог отказа састоји се у томе што суд у новијој јуриспруденцији питање незаконитости отказа третира као повреду гаранција права и слобода садржаних у конвенцији.

Тако, као што је већ претходно било речи, пред овим судом је у спору *К.М.С. против Мађарске* својевремено отворено питање да ли се гаранција права на правично и поштено суђење из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, односи и на право на заштиту од неоправданог отказа, будући да интегрални део тог права представља право запосленог који сматра да је неоправдано отпуштен да пред судом или другим независним органом захтева заштиту. Одлучујући о том питању, суд се афирмативно изјаснио, оценивши да се спор о питањима везаним за отказ сматра одлучивањем о правима и обавезама појединца на које се односи гаранција права на правично суђење и истовремено указао да је важно да приступ суду не буде само теоријски могућ, већ да обезбеђује делотворно остваривање права, што, даље, значи да предвиђање права на покретање спора због незаконитог отказа, само по себи, не може осигурати делотворно остваривање права на приступ суду, "ако је та могућност лишена сваке суштине и, последично, сваког изгледа за успех"¹⁵⁹⁶, чиме је суд практично афирмисао став да незаконит отказ не само што се може побијати кроз правично суђење (чл. 6) и коришћењем делотворног правног средства (чл. 13), већ и *vice versa*, отказ који је по својој садржини и форми такав да онемогућава право на приступ суду представља суштинску повреду наведених конвенцијских права, односно незаконит је као супротан повреди тих права, апстрахујући друге евентуалне разлоге незаконитости.

У истом контексту треба приметити и новију јуриспруденцију Европског суда за људска права, у којој је незаконит отказ у једном случају оцењен као повреда права на приватни живот из члана 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, на основу које је запосленом признато право на судску заштиту од незаконитог престанка радног односа под окриљем те конвенције, с обзиром на драматичне последице које отказ, по оцени тог суда, има не само у финансијском погледу, већ и на развој приватног и социјалног живота отпуштеног запосленог¹⁵⁹⁷.

¹⁵⁹⁶ Пресуда у предмету *К.М.С. против Мађарске*, од 10. јула 2012. године, (представка број 19554/11), ст. 31, 33.

¹⁵⁹⁷ *M. Schmitt, op. cit.*, стр. 417-418.

2.6. Организација и надлежност судова за решавање радних спорова у домаћем праву

Концепт специјализованог судства за радне спорове је у домаћем правном систему напуштен са окончањем ере самоуправног социјализма, тако да су у Републици Србији за поступање у радним споровима, како индивидуалним, тако и колективним, надлежни судови опште надлежности¹⁵⁹⁸.

Организација и стварна надлежност свих судова у Републици Србији уређени су Законом о уређењу судова¹⁵⁹⁹.

За поступање у радним споровима у првом степену надлежни су (1) основни судови, који се оснивају за територију града, односно једне или више општина и (2) виши судови, који се оснивају за подручје једног или више основних судова¹⁶⁰⁰.

Основни судови су надлежни за поступање у *индивидуалним радним споровима*, односно у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа, о правима, обавезама и одговорностима из радног односа; о накнади штете коју запослени претрпи на раду или у вези са радом; и споровима поводом задовољавања стамбених потреба на основу рада¹⁶⁰¹.

Виши судови су надлежни за решавање *колективних радних спорова*, како правних тако и интересних, односно суде у парницама поводом колективних уговора о раду (ако спор није решен арбитражом); поводом права на штрајк; поводом обавезног социјалног осигурања ако није надлежан други суд; поводом матичне евиденције; поводом избора и разрешења органа правних лица ако није надлежан други суд¹⁶⁰², као и у споровима о репрезентативности синдиката на нивоу предузећа, као посебној врсти колективних радних спорова¹⁶⁰³.

За поступање у радним споровима у другом степену, по жалбама на пресуде судова првог степена (основних и виших судова), надлежни су *апелациони судови* (изузев

¹⁵⁹⁸ Изузетно од овог правила, у одређеним случајевима радне спорове може да решава привредни суд (индивидуални радни спор између запосленог и послодавца у стечају) и Управни суд (колективни радни спор о законитости решења министра о репрезентативности синдиката на вишим нивоима организовања или удружења послодавца), нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. сит.*, стр. 773-774. Но како ове врсте спорова нису од значаја за тему овог рада, обим рада не омогућава да се бавимо организацијом и надлежношћу тих судова.

¹⁵⁹⁹ Закон о уређењу судова (*"Сл. гласник РС"*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС) - у даљем тексту: ЗУС.

¹⁶⁰⁰ ЗУС, чл. 14, ст. 1.

¹⁶⁰¹ ЗУС, чл. 22, ст. 3.

¹⁶⁰² ЗУС, чл. 23, ст. 1, т. 8.

¹⁶⁰³ Б. Божовић, *оп. сит.*, стр. 189.

жалбе на решење за које је надлежан виши суд)¹⁶⁰⁴, којих има укупно четири и налазе се у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу.

За поступање по радним споровима у трећем степену, по ванредним правним лековима изјављеним на одлуке судова Републике Србије (ревизија и захтев за преиспитивање правноснажне пресуде¹⁶⁰⁵), надлежан је *Врховни касациони суд*¹⁶⁰⁶. Суђење у трећем степену доступно је у радним споровима, без обзира на њихову вредност, када је предмет спора заснивање, постојање или престанак радног односа¹⁶⁰⁷, као и у парницама поводом колективних уговора¹⁶⁰⁸, док у осталим радним споровима доступност суда превасходно зависи од вредности радног спора¹⁶⁰⁹.

Месна надлежност судова и састав суда уређују се одредбама Закона о парничном поступку.

Месна надлежност суда за поступање у радном спору одређује се према пребивалишту, односно седишту туженог (општи форум надлежности), али и према месту обављања рада¹⁶¹⁰, што је решење које свакако иде у корист запосленог, чинећи му судску заштиту доступнијом. Ипак, не треба изгубити из вида да послодавци често уговорима о раду намећу запосленима надлежност суда према седишту туженог, што значајно депласира положај запосленог, будући да су наведене законске норме допунско-диспозитивног карактера, а запослени у највећем броју случајева није у могућности да условљава потписивање уговора о раду установљавањем форума надлежности у свом интересу¹⁶¹¹.

Састав суда за радне спорове у домаћем праву садржи неке трагове специјализованог судства, у виду специјализованих одељења за радне спорове у оквиру виших и апелационих судова¹⁶¹². Чињеница, међутим, да обавеза оснивања одељења за радне спорове постоји *искључиво на нивоу виших и апелационих судова, али не*

¹⁶⁰⁴ ЗУС, чл. 24 у вези чл. 23, ст. 2, т. 3.

¹⁶⁰⁵ Услови за изјављивање и поступак по ревизији, уређени су одредбама чланова 403-420, а захтев за ванредно преиспитивање правноснажне пресуде одредбама чланова 421-425 Закона о парничном поступку.

¹⁶⁰⁶ ЗУС, чл. 30, ст. 1.

¹⁶⁰⁷ ЗПП, чл. 441.

¹⁶⁰⁸ ЗПП, чл. 447.

¹⁶⁰⁹ ЗПП, чл. 403, ст. 2 и 3, чл. 404. "Ревизија је увек дозвољена ако је: 1) то посебним законом прописано; 2) другостепени суд прениачио пресуду и одлучио о захтевима странака; 3) другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака. Ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима ако вредност предмета спора побijeног дела не прелази динарску противвредност од 40.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе. Ревизија је изузетно дозвољена због погрешне примене материјалног права и против другостепене пресуде која не би могла да се побиија ревизијом, ако је по оцени Врховног касационог суда потребно да се размотри правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права (посебна ревизија). О дозвољености и основаности ревизије из става 1. овог члана одлучује Врховни касациони суд у већу од пет судија." Према чл. 421, захтев за преиспитивање правноснажне пресуде може поднети искључиво Републички јавни тужилац ако је повређен закон на штету јавног интереса.

¹⁶¹⁰ ЗПП, чл. 39 и 60.

¹⁶¹¹ ЗПП, чл. 65.

¹⁶¹² ЗУС, чл. 39, ст. 1.

и у оквиру основних судова пред којима се расправа одржава, нити на нивоу Врховног касационог суда, као највише судске инстанце у земљи, у којима радне спорове воде одељења за грађанске спорове, повод је озбиљним замеркама. У том смислу се у литератури указује да се не може очекивати специфичан сензибилитет за радне спорове од судија који суде све врсте грађанских спорова, посебно имајући у виду обим права и разнолику природу предмета у којима те судије поступају. Посебно се истиче да статистички подаци о учешћу радних спорова у укупном броју спорова који се решавају у оквиру грађанског одељења Врховног касационог суда, указују на потребу оснивања посебног одељења за радне спорове у оквиру тог суда.¹⁶¹³

У радним споровима суде *професионалне судије*, које приликом првог избора на судијску функцију бира Народна скупштина, на предлог Високог савета судства, са мандатом од три године, након чега целокупну надлежност за њихов избор и престанак функције преузима Високи савет судства, који у складу са законом, бира судије за трајно обављање судијске функције, у истом или другом суду, одлучује о избору судија који су на сталној судијској функцији у други или виши суд и доноси одлуку престанку судијске функције¹⁶¹⁴. Чињеница да суђење у радним споровима није прожето обележјима *трипартизма* не треба да чуди, јер је исто одраз одбацивања концепције специјализованог радног судства у домаћем праву.

У радним споровима у *првом степену* суди *судија појединац*¹⁶¹⁵, док у *другом и трећем степену* одлучује *веће састављено од троје судија*¹⁶¹⁶.

За разлику од судија које суде у првом и другом степену у парничном поступку у вези са породичним односима, који *ex lege* морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета¹⁶¹⁷, судије које суде у радним споровима немају никакву обавезу стицања знања из области социјалних и економских права. Овакво законско решење такође трпи критике и у литератури се квалификује као дугорочно неодрживо, с обзиром да је за ваљано решавање радних спорова неопходно стицање специфичних знања и вештина из материје индустријских

¹⁶¹³ Б. Божовић, *оп. cit.*, стр. 185-186.

¹⁶¹⁴ УРС, чл. 147 и 148. У складу са чл. 153 Устава, Високи савет судства је независан и самосталан орган који обезбеђује и гарантује независност и самосталност судова и судија, има укупно једанаест чланова, а у његов састав улазе председник Врховног касационог суда, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, као чланови по положају и осам изборних чланова које бира Народна скупштина, у складу са законом, које чине: шест судија са сталном судијском функцијом, од којих је један са територије аутономних покрајина, и два угледна и истакнута правника са најмање 15 година искуства у струци, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета.

¹⁶¹⁵ ЗПП, чл. 35, ст. 3 и чл. 437.

¹⁶¹⁶ ЗПП, чл. 37.

¹⁶¹⁷ ЗПП, чл. 35, ст. 5.

односа¹⁶¹⁸. Сматрамо да су ове критике основане и да постојеће законско решење нема никаквог оправдања када се има у виду да је легислатору познато решење по коме стицање специфичних знања судија из области у којој суде представља услов за избор и континуирану обавезу током обављања судијске функције, те да област породичног права, на коју се стицање тих знања односи, не садржи ништа већи број међународних извора права у односу на радно право, који заједно са мноштвом хетерономних и аутономних извора права са којима се судије у радним споровима суочавају, чине судијску специјализацију неопходном за њихово квалитетно и ефикасно решавање.

2.6.1. Традиција специјализованог радног судства у домаћем праву

Заступници става да постојање специјализованих већа за радне спорове у вишим и апелационим судовима и донекле специјализовани поступак решавања радних спорова у односу на општи парнични поступак, нису довољан гарант демократског и ефикасног решавања ових спорова, те да реформа правосућа треба да иде у правцу оснивања специјализованих судова за радне спорове¹⁶¹⁹, подсећају да су још 1910. године у Краљевини Србији институционализовани судови добрих људи, по угледу на француске савете праведника, као својеврсни непрофесионални радни трибунали бипартитног карактера, које су тридесетих година прошлог века заменили избрани одбори, који су представљали корак ка професионализацији специјализованог радног судства, те да су чак и у периоду самоуправног социјализма, све до преласка на тржишну привреду, односно од 1975. године до 1992. године, постојали специјални самоуправни судови удруженог рада, који су били одраз спецификума тадашњег друштвено-политичког уређења и економског система¹⁶²⁰.

Судови удруженог рада су постојали паралелно са редовним судовима¹⁶²¹ и били надлежни за поступање у индивидуалним радним споровима¹⁶²². Били су организовани као основни судови удруженог рада, који су судили у првом степену и судови удруженог рада република, који су судили у другом и коначном степену¹⁶²³.

¹⁶¹⁸ Б. Божовић, *оп. cit.*, стр. 187.

¹⁶¹⁹ Детаљно о овој теми: Б. Божовић, *оп. cit.*

¹⁶²⁰ *Ibid.*, стр. 177-182.

¹⁶²¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 769.

¹⁶²² Б. Божовић, *оп. cit.*, стр. 182.

¹⁶²³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 769-770.

Већину судија су представљали радни људи као судије¹⁶²⁴, док су професионалне судије и уопште дипломирани правници били у мањини¹⁶²⁵, тако да су ови самоуправни судови имали пре обележја радног трибунала, него радног суда. Поступак се заснивао на начелима ефикасности, неформалности и официјелности, уз обавезан покушај мирне учесника у поступку, у чему су ови судови били веома успешни¹⁶²⁶. Иако се судовима удруженог рада у литератури стављају различите замерке, преваходно са аспекта прекомерне заштите права запослених у односу на недовољно развијену економску базу друштва, као и са аспекта недовољне стручности судија, будући да су неретко радни људи, правни лаици, били председавајући судског већа, а да притом нису имали потребна знања и вештине за вођење поступка у складу са позитивним прописима, ипак се оцењује да су судови удруженог рада остварили велики допринос заштити социјално-економских права грађана, јер су и организационо и процесно били прилагођени специфичним захтевима заштите права по основу рада. У том смислу се износе оцене да је наше друштво у процесу транзиције, услед оправданог разочарања у самоуправне социјалне односе, неоправдано одустало од идеје специјализованог радног и социјалног судства¹⁶²⁷, за разлику од Словеније, која је постојање судова удруженог рада корисно употребила и исте трансформисала у радне судове¹⁶²⁸.

2.7. Улога Уставног суда Србије у решавању спорова у вези са колективним отпуштањем

2.7.1. Општа разматрања

У складу са Уставом Републике Србије, Уставни суд је самосталан и независан државни орган који штити уставност и законитост и људска и мањинска права и слободе¹⁶²⁹. Ову своју функцију Уставни суд врши кроз више правних механизма прописаних Уставом и Законом о уставном суду¹⁶³⁰, од којих су са аспекта радног права и утицаја одлука овог суда на индивидуалне и колективне радне односе, па тиме и потенцијалне радне спорове у вези решавања вишка запослених од значаја

¹⁶²⁴ *Ibid.*, стр. 770. Код ових судова судијска функција није, по правилу, имала карактер професионалне функције, тако да избором на ову функцију није престајало својство радника у удруженом раду.

¹⁶²⁵ Б. Божовић, *op. cit.*, стр. 181.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, стр. 181-182.

¹⁶²⁷ *Ibid.*

¹⁶²⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 770.

¹⁶²⁹ УРС, чл. 166, ст. 1.

¹⁶³⁰ Закон о уставном суду (*"Сл. гласник РС"*, бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 - одлука УС, 103/2015 и 40/2015 - др. закон).

(1) поступак за *оцењивање уставности или законитости* општих аката, којим се запосленима пружа посредна заштита¹⁶³¹ и (2) поступак по *уставној жалби*, којим се обезбеђује непосредна заштита социјалних права запослених¹⁶³².

Уставни суд, упркос свом називу, није Уставом предвиђен као део система судске власти, нити највиша судска инстанца у Републици Србији (за разлику од, на пример, Уставног суда Немачке¹⁶³³), мада његова надлежност за поништај судских пресуда у поступку по уставној жалби чини његову улогу контроверзном, те се у делу стручне јавности оцењује да се Уставни суд понаша као "инстанциони суд четвртог степена"¹⁶³⁴.

2.7.2. Поступак оцене уставности и законитости општих аката послодавца

Основна и најважнија надлежност Уставног суда односи се на оцену уставности и законитости општих аката¹⁶³⁵, што се односи и на опште акте послодавца. Најважнији општи акти послодавца су, како генерално, тако и са аспекта решавања вишка запослених, (1) *колективни уговор или правилник о раду* и (2) *правилник о организацији и систематизацији послова*.

Поступак оцене уставности и законитости ових аката може да покрене *свако правно и физичко лице*, као и *ex officio* Уставни суд¹⁶³⁶.

Последица утврђивања несагласности наведених општих аката послодавца са Уставом или законом, поред престанка важности тог акта¹⁶³⁷, је та да сваки запослени коме је *уговор о раду отказан на основу одредби колективног уговора, правилника о раду или правилника о организацији и систематизацији послова, који је у целини или делимично стављен ван снаге*, има право да у року од шест месеци од дана објављивања одлуке Уставног суда у "Службеном гласнику" о неуставности/незаконитости тог акта, тражи од послодавца *ревизију решења о отказу*¹⁶³⁸, а уколико последице није могуће на тај начин отклонити, Уставни суд може одредити да се ове последице отклоне *повраћајем у пређашње стање, накнадом штете или на други начин*¹⁶³⁹.

¹⁶³¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 780.

¹⁶³² *Ibid.*

¹⁶³³ П. Трифуновић, "Права запослених и уставна жалба", *op. cit.*, стр. 4.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, стр. 8.

¹⁶³⁵ Б. Божовић, *op. cit.*, стр. 233.

¹⁶³⁶ УРС, чл. 168. Овај члан садржи листу свих потенцијалних иницијатора поступка за оцену уставности и законитости.

¹⁶³⁷ Закон о уставном суду, чл. 58, ст. 4.

¹⁶³⁸ Закон о уставном суду, чл. 61. Услов за остваривање овог права је да од достављања појединачног акта до подношења предлога или иницијативе за покретање поступка није протекло више од две године.

¹⁶³⁹ Закон о уставном суду, чл. 62.

Како се колективним уговором или правилником о раду послодавца, утврђује висина отпремнине за вишак запослених, у износу који не може бити нижи од законског минимума¹⁶⁴⁰, а могуће је утврдити и друге релевантне елементе поступка решавања вишка запослених, као што су критеријуми за одређивање вишка запослених, категорије запослених заштићене од утврђивања вишком, мере за запошљавање вишка запослених и слично, неуставно/незаконито утврђивање било ког од наведених параметара наведеним општим актима послодавца, које би било утврђено пред Уставним судом, може бити од непосредног утицаја на законитост индивидуалног решења о отказу. Поред тога, оцењивање неуставности/незаконитости општих аката послодавца може бити изузетно важно и са *превентивног аспекта*, јер се истим спречава опасност отказивања уговора о раду запосленима на основу правно мањкавих општих аката послодавца.

Тако је, примера ради, Уставни суд оценио несагласном Уставу и закону одредбу колективног уговора код послодавца, којом је било прописано да послодавац не може донети одлуку о престанку радног односа запосленима који су проглашени вишком са преко 20 година стажа у том предузећу, док за запослене са истим радним стажом који није у целини остварен у том предузећу није предвиђена та врста заштите, оценивши наведено поступање као повреду начела забране дискриминације.¹⁶⁴¹ Са истим образложењем Уставни суд је оценио да је несагласна Уставу и закону одредба колективног уговора код послодавца, којом је било предвиђено да се исплата отпремнине у износу од 500 евра по години стажа односи само за затечене запослене у моменту потписивања овог колективног уговора, док лица која су засновала радни однос после потписивања колективног уговора имају право на отпремнину у висини законског минимума¹⁶⁴².

Поступак оцене уставности и законитости *Правилника о организацији и систематизацији послова*¹⁶⁴³ значајан је са аспекта радних спорова у вези решавања

¹⁶⁴⁰ ЗР, чл. 158, ст. 2, чл. 159. Основица за обрачун минималне законске отпремнине је просечна зарада запосленог остварена у три месеца која претходе исплати отпремнине.

¹⁶⁴¹ Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 379/2005 од 25. маја 2006. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 56/2006 од 30. јуна 2006. године. У образложењу наведене одлуке, Уставни суд је навео да за привилегован положај запослених који су преко 20 година радили у истом предузећу у односу на запослене са истим годинама стажа који није у целини остварен у том предузећу, не постоји разумно оправдање, па је стога нашао да је оспореном одредбом Појединачног Колективног уговора повређено начело забране дискриминације из члана 21. ст. 1. и 2. Устава и да оспорена одредба није била у сагласности са одредбом члана 60. став 1. Устава и одредбама чл. 18, 19. и члана 20. став 1. тачка 5) Закона о раду, као ни са одредбама чл. 6. и 8. и члана 16. став 1. Закона о забрани дискриминације, којима је забрањена непосредна и посредна дискриминација запослених због одређених својстава у односу на отказ уговора о раду.

¹⁶⁴² *Ibid.*

¹⁶⁴³ ЗР, чл. 24, ст. 2 и 5. Доношење овог акта је обавезно код сваког послодавца који има више од 10 запослених и истим се утврђују организациони делови код послодавца, као и назив и опис послова, врста и степен захтеване

вишка запослених утолико што, без обзира на узроке престанака потребе за радом запосленог, непосредан разлог утврђења запосленог вишком увек представља укидање послова или смањење броја извршилаца на пословима које запослени обавља, што мора бити спроведено изменама правилника о организацији и систематизацији послова, који мора бити прописно донет и објављен, а ступа на снагу тек осмог дана након објављивања, тако да *запосленом не може престати радни однос пре ступања на снагу измена наведеног правилника*. Стога било какви недостаци везани за доношење и објављивање измена тог правилника, који би били утврђени у поступку пред Уставним судом, могу имати непосредан утицај на законитост решења о отказу. Уставни суд је, тако, у више својих одлука оценио *несагласним Уставу ступање на снагу правилника о организацији и систематизацији послова на дан доношења, односно пре његовог објављивања*¹⁶⁴⁴, што представља разлог незаконитости отказа уговора о раду датог запосленом на основу правилника који није ступио на снагу.

2.7.3. Уставна жалба

Уставна жалба представља значајно правно средство у радном праву (не и правни лек, с обзиром да Уставни суд није инстационални суд четвртог степена), будући да знатан број уставних жалби за свој предмет има управо повреду социјалних људских права (нпр. одлуке о повреди права на рад; о повреди права на правичну накнаду за рад)¹⁶⁴⁵.

Свако лице, које сматра да му је *појединачним актом или радњом државног органа или организације којој су поверена јавна овлашћења*, а којима се *повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом*, има право да Уставном суду изјави уставну жалбу против тог акта, односно радње, *ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту*¹⁶⁴⁶.

Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом,

стручне спреме, односно образовања и други посебни услови за рад на тим пословима, а може да се утврди и број извршилаца.

¹⁶⁴⁴ Примера ради: Одлука Уставног суда ИУо 344/2015 од 24. новембра 2016. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 14/2017 од 27. фебруара 2017. године; Одлука Уставног суда ИУо 222/2016 од 1.6.2017. године, објављена у "Сл. гласнику РС" бр. 70/2017 од 20. јула 2017. године

¹⁶⁴⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалним дијалогу, оп.сйт.*, стр. 780-781.

¹⁶⁴⁶ УРС, чл. 170 и Закон о уставном суду, чл. 82 и чл. 83, ст. 1. Изузетно, све до ступања на снагу Закона о заштити права на суђење у разумном року, уставна жалба се могла изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року, али та могућност више не постоји.

може поништити појединачни акт, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. Одлуком којом се усваја уставна жалба *Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете*, када је такав захтев постављен, с тим што Уставни суд, када је захтев усвојен, одређује у одлуци орган који је обавезан да исплати накнаду материјалне или нематеријалне штете¹⁶⁴⁷.

Јуриспруденција Уставног суда по уставним жалбама је од изузетног значаја за статус запослених у поступцима решавања вишка запослених и решавање радних спорова у вези са овим поступцима, с обзиром да је Уставни суд, полазећу од наведених неограничених овлашћења да преиспитује и поништава све појединачне акте државних органа и организација са јавним овлашћењима, којима су повређена или ускраћена мањинска или људска права или слободе, *развио специфичну и донекле контроверзну праксу поништаја судских одлука, укључујући и одлуке Врховног касационог суда*¹⁶⁴⁸, као највише судске инстанце, тако да су *судске пресуде постале предмет највећег броја уставних жалби*, док су одлуке других органа јавне власти остале по страни¹⁶⁴⁹.

Поништај судске одлуке која се односила на питање отпремнина које се исплаћују вишку запослених представљао је "окидач" за оштру дебату између ове две високе инстанце, резултирајући законским изменама и променом дотадашње устаљене јуриспруденције Врховног касационог суда по том питању. Наиме, Уставни суд је, поступајући по уставним жалбама запослених, оценио да је одрицање вишка запослених од права на исплату отпремнине ништаво и у супротности са чланом 60 став 4 Устава, који забрањује одрицање од правне заштите за случај престанка радног односа, што је било у потпуној супротности са дотадашњом устаљеном јуриспруденцијом Врховног касационог суда, који је стајао на становишту да се запослени може одрећи од доспеле отпремнине када га послодавац утврди вишком, те да то није одрицање од

¹⁶⁴⁷ Закон о уставном суду, чл. 89, ст. 2 и 3.

¹⁶⁴⁸ П. Трифуновић, "Права запослених и уставна жалба", *op. cit.*, стр. 17. У овом чланку судија Трифуновић наводи да се практична примена института уставне жалбе свела на преиспитивање судских одлука (спорно), а не и одлука других државних органа где је примена института неспорна, тако да је до тада поништена само једна одлука органа управе због давања погрешног правног упутства ради коришћења правног средства, док се све остале одлуке поводом уставне жалбе односе на кривичну или грађанску судску материју (повреда претпоставке невиности, повреда права слободе, повреда права на отпремнину и повреда права на правно средство).

¹⁶⁴⁹ *Ibid*; Одлуком Уставног суда број IУз-97/2012 од 20. децембра 2012. године, објављеном у "Сл. гласнику РС", бр. 18/2013 од 26.02.2013. године, Уставни суд "констатује и то да у Републици Србији, од установљења института уставне жалбе, фактичко стање показује да су судске одлуке не само најчешћи предмет уставне жалбе него и врста аката код којих се најчешће утврђују повреде уставних права", стр. 4.

права на правну заштиту, већ институт отпуштања дуга из члана 344 Закона о облигационим односима.

Стога је поступање Уставног суда наишло на снажан отпор Врховног касационог суда, који је, оценивши да се Уставни суд недопуштено ставља у улогу "квази-суда" четвртог степена, односно вансудског "контролора" судских одлука, на Општој седници од 28.10.2009. године, једногласно усвојио закључак да судска одлука не може да буде преиспитивана од стране Уставног суда по уставној жалби¹⁶⁵⁰, већ да та одлука може евентуално бити разлог за понављање поступка у коме је оспорена судска одлука донета¹⁶⁵¹, или основ за накнаду штете због утврђене повреде људског или мањинског права, по угледу на санкције Европског суда за људска права¹⁶⁵².

Простор овог рада, на жалост, не омогућава упуштање у веома интересантну и садржајну размену аргументације између ове две уважене инстанце, те ћемо само сажето указати да је сукоб Уставног и Врховног касационог суда резултирао краткотрајном изменом Закона о уставном суду Србије, којом је изричито било прописано да Уставни суд по уставној жалби може поништити све појединачне акте, *осим судске одлуке*.¹⁶⁵³ Ова законска верзија била је, међутим, на снази тек мало више од годину дана (од 4. јануара 2012. године до 25. фебруара 2013. године), када је, не законодавном интервенцијом, већ управо одлуком Уставног суда¹⁶⁵⁴, наведена измена

¹⁶⁵⁰ П. Трифуновић, "Права запослених и уставна жалба", *op. cit.*, стр. 5, 18. Став судија Врховног касационог суда био је заснован на аргументацији да је преиспитивање судских одлука у директној супротности (1) са одредбама члана 145 став 3 и 4 Устава, према којима су судске одлуке обавезне за све и не могу бити предмет вансудске контроле, већ само контроле надлежног суда у законом прописаном поступку, (2) члана 143 ставу 4 Устава, према коме је Врховни касациони суд највиши суд у Републици, као и (3) члана 22 Устава, према коме свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајамчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале, а у случају да су незадовољни одлукама домаћих судова, грађани имају право да се обратe међународним институцијама ради заштите својих слобода и права зајамчених Уставом, тако да за интервенцијом Уставног суда са позивом на потребу заштите Уставом гарантованих људских и мањинских права и слобода нема ни правног основа ни оправдања.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, стр. 18. Ова сугестија Врховног касационог суда је прихваћена, тако да је изменама и допунама Закона о парничном поступку прописано да *поступак који је правноснажно окончан може по предлогу странке да се понови уколико је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слобода зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење поволније одлуке*. (ЗПП, чл. 426, ст. 1, т. 12).

¹⁶⁵² *Ibid.*, стр. 18. Основ за накнаду штете био би чл. 89 ст. 3 Закона о Уставном суду.

¹⁶⁵³ Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду ("Сл. гласник РС", бр. 99/2011), чл. 33, којим је измењен чл. 89, у ставу 2 и 3, тако да исти гласе: "Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт осим судске одлуке, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. (став 2) Одлуком којом се усваја уставна жалба Уставни суд ће одлучити и о захтеву подносиоца уставне жалбе за накнаду материјалне, односно нематеријалне штете, када је такав захтев постављен." (став 3).

¹⁶⁵⁴ Одлука Уставног суда број IVз- 97/2012 од 20. децембра 2012. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 18/2013 од 26.02.2013. године. Образлажући ову одлуку, Уставни суд је изнео свој став да би, "изузимањем судских одлука од могућности изрицања мере поништаја, нарушава уставни принцип опште и једнаке подложности аката јавне власти уставно-судској контроли на једнак начин, односно, захтев једнаког дејства одлука Уставног суда. Из корелације уставних одредаба према којима је остваривање Уставом зајемчених права и слобода претпоставка владавине права а уставна жалба правно средство чији је циљ заштита од повреда или

стављена ван снаге као неуставна, а овлашћење за поништај судских одлука поново враћено у портфељ Уставног суда, какво стање постоји и данас.

Не улазећи на овом месту у образложење и оцену става Уставног суда, према садашњем стању ствари, ефекат усвајања уставне жалбе од стране Уставног суда може бити (1) *поништај судске одлуке* и поновно одлучивање суда по правном леку подносиоца уставне жалбе¹⁶⁵⁵, (2) *утврђење повреде или ускраћивања људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, без поништаја судске одлуке*, што може водити понављању поступка, (3) *накнада материјалне или нематеријалне штете*, уз овлашћење Уставног суда да одреди орган који је дужан да штету накнади и (4) *повнављање правноснажно окончаног парничног поступка*¹⁶⁵⁶.

Стога закључујемо да *Уставни суд може представљати ефикасан механизам у заштити права запослених и решавању радних спорова, као својеврсни механизам вансудске контроле судских одлука и њиховог поништаја у случају оцене да је дошло до повреде људских и мањинских права гарантованих Уставом, што се несумњиво показало у односу на питање могућности одрицања од отпремнину*. Подсећамо да је под утицајем одлука Уставног суда, Врховни касациони суд начинио заокрет у својој дотадашњој пракси и на седници Грађанског одељења, одржаној 18. јуна 2015. године, усвојио правни став према коме се запослени не може одрећи права на отпремнину, нити износа који је утврђен у решењу о престанку радног односа и тиме несумњиво оснажио положај запослених у поступцима решавања вишка запослених.

Такође, у јуриспруденцији Уставног суда је забележен поништај одлуке Врховног касационог суда, такође у вези са вишком запослених, будући да, по оцени Уставног суда, није цењена чињеница да је решење о отказу донето на основу непостојећег општег акта (Одлука о изменама и допунама Одлуке о систематизацији радних места није објављена, односно није ступила на снагу у складу са Уставом), чиме је подносиоцу жалбе повређено право на рад зајемчено чланом 60 Устава.¹⁶⁵⁷

ускраћивања људских или мањинских права и слобода зајемчених Уставом, и то оних које учине државни органи, Суд закључује да се уставни смисао и циљ уставне жалбе не остварује самим декларативним утврђивањем постојања повреде права, већ се остварује отклањањем последица које су настале утврђеном повредом уставних права и слобода, без обзира који је државни орган доносилац оспореног акта".

¹⁶⁵⁵ Примера ради, одлуком Уставног суда Уж-310/2007 од 22.12.2009. године, поништена је одлука Врховног касационог суда, како би надлежни суд у поновном поступку одлучио по ревизији подносиоца, изјављеној против пресуде Окружног суда у Крушевцу (Гж1). Нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 781-782.

¹⁶⁵⁶ ЗПП, чл. 426, ст. 1, т. 12.

¹⁶⁵⁷ Одлука Уставног суда Уж-310/2007 од 22.12.2009. године, нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 781-782.

Свакако, упркос свим потенцијалима уставносудске заштите, треба имати на уму да *уставна жалба не доприноси бржем и ефикаснијем решавању судског поступка*, тако да се не може сматрати фасилитатором радног спора (поступак решавања по уставној жалби траје и по неколико година), већ на њега ипак треба гледати као на (1) средство које може есенцијално да измени схватања јуриспруденције судова по одређеним питањима и тиме унапреди положај запослених, као што је то био случај са спором по питању отпремнине и на (2) средство које може да, по правноснажном окончању радног спора, "врати ствар у пређашње стање" и омогући поновно покретање радног спора, усмереног ставом заузетим у одлуци Уставног суда.

3. Поступак решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем

3.1. Општа разматрања

Поступак решавања радних спорова је, као и организација и надлежност судова који поступају у радним споровима, на различит начин уређен националним прописима. С обзиром да су у узетом истраживачком узорку заступљени сви модели организације радног судства, фокус истраживања процесних правила биће усмерен на те системе, редоследом којим је обрађена судска организација и надлежност, што сматрамо методолошким најцелисходнијим приступом, с обзиром на потребу детаљнијег истраживања усвојених концепција, ради извођења закључака о одређеним закономерностима и извођења корисних поука за домаће право.

3.2. Рок за подношење тужбе

У *француском праву*, рок за подношење тужбе за поништај отказа имао је тенденцију скраћивања, тако да након последњих законских реформи из 2017. године износи *12 месеци* по пријему обавештења о отказу, без обзира на основ поништаја отказа. Изузетак од овог општег правила представљају откази засновани на дискриминацији, злостављању или узнемиравању било које врсте, за које и даље важи рок од пет година.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁸ Рок од пет година је својевремено важио за све основе отказа и разлоге њиховог оспоравања, изузев оспоравања садржине и имплементације плана очувања запослења, који је и пре законских реформи из 2017. године износио 12 месеци. Нав. према: Извод из базе података ОЕБС о прописима у области очувања запослења (*Employment Protection Regulation – EPL*), <https://www.oecd.org/els/emp/France.pdf>, 18.10.2018. године, стр. 3. Тај се рок временом скраћивао, тако да је пред законске реформе из 2017. године општи рок за подношење тужбе за

У немачком праву, рок за подношење тужбе за поништај отказа је значајно краћи и износи *три недеље* по пријему писаног обавештења о отказу. Исти рок важи и за тужбу ради поништаја отказа са понудом измењеног уговора о раду. Уколико је отказ условљен сагласношћу надлежне јавне власти, тада рок за подношење почиње да тече тек од дана када надлежни орган донесе одлуку.¹⁶⁵⁹

У италијанском праву, рок за подношење тужбе је преклузиван и износи *180 дана* по пријему писаног обавештења о отказу. *Услов за подношење тужбе*, под претњом пропуштања, је *да запослени вансудским путем оспори отказ у преклузивном року од 60 дана* по пријему писаног обавештења о отказу¹⁶⁶⁰. Дакле, италијанско право прописује (1) предрадњу (вансудску опомену послодавцу у писаној форми) која је везана за преклузивни рок од 60 дана и која представља услов за подношење тужбе, под претњом одбачаја исте¹⁶⁶¹ и, потом, (2) главну радњу подношења тужбе, која такође мора бити поднета у преклузивном року, који износи 180 дана од пријема писаног отказа, под претњом губитка права на судску заштиту.¹⁶⁶² *Уколико је поднет предлог за мирење или арбитражу*, али је исти одбијен или спор није решен мирним путем, тужба суду мора бити поднета у преклузивном року од *60 дана од одбијања предлога за мирење или арбитражу*, односно *неуспеха мирног решења спора*.¹⁶⁶³

У хрватском праву, рок за подношење тужбе ради заштите било ког права из радног односа (изузев заштите достојанства на раду), износи *15 дана*. Рок за подношење тужбе, међутим, *не почиње да тече од момента достављања правног акта, односно сазнања за фактичку радњу послодавца*, који запослени сматра повредом права из радног односа, већ од тог момента почиње да тече петнаестодневни рок у коме се

поништај отказа скраћен на две године, осим ако оспораван план очувања запослења, када је рок био 12 месеци и ако је основ отказа била дискриминација, злостављање или узнемиравање било које врсте, када је тужба могла бити поднета у року од пет година, што и сада важи. У литератури се истиче да скраћивање рока за подношење тужбе такође представља меру која има за циљ унапређење правне сигурности отказивања уговора о раду, те да исто представља велики напредак, с обзиром да је до законске реформе из 2008. године рок за подношење тужбе износио чак 30 година. Нав. према: R. Sands, *op. cit.*, стр. 6.

¹⁶⁵⁹ § 4 KSchG.

¹⁶⁶⁰ *Legge no. 604/66 (norme sui licenziamenti individuali)*, чл. 6. Због релативно нејасне законске формулације, која као услов за подношење тужбе прописује вансудско обраћање послодавцу у циљу решења спора у преклузивном року од 60 дана од пријема отказа, а потом обавезу подношења тужбе у наредном року од 180 дана, било је спорно када почиње да тече рок за подношење тужбе, да ли почев од дана пријема решења о отказу или од истека рока за вансудско обраћање послодавцу. Касациони суд Италије се у новијој судској пракси (*Corte di Cassazione, sentenza n. 12352 del 17 maggio 2017*) изјаснио да је у циљу правне сигурности, те брзине и економичности решавања ових спорова, недопустиво да се ти рокови сабирају, те да је закон ишао у правцу скраћивања рока за подношење тужбе (који је до законских измена извршених 1992. године, *Legge n. 92/1992*, износио 270 дана), тако да преклузивни рок од 180 дана почиње да тече од дана када запослени прими писано обавештење послодавца о отказу уговора о раду.

¹⁶⁶¹ У складу са јуриспруденцијом Касационог суда Италије (*Corte di Cassazione, sentenza n. 8830 del 14 aprile 2010*).

¹⁶⁶² Luigi Verde, "I termini per la impugnazione del licenziamento", публикација доступна на интернет страници <http://www.firstcis.it/wp-content/uploads/2018/06/I-termini-per-la-impugnazione-del-licenziamento.pdf>, 12.01.2019.

¹⁶⁶³ *Legge no. 604/66 (norme sui licenziamenti individuali)*, Art. 6.

запослени може обратити послодавцу са захтевом за остварење тог права, односно отклањање повреде. *Тек ако послодавац у року од петнаест дана од дана пријема наведеног захтева запосленог истом не удовољи, почиње да тече рок за тужбу због повреде права из радног односа*, који запослени може поднети у преклузивном року од 15 дана. Наведени поступак обраћања послодавцу са захтевом за отклањање повреде, који има за циљ интерно решавање насталог спора и превенцију судског поступка, представља уједно и *услов за подношење тужбе* надлежном суду, тако да запослени који није искористио могућност обраћања послодавцу губи право на подношење тужбе, осим када је предмет спора накнада штете или другог новчаног потраживања из радног односа¹⁶⁶⁴. Такође, *уколико је законом, другим прописом, колективним уговором или правилником о раду предвиђен поступак мирног решавања насталог спора, рок од петнаест дана за подношење тужбе суду тече од дана окончања тог поступка*.¹⁶⁶⁵ У хрватској правној теорији се стављају крупне замерке на рачун оваквог решења, са аргументацијом да то представља повреду уставне гаранције на слободан приступ суду, те да је претходно обраћање послодавцу као претпоставка заштите пред судом пука форма ради покушаја вансудског решења спора.¹⁶⁶⁶

3.3. Трошкови радног спора

3.3.1. Трошкови радног спора у француском праву

У француском праву, првостепени поступак, који се води пред радним трибуналима, не подлеже плаћању судских такси¹⁶⁶⁷.

Поступак пред вишим судовима води се по правилима парничног закона (*Code de procédure civile*), који се примењује на све грађанске парнице и према коме све трошкове спора сноси странка која изгуби спор, осим уколико суд не одлучи другачије¹⁶⁶⁸.

Странка која нема довољно средстава за поступак пред судом има право да, под

¹⁶⁶⁴ У складу са одлуком Уставног суда Републике Хрватске U-III/1095/2000, одлука послодавца о износу отпремнине се може побијати и без претходног обраћања послодавцу, с обзиром да представља новчано потраживање из радног односа. Нав. према: Darko Milković, "Ostvarivanje prava iz radnog odnosa", https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Milkovic_Ostvarivanje_prava_iz_radnog_odnosa%5B1%5D.pdf, 12.01.19.

¹⁶⁶⁵ ZRHR, чл. 133, ст. 1-4.

¹⁶⁶⁶ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 413.

¹⁶⁶⁷ Б. Божовић, *op. cit.*, стр. 143.

¹⁶⁶⁸ *Code de procédure civile*, Art. 695-700. У складу са чланом 700 француског Законика о парничном поступку суд цени економске могућности стране која је изгубила спор и може странку сваку странку образложеном одлуком ослободити трошкова према другој страни.

законом прописаним условима, оствари право на *правну помоћ коју финансира држава*, уколико је физичко лице које је резидент Француске, а уколико то није, остварује ово право у складу са међународним споразумима. Правна помоћ покрива све парничне трошкове и трошкове извршења пресуде. У зависности од висине прихода, може се остварити право на пуну или делимичну помоћ. Поступак одобравања ове помоћи траје и по неколико месеци, а подносилац захтева је, поред висине прихода, дужан да поднесе доказе који индикују могућност успеха у спору, мада се у литератури истиче да се ова помоћ ретко ускраћује. Ипак, остварење права на правну помоћ не значи ослобођење од свих трошкова, односно суђење без ризика, јер странка којој је признато право на правну помоћ није ослобођена обавезе да у случају губитка спора надокнади трошкове другој страни, осим уколико суд одлучи другачије¹⁶⁶⁹.

3.3.2. Трошкови радног спора у немачком праву

У немачком праву, трошкови радног спора су далеко нижи од трошкова других судских поступака¹⁶⁷⁰.

Судске таксе се одређују према *вредности предмета спора*, која у спору поводом постојања, непостојања или законитости престанка радног односа може бити утврђена највише у висини *тримесечне зараде запосленог*, а код спора око законитости премештаја највише у висини *трогодишње разлике зараде*¹⁶⁷¹. Судске таксе се одређују у *веома ниском проценту тако утврђене вредности спора*, а сноси их странка која изгуби парницу¹⁶⁷². Додатна олакшица је да тужилац нема обавезу да авансира судске таксе, већ обавеза њиховог плаћања *доспева тек код пресуђења*, тако да, уколико запослени успе у спору, судске таксе плаћа непосредно послодавац. Поред тога, у одређеним врстама колективних радних спорова уопште не постоји обавеза плаћања судских такси¹⁶⁷³.

Трошкови заступања одређују се према другачијем моделу.

У првом степену свака странка сноси своје трошкове заступања од стране адвоката, без обзира на исход спора. *Ratio* оваког уређења је да се запослени не доведе у ситуацију

¹⁶⁶⁹ Tim Portwood, "France", у: *Dispute Resolution Review*, Damian Taylor (ed), Law Business Research Ltd., London, 2018, стр. 155-156. Право на пуну помоћ имају лица са месечним приходима нижим од 1.007 еур, а право на делимичну помоћ лица са месечним приходима нижим од 1.510 еур.

¹⁶⁷⁰ *The Federal Labour Court*, Erfurt, 2014, публикација Савезног радног суда доступна на интернет страници https://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/englische_version.pdf, 13.01.2019., стр. 16.

¹⁶⁷¹ § 42(2) Закона о судским таксама Савезне Републике Немачке (*Gerichtskostengesetz* - GKK).

¹⁶⁷² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 156.

¹⁶⁷³ *The Federal Labour Court*, стр. 16.

да у случају губитка спора мора послодавцу да надокнади трошкове заступања од стране адвоката. Стога *запослени који је члан синдиката може водити првостепени поступак без икаквог трошка заступања*, будући да му синдикат по аутоматизму обезбеђује бесплатно заступање пред судом.¹⁶⁷⁴ Притом, у првом степену уопште не постоји обавеза заступања од стране адвоката, тако да и запослени и послодавац могу одабрати да се заступају сами или да их заступа представник синдиката, послодавачког удружења или било које друго опуномоћено лице¹⁶⁷⁵.

У другом и трећем степену модел је другачији, тако да *странка која изгуби спор сноси трошкове заступања друге стране*. Ове фазе поступка, дакле, носе финансијски ризик за запосленог, који се додатно увећава тиме што у другом и трећем степену чланство у синдикату не обезбеђује запосленом аутоматизам бесплатног заступања, као што је то случај у првом степену.¹⁶⁷⁶ Притом, у другостепенном поступку *обе стране морају бити заступане од стране адвоката* или представника синдиката или послодавачког удружења, док пред Савезним радним судом, странке мора заступати адвокат¹⁶⁷⁷.

Уколико запослени нема могућности да, без угрожавања личног и породичног имовног стања, сноси трошкове радног спора, има могућност да, под одређеним условима, оствари правну помоћ од стране државе (*Prozesskostenhilfe*)¹⁶⁷⁸.

3.3.3. Трошкови радног спора у италијанском праву

У италијанском праву постоји обавеза плаћања судских такси за радне спорове, које се одређују сразмерно вредности спора, с тим да су износи судских такси за радне спорове *преполовљени у односу на судске таксе* које се према истој вредности спора одређују у редовним грађанским парницама. Странке које имају право на бесплатну правну помоћ немају обавезу плаћања судских такси. Запослене у радним споровима најчешће заступају правни заступници синдиката или адвокати синдиката, у ком случају запослени имају веома ниске трошкове сопственог заступања, што их *не ослобађа обавезе плаћања трошкова заступања друге стране*, који се, по правилу, одређују на терет стране која изгуби спор. Право на правну помоћ државе постоји, али под веома

¹⁶⁷⁴ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.* Истиче се да је ово често и основни мотив учлањивања у синдикат, будући да синдикати имају улогу неке врсте осигурања трошкова заступања.

¹⁶⁷⁵ *The Federal Labour Court*, стр. 16.

¹⁶⁷⁶ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.* Наиме, с обзиром да у овој фази постоји обавеза накнаде штете супротној страни у случају губитка спора, синдикат у сваком појединачном случају процењује шансе запосленог за успех у спору и на основу тога доноси одлуку о бесплатном заступању.

¹⁶⁷⁷ *The Federal Labour Court*, стр. 16.

¹⁶⁷⁸ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*

рестриктивним условима, због чега се у пракси врло ретко користи.¹⁶⁷⁹

Веома интересантно решење италијанског права у погледу одмеравања трошкова судског поступка односи се на претходна понашања странака у односу на методе мирног решавања спора. Наиме, као што је већ било речи, у случају отказивања уговора о раду из економских разлога, прописано је обавезно мирење пред локалном канцеларијом Министарства за запошљавање и социјалну сигурност. Било каква опструкција покушаја мирења може имати негативне последице по странку која је исто скривила, у том смислу што на основу записника са покушаја мирења, суд у радном спору може све трошкове судског поступка досудити на терет те стране, без обзира на исход спора¹⁶⁸⁰. По истом принципу, страна која на првом рочишту у радном спору, на коме судија помаже странкама да постигну поравнање, неоправдано одбије закључење поравнања, може бити санкционисана обавезом надокнаде трошкова поступка чак и ако је на крају у истом успела (у ком случају делимично надокнађује трошкове)¹⁶⁸¹.

3.3.4. Трошкови радног спора у хрватском праву

*У хрватском праву, према актуелном законском решењу на снази од 1. јануара 2019. године, запослени и синдикати су ослобођени плаћања судских такси у свим врстама индивидуалних и колективних радних спорова*¹⁶⁸².

У складу са одредбама хрватског Закона о парничном поступку, *свака странка претходно подмирује парничне трошкове* које је проузроковала својим радњама¹⁶⁸³. Коначне судске трошкове плаћа страна која је изгубила спор, док у случају делимичног успеха у спору, суд може одредити да свака страна сноси своје трошкове или одредити сразмерну накнаду трошкова¹⁶⁸⁴. Парничне трошкове чине издаци учињени у току или поводом поступка, укључујући и накнаде за рад адвоката¹⁶⁸⁵. Приликом одмеравања трошкова, суд узима у обзир само трошкове који су странци

¹⁶⁷⁹ T. Treu, *op. cit.*, 151. Све до 2010. године странке у радном спору су биле ослобођене плаћања судских такси.

¹⁶⁸⁰ F. d'Amora, A. Patrizi, *op. cit.*, стр. 56.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, стр. 57-58.

¹⁶⁸² *Zakon o sudskim pristojbama Republike Hrvatske*, чл. 11, ст. 1, т. 3 и 19. Наиме, у складу са изричитим законским одредбама, плаћања судских такси ослобођени су, између осталог: (1) радници у споровима и другим поступцима у вези са остваривањем њихових права из радног односа и (2) синдикати и удружења синдиката на вишим нивоима организовања у парничним поступцима за судску сагласност којом се надомешћује сагласност радничког већа и у колективним радним споровима, као и синдикални повереници у парничним поступцима који настану у вези вршењем права радничког већа.

¹⁶⁸³ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 152.

¹⁶⁸⁴ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 154.

¹⁶⁸⁵ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 150.

били потребни за вођење поступка, а када је за одређене трошкове прописана тарифа, као што су трошкови рада адвоката, тада накнаду тих трошкова одређује према релевантној тарифи¹⁶⁸⁶.

Сходно наведеној регулативи, *запослени или синдикат ће у случају губитка спора бити дужни да надокнаде послодавцу све парничне трошкове које је послодавац имао, дакле и трошкове судске таксе коју је послодавац био дужан да плати као странка у поступку*, иако сам запослени, односно синдикат, није обвезник судске таксе.

Према ставу израженом у јуриспруденцији хрватских судова, запослени има право да у парничном поступку, поред трошкова самог тог поступка, потражује од послодавца и трошкове који су претходили покретању парнице, а које је имао у вези са претходним обраћањем послодавцу ради мирног вансудског решења спора.¹⁶⁸⁷

Уколико материјалне могућности запосленог не омогућавају сношење трошкова парничног поступка, *запослени може остварити право на бесплатну правну помоћ која се финансира из државног буџета, а која обухвата: (а) правно саветовање, (б) састављање поднесака у поступку заштите права радника пред послодавцем, (в) састављање поднесака у судским поступцима, (г) заступање у судским поступцима, (д) правну помоћ у мирном решењу спора и (ђ) ослобођење од плаћања трошкова судског поступка*¹⁶⁸⁸.

3.4. Терет доказивања у радном спору поводом колективног отпуштања

3.4.1. Правила о терету доказивања у француском праву

У француском праву, почев од законодавне реформе извршене 1989. године, (1) запослени и послодавац имају подељени терет доказивања, (2) применом истражног начела, суд има право да истражује чињенице које стране нису изнеле и *ex officio*

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, чл. 155.

¹⁶⁸⁷ Visko Prančić, "O naknadi pretprocesnih troškova u parničnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 47, 4/2010.* стр. 867. Ово стога што је наведена радња, чији је циљ покушај остварења и заштите повређених права у мирном вансудском поступку, услов за подношење тужбе у радном спору, под претњом њеног одбачаја, те тиме и услов успеха у парници, тако да се ти трошкови морају квалификовати као оправдани.

¹⁶⁸⁸ *Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Hrvatske*, чл. 12. Сходно чл. 13 истог закона, услов да запослени оствари право на бесплатну правну помоћ је да: (1) запослени нема способности да се сам заступа, при чему се радни спор *ex lege* сматра сложенијим поступком, тако да ће тај услов по правилу бити испуњен, (2) да су његове материјалне прилике такве да би плаћање потребне стручне правне помоћи могло угрозити његово издржавање и чланова његовог домаћинства, у складу са законом, (3) да се не ради о тзв. обесном парничењу, што ће бити случај када запослени нема изгледа за успех у спору, злоупотребљава право или је његово понашање на други начин противно моралу и прописима, (4) да у претходних шест месеци није одбијен захтев због намерног давања погрешних података и (5) да му правна помоћ није осигурана на темељу посебних прописа. Приликом доношења одлуке о ослобођењу од плаћања трошкова судског поступка посебно ће се водити рачуна о висини трошкова судског поступка у којем се тражи ослобођење.

одређује извођење доказа које стране нису предложили, али је (3) последица изостанка судијског уверења да је за отказ постојао стваран и озбиљан разлог одређена у корист запосленог, тако да ће се сматрати да отказ није био оправдан, чиме је претежан део терета доказивања заправо пребачен на послодавца, који сноси ризик недовољног доказивања оправданости отказа¹⁶⁸⁹.

Од правила о подељеном терету доказивања одступа се када је предмет спора дискриминаторски отказ, што је случај када запослени тврди да је разлог отказа непосредна или посредна дискриминација. С обзиром да је случајеве посредне дискриминације често веома захтевно доказати, те с обзиром да је у одређеним случајевима граница између права запослених на једнак третман и интереса компаније веома деликатна¹⁶⁹⁰, француски законодавац је прописао да је, уколико из доказа изведених током поступка произилази могућност да је отказ био дискриминаторски, терет доказивања да је отказ заснован на објективним елементима и лишен било какве дискриминације искључиво на послодавцу¹⁶⁹¹.

3.4.2. Правила о терету доказивања у немачком праву

У немачком праву је у погледу доказивања посебно изражено истражно начело, које је засновано на чињеници да запослени има право да се сам заступа у поступку, при чему често има врло мало или нимало правног знања, што може водити његовој инфериорности у поступку због неразумевања правног значаја одређених радњи.

¹⁶⁸⁹ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 162-163. Аутори указују да је све до законодавне реформе извршене 1973. године, терет доказивања неоправданости отказа лежао на запосленом, што је било у складу са доктрином да је отказ легитимно право сваке стране из радног односа, као уговорног, тако да је отказ *a priori* сматран оправданим, а запослени је морао да докаже да је послодавац злоупотребио своје право на раскид уговора. Тек увођењем стварног и озбиљног разлога за отказ, као обавезног услова за отказ, дошло је до поделе терета доказивања између послодавца и запосленог, тако да је свака страна у спору била дужна да своје тврдње докаже. Притом, држање суда у радном спору није било пасивно, већ је било засновано на примени истражног начела, тако да је суд имао право да, поред доказа које понуде стране у спору, уколико оцени да одређене чињенице треба додатно расветлити, могао сам да одређује извођење доказа и налаже странама достављање додатних доказа. У случају да, упркос свим изведеним доказима, суд није уверен да ли за отказ јесте или није постојао стваран и озбиљан разлог, последице тога је сносио запослени, јер се отказ тада сматрао оправданим. Ово становиште било је засновано на тзв. "доктрини вероватноће", установљене одлуком Касационог суда из 1975. године, према којој, уколико послодавац изнесе чињенице које указују на вероватноћу стварности и оправданости отказа, а запослени их са успехом не оспори, отказ је опстајао као оправдан, чиме је терет доказивања *de facto* враћан на запосленог, што је у делу стручне јавности критиковано као неповољно решење по запослене.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, стр. 178. Аутори указују на осетљивост границе између поступања које се може повезати са дискриминацијом и потпуно законитог и оправданог отказа кроз пример отказа који послодавац да запосленом који због озбиљне болести дуго одсуствује са рада, што резултира озбиљним последицама у процесу и организацији рада и захтева његову замену. Наиме, док је отказ запосленом због тога што спада у категорију болесних лица чист пример непосредне дискриминације према здравственом стању, отказ запосленом због његовог дугог одсуства које је узрок поремећаја у радним процесима представља законит разлог отказа, без обзира што је узрок тог одсуства болест.

¹⁶⁹¹ *Code du travail*, L. 1134-1.

Стога председавајући већа има законску обавезу да обезбеди да се све релевантне чињенице за исход спора до детаља расветле, што подразумева извођење доказа и других радњи *ex officio*, постављање питања и предузимање других активних мера ради заштите слабије стране.¹⁶⁹²

Терет доказивања чињеница које су претпоставка постојања пословне потребе која је разлог отказа је на послодавцу. Под доказивањем пословне потребе Савезни радни суд сматра доказивање постојања разлога на којима је послодавац засновао своју пословну одлуку, њено деловање на погон и број запослених у предузећу¹⁶⁹³. Када се позива на разлоге ван предузећа, послодавац их мора детаљно образложити, чиме истовремено образлаже и свој предузетнички концепт¹⁶⁹⁴. Према становишту Савезног радног суда, није довољно да се послодавац паушално позове на "недостатак посла", "пад продаје" или "губитке".¹⁶⁹⁵ Када је реч о одлуци због унутрашњих разлога, послодавац је дужан да образложи начин на који се она одражава у предузећу, на пример, како ће преостали радници обављати потребан рад без тога да им се наметну додатне обавезе рада¹⁶⁹⁶.

Послодавац не мора да образлаже целисходност своје одлуке. Терет доказивања да је одлука послодавца неодговарајућа, неразумна или произвољна сноси запослени.¹⁶⁹⁷

3.4.3. Правила о терету доказивања у италијанском праву

У складу са Законом 604/1966, који уређује материју индивидуалних отказа, али се у погледу терета доказивања примењује и код колективних отпуштања, прописано је да *терет доказивања стварног и оправданог разлога за отказ лежи на послодавцу*.¹⁶⁹⁸ Како се у италијанској правној теорији истиче, ово је нормативна одредба која је у материју индивидуалних отказа пренета из општих одредби грађанског права, према којима ко год жели да оствари неко право на суду мора доказати факте који конституишу основ тог права, а ко год се противи том захтеву и

¹⁶⁹² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 155.

¹⁶⁹³ BAG 16.12.2004, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 207.

¹⁶⁹⁴ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 207.

¹⁶⁹⁵ BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

¹⁶⁹⁶ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 20

¹⁶⁹⁷ *Ibid.*

¹⁶⁹⁸ Legge 604/1966, чл. 5.

чињеницама на којима се заснива, или тврди да је право измењено или престало, мора да докаже своје тврдње¹⁶⁹⁹.

Поред тога, веома важно обележје италијанског права је снажна примена истражног начела у доказном поступку. Суд има широка овлашћења да по службеној дужности изводи доказе које странке нису предложиле, као на пример, да позове нове сведоке, да одреди тзв. слободно саслушавање странака, да одреди директни увиђај на радном месту, да тражи писана или усмена мишљења синдикалних преставника и одређује друге радње које сматра потребним ради расветљавања чињеничног стања.¹⁷⁰⁰

Специфичност код отказа из објективних разлога, поред обавезе да образложи техничке, организационе или производне разлоге који доводе до престанка потребе за обављањем одређених послова и постојање каузалне везе између тих потреба и отказа, састоји се и у томе што је *послодавац је дужан да аргументује и "неупотребљивост" запосленог, односно немогућност његовог премештаја на друге послове*, што је плод новије јуриспруденције италијанског Касационог суда, који је до недавно стајао на становишту да је на запосленом терет доказивања да је послодавац имао одговарајуће или ниже рангиране послове на које је могао да га премести.¹⁷⁰¹ Промена праксе највише судске инстанце доводи се у везу са изменама Грађанског законика из 2015. године, којима је обавеза премештаја, односно преквалификације или доквалификације запосленог који се утврђује вишком, проширена и на ниже рангиране послове, тако да послодавац може да отпусти запосленог кога утврди вишком само ако не може да му обезбеди ни одговарајуће, ни ниже рангиране послове. Тако је, примера ради, Касациони суд став да терет доказивања немогућности распоређивања запосленог на одговарајуће или ниже рангиране послове лежи у целости на послодавцу, образлажио чињеницом да послодавац има интегрална сазнања о свом особљу и пословним околностима, која му омогућавају процену могућности премештаја запосленог.¹⁷⁰² С друге стране, у правној теорији се указује да оваква промена концепције терета доказивања ствара за послодавце врло незгодну позицију, у којој треба да доказују негативне чињенице, односно нешто што се није догодило (*probatio diabolica*).¹⁷⁰³

¹⁶⁹⁹ Francesco Vitella, *L'impugnazione del licenziamento illegittimo tra il diritto sostanziale e la tutela giurisdizionale*, докторска дисертација, Università degli studi di Milano-Bicocca, стр. 216.

¹⁷⁰⁰ T. Treu, *op. cit.*, стр. 150.

¹⁷⁰¹ F. Vitella, *op. cit.*, стр. 243-244.

¹⁷⁰² Corte de Cassazione, n. 160/2017 (*Salini Impregilo SpA v. Algieri*), нав. према: F. d'Amora, A. Patrizi, *op. cit.*, стр. 65.

¹⁷⁰³ F. Vitella, *op. cit.*, стр. 243-244.

3.4.4. Правила о терету доказивања у хрватском праву

У хрватском праву, важе посебна правила о терету доказивања у спору поводом отказа уговора о раду. У тој врсти спора, *терет доказивања постојања оправданог разлога за отказ уговора о раду је на послодавцу* ако је уговор о раду отказао послодавац, а на раднику само ако је он уговор о раду отказао ванредним отказом уговора о раду.¹⁷⁰⁴

Овим правилима се одступа од *општег правила* у парницама из радног односа, према коме је *терет доказивања на особи која сматра да јој је неко право из радног односа повређено, односно која покрене спор*¹⁷⁰⁵.

Посебна правила о терету доказивања *предвиђена су и хрватским Законом о сузбијању дискриминације*, који је применљив како на област радних односа, тако и на саме поступке колективних отпуштања. Према одредбама тог закона, ако странка у поступку тврди да јој је повређено право на једнако поступање, гарантовано одредбама тог закона, дужна је да учини вероватним да је дошло до дискриминације. Уколико у томе успе, *терет доказивања да дискриминације није било је на другој страни, односно послодавцу у радном спору*¹⁷⁰⁶.

Хрватским Законом о парничном поступку је *све до 2003. године било предвиђено истражно начело у парницама из радних односа*, које није предвиђено за редовне грађанске парнице и суду је давало посебна овлашћења да самоиницијативно утврђује релевантне околности¹⁷⁰⁷. Таква могућност, међутим више не постоји, осим изузетно, у случају сумње суда на недозвољена располагања странака¹⁷⁰⁸.

3.5. Мирно решавање радног спора у оквиру поступка пред судом

3.5.1. Уводне напомене

Судски поступак решавања радних спорова је у страним правима често обележен настојањем да се у оквиру тог поступка, који карактерише конфронтирани положај парничних странака, пре залажења у меритум покуша мирно решење спора, при чему поступајуће судије имају веома активну улогу у том поступку. Оваква

¹⁷⁰⁴ *Zakon o radu Republike Hrvatske*, чл. 135, ст. 3.

¹⁷⁰⁵ *Zakon o radu Republike Hrvatske*, чл. 135, ст. 1.

¹⁷⁰⁶ *Zakon o suzbijanju diskriminacije Republike Hrvatske*, чл. 20.

¹⁷⁰⁷ I. Grjurev, *op. cit.*, стр. 86.

¹⁷⁰⁸ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, čl. 7.

архитектура поступка је препоручена и универзалним радним стандардима, конкретно Препоруком Међународне организације рада број 166, која сугерише државама чланицама прописивање поступка мирења пре или у току поступка решавања радног спора пред надлежним телом¹⁷⁰⁹, а у литератури се указује на висок степен успешности ових поступака и на њихову важну улогу у брзом решавању радних спорова.

3.5.2. Медијација у току радног спора у француском праву

Поступак мирења има изузетно велики значај у поступку решавања радних спорова пред *француским радним трибуналима*. О значају и улози мирења можда најилустративније говори чињеница да је приликом законског дефинисања надлежности радних трибунала мирење стављено у центар њихових активности, тако што је предвиђено да ће "радни трибунали решавати путем мирења спорове који могу настати у вези са било којим уговором о раду закљученим у складу са овим законом (*Code du travail*) између послодаваца и запослених, те да ће трибунали судити у споровима када поступак мирења није успео."¹⁷¹⁰

Мирење представља обавезну претходну фазу у радним споровима поводом отказа уговора о раду или незаконитих измена уговора о раду¹⁷¹¹, за коју су надлежни бирои за мирење. Тек ако мирење не успе, биро за мирење прослеђује спор бироу за суђење на даљу надлежност и одлучивање¹⁷¹². На рочишту заказаном за мирење судије саслушавају странке и покушавају да реше спор мирним путем¹⁷¹³, применом метода сличних онима које се примењују у поступку медијације¹⁷¹⁴. Уколико се спор у целости или делимично реши у фази мирења, садржина споразума ће бити обухваћена записником о мирењу¹⁷¹⁵, који представља извршну исправу¹⁷¹⁶, док ће у случају да спор не буде у целости решен, спорни захтеви и изјаве странака бити констатоване у записнику или другом писаном документу¹⁷¹⁷.

¹⁷⁰⁹ Препорука бр. 166, т. 14.

¹⁷¹⁰ *Code du travail*, L. 1411-1.

¹⁷¹¹ Мирење није обавезна фаза поступка само у одређеним случајевима, када је предмет спора наводна повреда индивидуалних слобода на радном месту, прерастања радног односа на одређено у радни однос на неодређено време, исплата доспелих зарада у случају инсолвентности или стечаја и скраћеним поступцима. P. Lagesse, *op. cit.*, стр. 91.

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ *Code du travail*, R. 1454-10.

¹⁷¹⁴ P. Lagesse, *op. cit.*, стр. 91.

¹⁷¹⁵ *Code du travail*, R. 1454-10.

¹⁷¹⁶ *Code du travail*, R. 1454-11.

¹⁷¹⁷ *Code du travail*, R. 1454-10.

У складу са посебном законском одредбом, спор може бити решен у фази мирења постизањем споразума између странака, који подразумева обавезу послодавца да запосленом исплати обештећење у паушалном износу утврђеном законом и то у висини: (1) двомесечне зараде, ако је запослени мање од две године у радном односу код послодавца, (2) четворомесечне зараде, ако је запослени у радном односу код послодавца између две и осам година, (3) осмомесечне зараде, ако је запослени у радном односу између осам и 15 година, (4) десетомесечне зараде, ако је запослени у служби код послодавца између 15 и 25 године и (5) четрнаестомесечне зараде, ако је запослени у радном односу код послодавца провео више од 25 година. У замену за ову исплату, запослени се одриче свих постојећих захтева.¹⁷¹⁸

3.5.3. Медијација у току радног спора у немачком праву

Врло специфичан вид мирног решавања радних спорова у току поступка, вредан сваког дивљења по ефектима у пракси и необичном приступу, постоји у *немачком праву*, у коме сваки радни спор пред радним судом започиње обавезним рочиштем за мирење странака¹⁷¹⁹ (*Gütetermin*), које се одржава пред председавајућим судског већа, који рочиштем управља сам (без већа), са циљем постизања споразума између странака, због чега судија има обавезу да са странкама дискутује о целокупном спору, узимајући у обзир све релевантне чињенице. На овом рочишту судија покушава да утврди суштинске интересе странака, да утврди социјалну позадину спора и да странкама укаже на правне и фактичке ризике¹⁷²⁰. У пракси судије на овим рочиштима отворено странкама предочавају свој правни став у погледу предмета спора, заснован на оцени презентованих доказа, чиме у значајној мери утичу на вољу странака да постигну споразум. Уколико на првом рочишту није могуће постићи мирење, председавајући има право да, уз сагласност странака, одложи рочиште на неки краћи рок у циљу постизања споразума. Рочиште за мирење може имати три исхода: (1) повлачење тужбе, (2) постизање компромиса и (3) заказивање рочишта за расправу пред целим судским већем.

Међутим, чак и уколико је покушај мирења у прелиминарној фази суђења остао без успеха, суд је дужан да током целокупног поступка покуша да странке

¹⁷¹⁸ P. Lagesse, *op. cit.*, стр. 91-92.

¹⁷¹⁹ § 54 ArbGG.

¹⁷²⁰ *The Federal Labour Court*, стр. 15.

доведе до компромисног решења.¹⁷²¹ Статистике показују фантастичан успех таквог поступања: чак око 30% укупног броја спорова окончава се на првом рочишту за мирeње, док се чак и већи проценат окончава компромисом постигнутим у каснијим фазама поступка¹⁷²². Примера ради, у 2006. години је од укупно 460.747 радних спорова покренутих те године, судском медијацијом окончано 249.065 спорова, што представља више од 50% спорова¹⁷²³. Статистике показују стабилност у успеху овог метода: према подацима Савезног министарства за рад и социјална питања, у 2012. години је 59% од укупног броја радних спорова (око 234.920) окончано судском медијацијом¹⁷²⁴. У литератури се истиче да је код судија радних судова постизање што већег броја компромиса често ствар престижа¹⁷²⁵.

Суштина ове медијације је, дакле, у прејудицирању исхода спора од стране поступајућег судије, како би се странке мотивисале да приступе поравнању, што је приступ потпуно незамислив у праву Републике Србије. Ипак, сматрамо да резултати које овај поступак остварује несумњиво захтевају да се *de lege ferenda* преиспита могућност увођења овог решења и у домаће право.

3.5.4. Медијација у току радног спора у италијанском праву

Прво рочиште у радном спору намењено је медијацији, а улогу медијатора има судија који ће и касније поступати у спору. На том рочишту судија слободно (неформално) испитује странке и покушава да спор реши поравнањем. Уколико странке без оправданог разлога изостану са овог рочишта, судија ће донети одлуку по свом слободном судијском уверењу. Уколико се постигне споразум, закључује се судско поравнање која има снагу извршне исправе, а уколико до поравнања не дође, закључује се рочиште за главну расправу.¹⁷²⁶

¹⁷²¹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 154.

¹⁷²² *Ibid.*

¹⁷²³ *Ibid.*, стр. 157.

¹⁷²⁴ *The Federal Labour Court*, стр. 16.

¹⁷²⁵ *Ibid.*

¹⁷²⁶ М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 88.

3.6. Одређивање привремених мера у радном спору

3.6.1. Привремене мере у француском праву

Одбор за мирење има веома широка овлашћења у погледу одређивања привремених мера у циљу олакшавања положаја запосленог током поступка.

У том смислу одбор за мирење може, чак и у одсуству тужиоца, а под претњом новчаног кажњавања, одредити различите врсте законом предвиђених привремених мера¹⁷²⁷, и то: (1) издавање потврде о раду, обрачуна зараде или било ког другог документа који послодавац по закону мора да изда запосленом, (2) полагање депозита у висини до шест просечних зарада запослених остварених у последња три месеца, ради измирења доспелих зарада, накнада зараде и свих других примања на која је послодавац по закону обавезан, и то како по основу радног односа тако и по основу његовог престанка, осим уколико је постојање односних финансијских обавеза озбиљно дискутабилно, (3) инструкционе мере и (4) мере у циљу обезбеђења доказа.

Наведене мере су привремене и немају снагу *res iudicata* у главном спору. Против одређене привремене мере није дозвољена посебна жалба, већ се иста може оспоравати само у жалби против мериторне одлуке.¹⁷²⁸

3.6.2. Привремене мере у немачком праву

Немачко право познаје неколико врло интересантних врста привремених мера које се могу одредити током радног спора.

Прва привремена мера која се може тражити у радном спору непосредно је везана за сам ток отказног поступка. Наиме, као што је раније било речи, спровођење поступка колективног отпуштања не ослобађа немачког послодавца обавезе да спроведе и прописану процедуру индивидуалних отказивања уговора о раду, која имплицира обавезу послодавца да пре ефективног отказивања уговора о раду консултује савет запослених о сваком појединачном отказу. Уколико *савет запослених* у року од недељу дана стави писани и образложени *приговор на предложени отказ*¹⁷²⁹,

¹⁷²⁷ *Code du travail*, R. 1454-14.

¹⁷²⁸ *Code du travail*, R. 1454-16.

¹⁷²⁹ Сходно одредби §102(3) немачког Закона о саветима запослених (*BetrVG*), савет запослених може ставити приговор на отказ из следећих разлога: (1) ако приликом вршења селекције запослених, послодавац није узео у обзир или је недовољно узео у обзир социјални аспект, (2) ако послодавац није усагласио са саветом запослених

запослени који поднесе тужбу ради поништаја отказа има право да, до истека отказног рока¹⁷³⁰, захтева од послодавца да му омогући да настави да ради (*Weiterbeschäftigungsanspruch*) под непромењеним условима до правноснажног окончања покренутог радног спора, а ако послодавац тако не поступи, *има право да захтева од суда (тужбом или посебним предлогом за одређивање привремене мере)*¹⁷³¹ да обавезе послодавца на привремену реинтеграцију¹⁷³².

Уколико суд у радном спору усвоји привремену меру, *запослени наставља да ради под неизмењеним условима* рада до правноснажног окончања радног спора.¹⁷³³ Према становишту Савезног радног суда, ранији радни однос наставља се на основу закона, уз раскидни услов правноснажно одбијеног захтева за поништај отказа¹⁷³⁴. У немачкој правној литератури преовладава мишљење да, иако је основ рада запосленог промењен, садржај радног односа остаје неизмењен, тако да послодавац има обавезу да запосленог третира на исти начин као да му није отказао уговор о раду, што превасходно значи да му обезбеди обављање послова у границама које би постојале да радни однос није отказан, те да му исплати одговарајућу зараду и уплати доприносе за социјално осигурање, при чему обавезу накнаде зараде има и ако му не обезбеди обављање послова¹⁷³⁵.

Међутим, у овом случају и послодавац има право да од суда тражи привремену меру, која има за циљ да спречи привремену реинтеграцију запосленог током трајања радног спора, тако да ће суд ослободити послодавца обавезе да запосленог задржи у радном односу до окончања спора уколико: (1) *тужба нема реалне изгледе* на успех или ако је тужба поднета шиканозно (злонамерно), (2) би даље запошљавање запосленог представљало за послодавца *нефазумно велики економски терет* или (3) је *приговор* савета

смернице за селекцију запослених приликом распоређивања, регруписања или престанка радног односа из §95 истог закона), (3) ако је запосленом могао бити обезбеђен други посао у оквиру погона или предузећа, (4) ако је запослени могао задржати посао након разумне преквалификације или доквалификације или (5) ако је запослени могао да остане у радном односу под измењеним условима.

¹⁷³⁰Савезни радни суд у новијој јуриспруденцији стоји на становишту да овај захтев треба раднику да омогући да континуирано, без прекида, настави да ради код послодавца, што се може постићи ако се захтев стави најкасније до истека отказног рока. Према схватању суда, овакав закључак произилази и из језичког тумачења, јер законски израз *Weiterbeschäftigung* значи даљи рад, наставак рада, даље запошљавање. Осим тога, овим се штити и интерес послодавца да што је могуће пре сазна за постојање могућности да радник настави да ради док траје судски спор. BAG 11.5.2000, AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 379.

¹⁷³¹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 382.

¹⁷³² §102(5) BetrVG. У правној теорији и јуриспруденцији немачких судова није спорно да је запослени дужан да учини вероватним постојање чињеница на којима заснива захтев за наставаком рада (*anspruchbegründende Tatsachen*), превасходно противљење савета запослених отказу, дакле формалне претпоставке, док је спорно да ли мора да учини вероватним и постојање потраживања (*Verfügungsgrund*), дакле егзистенцију материјалних претпоставки захтева. У одлукама нижих судова и делу литературе ипак преовладава став да таква обавеза не постоји. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 384.

¹⁷³³ §102(5) BetrVG.

¹⁷³⁴ BAG 12.9.1985, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 *Weiterbeschäftigung*. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 383.

¹⁷³⁵ Опширније о разматрањима правне природе овог односа у немачкој правној теорији у: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 380-381.

запослених *очигледно неоснован*¹⁷³⁶. За разлику од запосленог, који је временски ограничен у истицању захтева за привремену меру реинтеграције, захтев послодавца за ослобођење од обавезе реинтеграције није временски ограничен и може бити више пута истицан и засниван на новим чињеницама¹⁷³⁷. Поред тога, судска пракса стоји на становишту да потенцијално вишегодишње трајање спора представља неприхватљиво економско оптерећење за послодавца¹⁷³⁸, као и да исто оптерећење представља реинтеграција код пословно условљеног отказа¹⁷³⁹. Из наведених разлога, *привремене мере предложене од стране послодавца се често усвајају*, тако да до реинтеграције запослених током радног спора долази само у изузетним случајевима, због чега *привремена мера заснована на приговору савета запослених*, иако са аспекта законске формулације делује као веома делотворно правно средство, *у пракси нема тај ефекат*.¹⁷⁴⁰

Друга врста привремене мере која се може одредити у радном спору везује се за исход првостепеног поступка. Наиме, *уколико првостепени суд поништи отказ, запослени има право да се врати на рад код послодавца до окончања целокупног радног спора* (укључујући ту и ванредне правне лекове). Ова привремена мера плод је јуриспруденције Савезног радног суда из 1985. године, која је имала за циљ стимулисање реинтеграције, која је у једном тренутку постала маргинална последица незаконитог отказа, будући да је судска пракса стајала на становишту да се, уколико запослени током радног спора није био привремено враћен у радне процесе код послодавца, не може очекивати "даља плодносна сарадња" између послодавца и запосленог, што представља препреку за реинтеграцију и основ за одређивање компензације. У литератури се наводи да је ова интервенција Савезног радног суда имала радикалан ефекат у промени односа снага у радном спору, будући да послодавац, у случају да се запослени врати на рад након првостепеног поступка (који по правилу траје неколико месеци), није могао са лакоћом да аргументује немогућност "даље плодносне сарадње", чиме су постигнуте две корисне последице: *увечање стопе реинтеграције и мањи број незаконитих отказа*, будући да су послодавци повећали ниво пажње и опреза у поступању приликом отказивања уговора о раду¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁶ §102 (5) BetrVG.

¹⁷³⁷ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 384.

¹⁷³⁸ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 131.

¹⁷³⁹ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 384.

¹⁷⁴⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 131.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, стр. 132-133.

Привремене мере се могу принудно извршити новчаном, па чак и затворском казном¹⁷⁴².

3.6.3. Привремене мере у хрватском праву

Посебним одредбама хрватског Закона о парничном поступку, предвиђеним за парнице у споровима из радних односа, прописано је право суда да и *по службеној дужности* одреди привремене мере које се примењују у извршном поступку, ради спречавања насилног поступања или настанка ненадокнадиве штете¹⁷⁴³.

Хрватским Законом о раду је додатно прописано да радник који оспорава допуштеност отказа може тражити да суд привремено, до окончања спора, *наложи његово враћање на посао*.¹⁷⁴⁴

У правној теорији преовлађује став да суд *није дужан да на захтев запосленог одреди привремену меру*, већ да у сваком конкретном случају треба да цени оправданост доношења привремене мере, руководећи се правилима извршног поступка, према коме запослени мора учинити вероватним постојање свог потраживања, тако да суд може, али не мора, донети привремену меру.¹⁷⁴⁵ У јуриспруденцији хрватских судова изражава се став да ће суд *одредити привремену меру привременог враћања радника на рад ако је то нужно за издржавање радника и издржавање особа које је по закону дужан издржавати*, при чему се у обзир узимају искључиво трошкови издржавања запосленог и лица која је по закону дужан издржавати, док евентуалне друге редовне обавезе које га терете (кредит, стамбене штедње, допунско пензионо осигурање) не могу бити од значаја за оцену испуњења претпоставки за одређивање привремене мере, нити могу утицати на висину одређене накнаде¹⁷⁴⁶.

Статистички подаци показују да запослени у радним споровима често предлажу привремену меру враћања на рад, како би отклонили или ублажили негативне последице спорог решавања радних спорова узрокованог, између осталог, оптерећеношћу хрватских судова великим бројем нерешених предмета. Истовремено, статистика открива да судије у недовољној мери или недовољно брзо

¹⁷⁴² S. Laleta, *op. cit.*, стр. 383.

¹⁷⁴³ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 435.

¹⁷⁴⁴ ZRHR, чл. 124, ст. 2. Иако је хрватским Законом о раду (чл. 150, ст. 9), по угледу на немачко право, предвиђена привремена мера - наставак рада запосленог до окончања спора у случају противљења радничког већа планираном отказу, иста се односи искључиво на ванредне отказе који не спадају у домен колективних отпуштања, тако да у потенцијалним споровима поводом решавања вишка запослених могућност одређивања такве привремене мере не постоји.

¹⁷⁴⁵ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 382-383.

¹⁷⁴⁶ Пресуда Жупанијског суда у Вараждину, Gž. 995/09-2 од 7. октобра 2009. године.

доносе ову привремену меру, што неки аутори објашњавају разлозима објективне и субјективне природе, између осталих и тиме да судије зазиру од оваквих одлука, будући да решењем о привременој мери изражавају своје становиште о правном спору којим су, психолошки гледано, везани и у наставку поступка.¹⁷⁴⁷

Привремену меру је могуће принудно извршити путем новчане или затворске казне.¹⁷⁴⁸

3.7. Хитност решавања радних спорова

3.7.1. Правила о хитном решавању радних спорова у француском праву

Хитност решавања радних спорова представља један од императива поступка пред радним трибунаlima и спроводи се превасходно следећим механизмима: (1) екстензивним овлашћењима бироа за мирeње, са циљем споразумног окончања спора пред тим већем у кратком року и (2) припремом предмета од стране саветника-записничара.

Поступак мирeња, као што је већ било речи, лежи у самој дефиницији надлежности радних трибунала. У циљу успешног обављања ове функције, бирои за мирeње, сходно начелу активне улоге суда, имају право да по службеној дужности изводе доказе које странке нису предложили, као и да издају странкама обавезујуће налоге, све у циљу убрзања и концентрације поступка¹⁷⁴⁹. У споровима поводом отказа уговора о раду, поступак пред бироом за мирeње траје 30 дана¹⁷⁵⁰.

Уколико до мирeња не дође, предмет се може послати одбору за суђење, али може се проследити и једном или двојица саветника-записничара, који имају овлашћења да саслушавају странке и сведоке, као и да одређују мере обезбеђења доказа. По окончању ове међуфазе поступка, *саветници-записничари спреман предмет прослеђују бироу за суђење*, који тада позива странке и након тога доноси одлуку.¹⁷⁵¹

3.7.2. Правила о хитном решавању радних спорова у немачком праву

Међу најмаркантнијим обележјима немачког права је управо изузетна

¹⁷⁴⁷ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 382.

¹⁷⁴⁸ *Оврни закон Републике Хрватске*, чл. 16.

¹⁷⁴⁹ Б. Божовић, *op. cit.*, стр. 142.

¹⁷⁵⁰ С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 165.

¹⁷⁵¹ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 191.

ефикасност радних судова, која их је учинила инспирацијом за формирање специјализованог радног судства у многим земљама. Хитност решавања радних спорова се темељи на начелима (1) *убрзања поступка*, захваљујући непостојању судских ферија и краћим роковима у односу на парничне (2) *концентрације поступка*, (3) *активне улоге суда*, (4) *забране повраћаја на ново суђење* и (5) *извршности првостепене пресуде*¹⁷⁵².

Непостојање судских ферија у радним судовима значи да ови судови стално раде и тиме доприносе убрзавању поступка¹⁷⁵³.

Скраћење рокова за поступање доприноси динамичности поступка: у радним споровима поводом отказа уговора о раду *између подношења тужбе и одржавања првог рочишта* за медијацију не може протећи више *од две недеље*. Уколико на том рочишту није дошло до поравнања, суд ће наложити туженом да поднесе *одговор на тужбу у року* који не може бити дужи *од две недеље*, као и тужиоцу да у наредном року *од две недеље достави изјашњење* на наводе из одговора на тужбу. Рокови су *преклузивни*, о чему је суд дужан да упозори странке, а евентуално закаснио поднесак може бити узет у разматрање искључиво уколико суд оцени да неће водити пролонгирању поступка или странка *закашњење* накнадно оправда¹⁷⁵⁴.

Концентрација доказног поступка подразумева да расправа треба да буде окончана на *једном рочишту*. У циљу квалитетне припреме главне расправе, суд има широка овлашћења да од странака тражи све допуне и додатна појашњења навода које сматра битним за расправљање, да од јавних институција захтева сву званичну документацију коју сматра потребном, као и да упућује сведоцима и вештацима које сматра кључним позив да приступе главној расправи, те да наложи странкама лично присуство на главној расправи и одбије присуство њиховог пуномоћника уколико би то умањило вредност личног присуства на расправи. У случају да на првом рочишту поступак не може да се оконча, *суд одмах мора да закаже нови термин за главну расправу у најкраћем року*. Пресуда се јавно *објављује одмах по окончању расправе*. Правила о концентрацији доказног поступка резултирају окончањем око трећине свих радних спорова у року од три месеца након подношења тужбе.¹⁷⁵⁵

Активна улога суда, конкретно председника већа (каријерни судија) се манифестује током целог поступка: као што је већ било речи, већ на рочишту за мирење судија има важну улогу да спор оконча компромисом странака, захваљујући чему око

¹⁷⁵² М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 55-56.

¹⁷⁵³ *Ibid.*, стр. 42.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*, стр. 42-43.

¹⁷⁵⁵ М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 155.

трећине спорова буде окончано већ на том рочишту, а уколико до споразума ипак не дође, председник већа има кључну улогу у припремању главне расправе, како би се стекли услови да иста буде закључена на првом рочишту¹⁷⁵⁶.

Забрана повраћаја на ново суђење, која подразумева да другостепени суд не може пресуду да укине и врати првостепеном суду на поновни поступак, већ мора да мериторно одлучи о предмету спора, додатно утиче на убрзавање и економичност поступка. Поред тога, *од изузетне важности за спорове поводом отказа уговора о раду је приоритет одлучивања по овим предметима у жалбеном поступку* у односу на друге врсте радних спорова.

Извршност првостепене пресуде подразумева да жалба нема суспензивно дејство, изузев уколико тужени докаже да би извршењем првостепене пресуде претрпео ненадокнадиву штету.¹⁷⁵⁷

До које мере је ова методологија ефикасна говоре задивљујући статистички подаци о броју решених спорова ради поништаја отказа на нивоу основних судова за 1981, 1997. и 2006. годину¹⁷⁵⁸.

Табела бр. 3

Параметар	1981.	1997.	2006.
Прилив предмета	145.972	320.362	231.588
Решено за 1 месец	50.307	62.765	65.308
Решено од 1-3 месеца	57.592	123.601	97.258
Решено од 3-6 месеци	23.817	65.117	46.090
Решено од 6-12 месеци	10.589	53.487	27.261
Решено за више од 12 месеци	1.571	23.395	6.811

3.7.3. Правила о хитном решавању радних спорова у италијанском праву

Начело хитности представља битно обележје и у италијанском праву, у ком циљу (1) је прописана концентрација доказног поступка, (2) утврђени су кратки рокови за предузимање процесних радњи, (3) предвиђена је извршност првостепене

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, стр. 154-155.

¹⁷⁵⁷ М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 49.

¹⁷⁵⁸ Нав. према: М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 158.

одлуке пре правноснажности и (4) прописано је мериторно одлучивање другостепеног суда. Првостепени поступак требало би да, у складу са тим правилима, буде окончан у року од 60-70 дана по подношењу тужбе, али се у литератури ипак констатује да се у пракси овај рок постиже само у северној Италији, под условом да судови имају довољан број судија и помоћног особља¹⁷⁵⁹.

Концентрација доказног поступка подразумева пуну примену *истражног начела*, које подразумева значајна овлашћења судије да прикупља доказе које странке нису предложиле, што значи да позива нове сведоке, наређује тзв. слободно испитивање странака, наређује увиђај на радном месту, захтева усмена или писана изјашњења синдикалних представника и слично. *Начело усмености* такође преовлађује у поступку, те у том погледу радни спор наликује кривичним поступцима, а судија објављује пресуду одмах по закључењу расправе¹⁷⁶⁰.

Кратки рокови за предузимање процесних радњи манифестују се почев од подношења тужбе, будући да писарница мора у року од пет дана расписати позив за рочиште, на коме странке морају бити лично присутне, с тим што између подношења тужбе и дана одржавања рочишта не сме проћи више од 60 дана. Тужба са позивом за рочиште мора бити достављена туженом у року од 10 дана од заказивања, а најкасније 30 дана пре рочишта. Тужени мора поднети одговор на тужбу најкасније 10 дана пре одржавања рочишта, у ком року мора поднети и евентуалну противтужбу. Одговор на тужбу мора бити конкретан, садржати све чињеничне наводе и доказне предлоге, те процесне и материјалне приговоре, под претњом новчаног кажњавања. Уколико тужени поднесе противтужбу, рочиште се одлаже за најдуже 50 дана, с тим што у року од 10 дана од презаказивања, а најкасније 25 дана пре рочишта, тужиоцу морају бити достављени противтужба и позив за ново рочиште. Рокови су преклузивни.¹⁷⁶¹

Извршност првостепене пресуде пре правноснажности се по аутоматизму односи се на пресуде којима је наређено враћање на рад и на новчана потраживања из радног односа¹⁷⁶².

¹⁷⁵⁹ Т. Треу, *оп. cit.*, стр. 150.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*

¹⁷⁶¹ М. Стојановић, *оп. cit.*, стр. 89-91.

¹⁷⁶² Т. Треу, *оп. cit.*, стр. 150.

3.7.4. Правила о хитном решавању радних спорова у хрватском праву

У хрватском праву се поступци у парницама из радних односа третирају као посебно хитни и у том циљу закон прописује (1) краће рокове за предузимање појединих процесних радњи и (2) рокове у којима мора бити окончан првостепени и другостепени поступак.

Скраћени су *рокови за одговор на тужбу и жалбу*, који износе *осам дана*. Главно *рочиште* мора бити одржано у року од *30 дана* од достављања одговора на тужбу. *Првостепени* поступак мора бити окончан у року од *шест месеци* од пријема тужбе, а *другостепени* суд је дужан да одлучи о жалби, у року од *30 дана* од њеног пријема¹⁷⁶³.

3.8. Границе судске контроле у споровима поводом колективних отпуштања

3.8.1. Уводна разматрања

Нема никакве сумње да суд има овлашћење да у радним споровима насталим у вези са колективним отпуштањима испитује да ли је послодавац испунио све своје обавезе предвиђене хетерономним и аутономним изворима права и да ли су разлози престанка потребе које је послодавац декларисао стварни или је институт колективног отпуштања злоупотребљен ради остварења других циљева.

Међутим, неспорно право послодавца, засновано на гаранцијама слободе предузетништва, да у вршењу својих управљачких овлашћења доноси пословне одлуке које посредно или непосредно резултирају настанком вишка запослених и колективним отпуштањима, отвара комплексно питање које гласи: *Да ли судије, приликом процене допуштености отказа запосленом у поступку колективног отпуштања, "могу улазити у меритум послодавчеве одлуке*, тј. да ли се судска контрола ограничава само на верификацију постојања економских, техничких, технолошких, организационих, производних или других промена у предузећу које је послодавац означио као узрок отпуштања или се, пак, судије могу одредити и према (не)подесности отказа и томе да ли је он био (не)сразмеран овим променама у предузећу?"¹⁷⁶⁴

Ово осетљиво питање било је предмет живе дебате приликом припреме Конвенције МОП бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, али

¹⁷⁶³ *Zakon o parničnom postupku Republike Hrvatske*, чл. 434.

¹⁷⁶⁴ Д. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 410.

како није могла бити постигнута сагласност услед значајних разлика између националних прописа и праксе држава чланица, коначно усвојеном верзијом прописано је да ће у случајевима престанка радног односа због оперативних потреба предузећа, установе или службе, надлежна тела бити овлашћена да утврде да ли је до престанка радног односа стварно дошло из тих разлога, али у којој ће међу осталим бити овлашћена и да одлучују да ли су ти разлози довољни да оправдају тај престанак радног односа утврдиће се законом, прописима или на други начин сагласан националној пракси¹⁷⁶⁵.

3.8.2. Овлашћења француских судова да испитују пословне одлуке послодаваца

Велики ауторитет судова и широка овлашћења судија у радним споровима представљају маркантно обележје француског права, које је битно утицало на еволуцију француског законодавства, с обзиром да је креативна херменеутика француске јуриспруденције стварала нове институте који су потом неретко инкорпорирани у законске текстове. Ову тврдњу непосредно доказује већ сама дефиниција отказа из економских разлога, с обзиром да су два од укупно четири узрока престанка потребе за обављањем послова или трансформацијом послова дефинисана управо у јуриспруденцији француског Касационог суда, која је поред два иницијално прописана, који се састоје у наступању (1) економских тешкоћа и (2) технолошких промена, додала (3) реорганизацију или реструктурирање компаније и (4) престанак активности компаније, који су законским реформама из 2016. године инкорпорирани у Законик о раду¹⁷⁶⁶, а како се у француској правној теорији истиче, чињеница да законодавац не наводи таксативно узроке престанка потребе за обављањем послова или њиховом трансформацијом, већ користи термин "превасходно"¹⁷⁶⁷ даје основа за претпоставку да јуриспруденција Касационог суда може списак прописаних узрока још накнадно проширити¹⁷⁶⁸.

¹⁷⁶⁵ Конвенција МОП бр. 158, чл. 9, ст. 1 и 3 у вези са чл. 8 ст 1. и чл. 1. Комитет експерата за примену конвенција и препорука наводи да је у фази припреме Конвенције бр. 158 оцењено као целесходно да се ово питање препусти ингеренцијама држава чланица, с обзиром на различита решења овог питања у националним законодавствима. Интересантан је податак да је током припреме Конвенције било предлога да се предвиди надлежност одређеног тела да пре отпуштања цени оправданост отказа узрокованих оперативним потребама послодавца, али да исти није прихваћен, што није препрека да такав механизам буде предвиђен унутрашњим законодавствима држава чланица које га оцене целесходним. ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, параграф 214-217.

¹⁷⁶⁶ Ово је учињено веома оспораваним Законом број 2016-1088 од 8. августа 2016. године, тзв. Ел Комријевим законом, којим је дефинисан појам "економских тешкоћа" које узрокују престанак постојања или трансформацију послова, са циљем смањивања улоге судова у оцени постојања економских разлога отказа, а у интересу повећања правне сигурности отказа уговора о раду. Нав. према: ILC, 82nd Session, 1995, *Protection against unjustified dismissal*, *op. cit.*, стр. 133.

¹⁷⁶⁷ *Code du travail*, L. 1233-3.

¹⁷⁶⁸ P. Lokiec, *op. cit.*, стр. 258.

Полазећи од концепције "стварног и оправданог разлога" (*réel et sérieux des motifs*), којом се тестира законитост и оправданост отказа, француски судови приликом оцене законитости и ваљаности отказа из економских разлога, не испитују само (1) формални аспект, односно да ли су у акту о отказу уговора о раду наведени материјални и каузални елементи који чине есенцију ове врсте отказа, већ и (2) *суштински аспект*, односно да ли су наведени материјални и каузални елементи по својој природи такви да чине и озбиљан разлог отказа¹⁷⁶⁹. И док испитивање постојања стварног разлога не даје суду простор да евалуира целисходност одлуке послодавца, будући да је разлог отказа стваран ако (1) заиста постоје околности на које се послодавац позвао као разлог отказа, (2) наведене околности представљају стварне, а не фиктивне разлоге отказа и ако је (3) разлог отказа објективног карактера, доказив проверивим чињеницама независним од субјективне воље и арбитрерне процене послодавца, *дотле испитивање да ли је разлог озбиљан даје непосредан простор судији да евалуира пословне одлуке послодавца, с обзиром да постојање озбиљног разлога подразумева процену да ли су разлози којима се послодавац руководи, довољно озбиљни да оправдају отпуштање*, односно да ли је отказ неопходан ради спречавања настанка штете за компанију.¹⁷⁷⁰

Применом концепције стварног и озбиљног разлога француски судови имају овлашћење да испитају да ли су пословни циљеви које је послодавац имао у виду оправдани у контексту негативних последица које имају за запослене. То не подразумева овлашћење суда да мериторно утврђује адекватност или целисходност мера послодавца предузетих у оквиру управљања предузећем и да даје упутства о садржини пословних одлука послодавца, али *даје овлашћење суду да испита сразмерност отказа или измене уговорених услова рада са правно декларисаним циљем који послодавац намерава да постигне*, тако да, уколико се утврди очигледна несразмера између наведеног циља и жртве која се намеће запосленима, суд има право да утврди да је одлука нерационална, а отказ незаконит¹⁷⁷¹.

Полазећи од наведеног, *једно од најспорнијих питања у јуриспруденцији француских судова је питање оправданости економских отпуштања и циљу заштите угрожене*

¹⁷⁶⁹ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 132.

¹⁷⁷⁰ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 160-161.

¹⁷⁷¹ Скоро идентичан концепт присутан је у шпанском праву, где се Врховни суд Шпаније изричито изјашњава да судска контрола треба да се протеже изван прихватања "разлога" као чињенице, већ треба да представља разумно преносивање предузетих мера и да у том смислу понуди троструку пројекцију, која би се односила на (1) *постојање* законом прописаног разлога који оправдава отпуштање, (2) *адекватност* предузете мере у том смислу да мера мора да кореспондира сврси ради које је предузета и, коначно, (3) *рационалност* мере, у том смислу да пословну меру којој недостаје елемент пропорционалности не би требало сматрати законитом. Овим схватањем образложена је Пресуда Врховног суда Шпаније у предмету 32/2014 од 17. јула 2014. године. Нав. према: A. de la Puebla Pinilla, *op. cit.*, стр. 30-31.

конкурентности у ситуацији када се предузеће не налази у економским тешкоћама, где присталице слободе предузетништва сматрају недопустивим било какво мешање судија у управљање предузећем, оцењујући да конкуритивност предузећа не треба да буде у сфери њиховог интересовања, док присталице стабилности запослења заговарају заштиту посла као приоритет у односу на било какве економске циљеве. Према преовлађујућој судској пракси, критеријум очувања конкурентности не може представљати универзално оправдање за економска отпуштања, тако да им успешна предузећа не могу прибећи ако је једини циљ смањење трошкова пословања.¹⁷⁷² Стога се, према становишту Касационог суда, неће сматрати неопходном реорганизацијом ради заштите конкуритивности, промена радног времена запослених уведена да би се удовољило захтевима клијената¹⁷⁷³, као ни реорганизација диктирана бригом да се смањи продајна маржа¹⁷⁷⁴ или жељом за повећањем профита¹⁷⁷⁵. Полазећи од становишта да отпуштање запослених треба да буде последња мера у случају економских тешкоћа, технолошких промена и реорганизације¹⁷⁷⁶, Уставни савет је такође оценио да послодавац не може прибегавати колективним отпуштањима да би унапредио конкурентност предузећа, већ само да би је одржао, нити може да на штету отпушта запослене да би увећавао профит.¹⁷⁷⁷

Насупрот наведеним ригиднијим схватањима, у познатој и већ коментарисаној пресуди *Pages Jaunes* ("Жуте стране"), Касациони суд је изразио став да послодавац има право да превенира надлазеће економске тешкоће тако што ће, на пример, одређеном броју запослених понудити измену уговора о раду како би их пребацио на интернетске активности¹⁷⁷⁸, с тим што је дужан да докаже претњу по конкуритивност предузећа.¹⁷⁷⁹

Сличан, донекле либералан став, Касациони суд је изразио и у пресуди *SAT*, која се тичала предузећа које се приликом избора три могуће врсте реорганизације, одлучило за најнеповољнију у погледу очувања запослења. Касациони суд је стао на становиште да се избор послодавца не може оспоравати, јер послодавац има право одлучивања у погледу начина реорганизације ради очувања конкурентности и стога,

¹⁷⁷² P. Lokiec, *op. cit.*, стр. 259.

¹⁷⁷³ Soc. 2. oct. 1997, *JSL*, 1997, n. 1-2, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

¹⁷⁷⁴ Soc. 9. dec. 2003, *Dr. soc.*, 2004, p. 210, note Ph. Waquet, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ Soc. 30. sept. 1997, *Bull. civ. V*, n. 177, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*

¹⁷⁷⁶ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*, стр. 352.

¹⁷⁷⁷ V. *Conseil constitutionnel, décision du 12 janvier 2002*, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*

¹⁷⁷⁸ Soc. 11. janv. 2006, n. 04-46201 et 05-40977, *Bull. civ. V*, n. 10, *Dr. soc.* 2006, p. 138, нав. према: A. Cœuret, B.

Gauriau, M. Michel, *op. cit.*

¹⁷⁷⁹ Soc. 21. fevr. 2007, n. 04-48795; Soc. 31 mai 2006, n. 04-47376, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*

између више опција реорганизације које воде том циљу, послодавац има право избора. Стога је Касациони суд оценио да судија нема право контроле избора између више могућих опција под условом да је свака од њих адекватна, односно оправдана. Касациони суд је констатовао да овлашћење судије да, испитујући постојање озбиљности економских разлога за отказ, утврди однос између економске ситуације у предузећу и планираних мера послодавца, које се тичу запослења или уговора о раду, не даје право судији да се стави на место послодавца у погледу избора начина реорганизације, те да судска контрола економског разлога и његове природе више представља контролу "разумности" него контролу подесности.¹⁷⁸⁰ У истом духу, Касациони суд је оценио да је судија овлашћен да утврди да ли је престанак потребе за одређеним пословима резултат економских тешкоћа или грубог немара, односно злоупотребе права од стране послодавца¹⁷⁸¹.

Из претходних разматрања произилази закључак да француски судови имају прилично широка овлашћења да, приликом оцене стварних и озбиљних разлога за отказ уговора о раду, преиспитују пословне одлуке послодавца, као и да у судској пракси не постоји јединствени став по питању опсега судијских овлашћења у том погледу. Ово је, као што је већ било речи, био повод законодавним настојањима да у што већој мери прецизирају разлоге који оправдавају отказе из економских разлога и тиме сузе простор за креативна тумачења француских судија, с обзиром на оцене да неконзистентни ставови јуриспруденције воде високом степену правне несигурности, што послодавце принуђене на колективна отпуштања доводи у непотребно тежак положај.

3.8.3. Овлашћења немачких судово да испитују пословне одлуке послодавца

Према *немачкој доктрини и јуриспруденцији*, постојање разлога за пословно условљен отказ није подобно за исцрпно испитивање у судском поступку¹⁷⁸². Ово стога што се у немачком праву сматра да гаранција слободе предузетништва представља препреку судском преиспитивању економске целисходности (*wirtschaftlich sinnvoll*) и контроли делотворности (*Effizienzkontrolle*) поступања послодавца. У том смислу, као што је послодавац, при ступању у уговорни однос, слободно донео

¹⁷⁸⁰ Soc. 8 juill. 2009, Bull. civ. V, n. 173., Ass. plen., 8 dec. 2000, Bull. civ. AP n. 11, affaire SAT, нав. према: P. Lokiec, *op. cit.*, стр. 259-260.

¹⁷⁸¹ Soc. 26 fevr. 1992, RJS 4/92, n. 422, нав. према: A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*, стр. 352.

¹⁷⁸² Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 384.

одлуку о потреби запошљавања, тако он може донети и одлуку да је та потреба престала¹⁷⁸³. Стога, за разлику од француских, немачки судови немају широка овлашћења за контролу и оцену економских, односно пословних одлука послодаваца које за последицу имају настанак вишка запослених. То практично значи да *судови не смеју вршити опште одмеравање интереса, односно утврђивати однос између предности које отказ доноси послодавцу и штетних последица отказа за радника*, будући да послодавац сноси економски ризик за рационално организовање и уређење предузећа, који му даје и право да слободно доноси одлуке о економским мерама. У том смислу, *у немачкој јуриспруденцији се, за разлику од француске, одлука послодавца која има за циљ даље повећање добити предузећа не сматра неоправданим разлогом за колективна отпуштања*, јер је остваривање добити једна од уставом заштићених сврха предузетништва.¹⁷⁸⁴

Предузетничка слобода ипак није апсолутна, већ подлеже двама врстама контроле у судском поступку, и то: (1) контроли законитости и (2) контроли постојања злоупотребе.

Контрола законитости (Rechtskontrolle) подразумева овлашћење суда да преиспита спроводивост одлуке (*Durchführbarkeit*), односно да провери да спровођење одлуке није у супротности са императивним законским нормама, одредбама тарифног уговора или уговора о раду, као и да је предузетничка одлука била донета у моменту изрицања отказа запосленом.¹⁷⁸⁵ Ова врста контроле подразумева дакле *проверу објективне усаглашености одлуке са позитивноправним нормама* и њену следствену подобност за постојање у правном промету, без залажења у мотиве њеног доношења.

Контрола злоупотребе (Missbrauchkontrolle) представља овлашћење суда да испита да ли је намеравана мера очигледно неодговарајућа (*unsachlich*), неразборита (*unvernünftig*) или произвољна (*willkürlich*)¹⁷⁸⁶. Приликом ове врсте контроле, суд испитује *субјективан однос доносиоца пословне одлуке*, односно мотиве за њено доношење, *не улазећи у њену целисходност и пословну делотворност*. Савезни радни суд се у својој јуриспруденцији посебно бавио питањем злоупотреба у вези са одлукама о преносу послова предузећа на трећа лица. У том смислу је заузео став да *злоупотреба постоји у случају када послодавац подели предузеће на више организационих делова, који представљају засебне*

¹⁷⁸³ Günter Schaub, "Personalabbau im Betrieb und neueste Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht, insbesondere zur betriebsbedingten Kündigung", Betriebs-Berater (BB), 48 (1993), 16, стр. 1091. Нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁷⁸⁴ R. Santagata, *op. cit.*, стр. 16.

¹⁷⁸⁵ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 199.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

ентитете, без икаквог другог разлога осим да запослене лиши правне заштите прописане за случај колективних отпуштања и био "слободан" да их отпусти по једноставнијој процедури.¹⁷⁸⁷ Поред тога, у правној литератури се издваја и пресуда из новије јуриспруденције Савезног радног суда, којом је тај суд утврдио незаконитом предузетничку одлуку којом је предвиђено да ће део предузећа, одељење сервисних служби клинике за реуматске болести, престати са радом, услед чега су запослени у том одељењу постали вишак, да би након тога било основано посебно привредно друштво (*Organgesellschaft*), ради обављања исте делатности, које је финансијски, економски и организационо потпуно инкорпорирано у матично предузеће, те су запослени нови радници. Суд је оценио да *избор новог предузетничког концепта, којим се смањују трошкови, али се не мења ништа у производном процесу, већ се само узрокује губитак радних места, за којима ће касније постојати потреба, иако у нешто мањем опсегу, представља злоупотребу*, јер је циљ такве организационе промене био искључиво избегавање примене правила о заштити од отказа, те слободно отпуштање радника, како би се касније запослили нови, слабије плаћени радници.¹⁷⁸⁸ Поред наведеног, у јуриспруденцији Савезног радног суда заузет је став да, како отказ сам по себи не представља слободну предузетничку одлуку већ само последицу њеног спровођења, у случају када се одлука о организационој промени и одлука о отказу практично поклапају, сматра се да предузетничка одлука није утемељена на стварним разлозима. Стога је послодавац који донесе ову врсту предузетничке одлуке, чији се садржај односи искључиво на смањење броја радника, дужан да образложи и докаже у којој мери намерава да смањи број запослених и како ће исти посао обављати преостали радници, а да их не оптерети прековременим радом.¹⁷⁸⁹

3.8.4. Овлашћења италијанских судова да испитују пословне одлуке послодаваца

Овлашћења суда да преиспитује пословне одлуке послодавца које резултирају колективним отпуштањима ограничена су и у *италијанском праву*. Судија не може преиспитивати ваљаност разлога који су довели до смањења броја запослених, нити запослени може захтевати од суда да утврди да ли је смањење или измена делатности или

¹⁷⁸⁷ BAG 12.2.2004, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ BAG 26.9.2002, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.* Ауторка указује да неки аутори ову пресуду сматрају једном од најважнијих у последњих 15 година, док неки аутори указују да је њено образложење проблематично.

¹⁷⁸⁹ BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.; BAG 19.6.1999, AP Nr. 101, 102 zu § 1 KSchG 1969 *Betriebsbedingte Kündigung*. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 200.

пословних активности у складу са стварним и објективним потребама¹⁷⁹⁰, будући да за наведено није предвиђена судска контрола¹⁷⁹¹. Наиме, закон¹⁷⁹² прописује да је колективно отпуштање последица смањења или измене, односно престанка обављања делатности или одређених пословних активности, које подлеже посебној процедури, али не придаје никакав правни значај разлозима имплементације мера које воде настанку вишка запослених. Ово стога што су, према преовлађујућем мишљењу, пословне одлуке послодавца које се рефлектују на радноправни положај запослених аболирани од судске контроле гаранцијом слободе предузетништва¹⁷⁹³. Дакле, мере које за последицу имају колективна отпуштања морају бити стварне, али разлози њиховог усвајања немају никакав утицај на законитост и оправданост отпуштања. То значи да одлуке управе којима се уводе наведене мере могу бити економски погрешне, потпуно неоправдане, па чак и неразумне, али то ни на који начин неће утицати на допуштеност колективног отпуштања, нити може бити разлог оспоравања отказа. Судска контрола колективног отпуштања је стога ограничена на: (1) утврђивање каузалне везе између смањења, измене или престанка обављања делатности или пословних операција и одлуке о колективном отпуштању, са циљем потврђивања да су откази заиста последица наведених мера и да су отпуштени они запослени чији су послови њима обухваћени; (2) утврђивање законитости процедуре колективног отпуштања и (3) утврђивање правилности примене критеријума за селекцију вишка запослених.¹⁷⁹⁴

Како се истиче у правној теорији, италијански легислатор је, уместо судске контроле легитимитета пословних одлука послодавца, тежиште контроле пребацио на претходну фазу информисања и консултовања синдиката у поступку колективног отпуштања, у коме послодавац има обавезу да синдикату објасни разлоге колективног отпуштања и да са синдикатом преговара о условима колективног отпуштања¹⁷⁹⁵.

¹⁷⁹⁰ *Corte di Cassazione*, n. 4653/2009; 19576/2013. Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 263.

¹⁷⁹¹ *Corte di Cassazione*, n. 82/2009; 5145/2013. Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*

¹⁷⁹² *Legge n. 223/1991*, чл. 24.

¹⁷⁹³ С. Bruni, *op. cit.*, стр. 8. Аутор указује да наведено произилази из члана 30 став 1 Закона број 183/2010, према коме је вршење овлашћења послодавца на пренос или гашење компаније, посебно изузето из судске контроле, у складу са општим принципима, а такође не може бити ни предмет оцене од стране синдиката са аспекта техничке, организационе или производне оправданости одлуке послодавца.

¹⁷⁹⁴ F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 252-253, 263-264.

¹⁷⁹⁵ *Corte di Cassazione*, n. 10126/2012. Нав. према: F. Curcuruto, *op. cit.*

3.8.5. Овлашћења хрватских судова да испитују пословне одлуке послодавца

У хрватској правној теорији и јуриспруденцији се, по угледу на немачко право, сматра да суд нема овлашћење да испитује предузетничку одлуку послодавца, односно њену целисходност и делотворност. У том смислу проф. Поточњак указује да, "иако је утврђивање постојања разлога за отказ у сваком случају подобно за испитивање и оцењивање у судском поступку, јер је суд овлашћен да утврди недопуштеноост отказа ако за њега нису постојали социјално оправдани законом утврђени разлози, судско утврђивање тих разлога не сме довести до таквог ограничења слободе предузетништва, које би претворило судије у особе које одлучују о пословној политици предузећа у вези са радницима."¹⁷⁹⁶

У јуриспруденцији хрватских судова заузет је сличан став, тако да се судови углавном не упуштају у разматрање оправданости оцене послодавца о престанку потребе за радом радника¹⁷⁹⁷. Тако је Врховни суд Републике Хрватске заузео став да је право послодавца да одлучује о организацији пословања (доношењу и промени систематизације послова), што укључује и право на оснивање и укидање појединих радних места¹⁷⁹⁸. Притом, *не само пословање са губитком, већ и жеља послодавца да смањи трошкове ради повећања добити, представљају оправдани разлог за отказ*¹⁷⁹⁹. Такође, судови су оценили да и смањење тржишта, непрофитабилност одређене делатности или неког радног места у одређеним привредним околностима оправдавају пословно условљени отказ уговора о раду¹⁸⁰⁰.

Сходно томе, *судска контрола допуштеноости (законитости, ништавости) отказа је у хрватској јуриспруденцији више усмерена на формалне аспекте допуштеноости отказа и на спречавање послодавца да злоупотребавају право на отказ уговора о раду*. У том смислу сматра се недопуштеним пословно условљен отказ уколико послодавац истовремено са давањем отказа једном раднику, на истим пословима запосли другог радника, а ни и из других околности не произилази да је престала потреба за обављањем послова које је обављао радник који је добио отказ¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁶ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 384.

¹⁷⁹⁷ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu" (2017), *op. cit.*, стр. 14.

¹⁷⁹⁸ VSRH, Revr-1177/11 od 22.5.2012, нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*, стр. 13.

¹⁷⁹⁹ ŽS Zagreb, Gžr-2658/09 od 11.12.2012., нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁸⁰⁰ Darko Milković, "Prestanak ugovora o radu", у: Predrag Bejaković и др., *Zakon o radu s komentarima i tumačenjima. Zagreb: Tim press, 2014.*, стр. 238. Нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁸⁰¹ VSRH, Revr-361/04-2 od 19.5.2005.; VSRH, Revr-648/07 od 22.4.2009. Нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

3.9. Правне последице одлуке суда о незаконности отказа

3.9.1. Враћање на рад или накнада штете као алтернатива враћању на рад

3.9.1.1. Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у француском праву

У француском праву враћање на рад могуће је уколико је отказ поништен због (1) *одсуства стварног и озбиљног разлога* или је утврђена (2) *ништавост отказа* због његове дискриминаторске природе или постојања других разлога ништавости.

У *првој ситуацији*, када се отказ поништи као неоправдан, *враћање на рад не представља обавезу, већ искључиво могућност, подложну сагласности обе стране у спору*, што је последица чињенице да се отказ не сматра ништавим и стога нема ретроактивно дејство које би имплицирало реинтеграцију у радни однос. У овом случају судија може предложити враћање запосленог на рад уз задржавање стечених права, али уколико било која од страна одбије предложену реинтеграцију, судија ће послодавцу наложити да уместо враћања на рад запосленом исплати накнаду штете у оквиру законом прописаног распона, који зависи од укупног броја запослених код послодавца и дужине трајања радног односа запосленог код послодавца, тако да (1) код послодавца са мање од 11 запослених, минимална накнада штете износи половину бруто зараде запосленог са навршеном једном годином стажа код послодавца, а максимална накнада штете износи две и по бруто зараде запосленог са навршених девет и више година стажа код послодавца, док су (2) код послодавца који ангажују најмање 11 запослених, распони накнаде штете утврђени у вишим износима, тако да минимални износ представља једна месечна бруто зарада запосленог са навршеном једном годином стажа, док максимум представља 20 бруто зарада, за запослене који имају навршених 29 година стажа. Судији је дат мандат да износ отпремнине који је запослени примио приликом отказа урачуна у износ досуђене накнаде штете, с тим да укупно досуђени износ не може прећи законом прописани максимум накнаде¹⁸⁰².

¹⁸⁰² *Code du travail*, L. 1235-3. До законских измена из марта 2018. године, минимални износ накнаде штете коју је радни суд могао да наложи послодавцу у случају отказа без озбиљног и стварног разлога износио је шест зарада запосленог, уколико је запослени био најмање две године у радном односу код послодавца који има најмање 11 запослених, док горњи лимит није био законом прописан. Законом није био прописан минимални и максимални износ штете у случају отказа без озбиљног и стварног разлога код послодавца који запошљава мање од 11 запослених, као ни када запослени нема навршене две године у радном односу код послодавца, већ је одређивање износа накнаде било ствар дискреционе оцене суда. У литератури се указује да је једна од кључних мера Макронове реформе Законика о раду била управо ограничење висине штете која је последица отпуштања без озбиљног и стварног разлога, са циљем постизања: (1) веће предвидљивости трошкова отказа, јер компаније

Друга ситуација настаје када се током поступка утврди да је отказ био ништав, због: (1) дискриминације, (2) кршења фундаменталних људских права и слобода, (3) злостављања, узнемиравања и сексуалног узнемиравања, (4) постојања каузалне везе између отказа и обављања функције представника запослених током трајања мандата, (5) повреде правила о заштити одређених категорија запослених од отказа, превасходно због трудноће, породилског одсуства или одсуства због привремене спречености на раду услед професионалног обољења или болести, или (6) других разлога који за последицу имају ништавост отказа¹⁸⁰³. *Реинтеграција у овом случају настаје као непосредна правна последица ништавости*, с обзиром на фикцију да ништав акт није произвео никакво правно дејство. Стога је у овој ситуацији суд дужан да нареди враћање запосленог на рад, уколико је то објективно могуће, што може бити случај код колективних отпуштања¹⁸⁰⁴, а послодавац нема право да се истом противи. Уколико запослени, који је отпуштен по неком од ништавих основа, одбије реинтеграцију, има право на накнаду штете уместо реинтеграције, али износ те накнаде не подлеже ограничењима која се односе на отказ без стварног и озбиљног разлога, већ суд има дискреционо овлашћење да у том случају самостално одреди износ накнаде штете, који ни у ком случају не може бити нижи од шест зарада запосленог¹⁸⁰⁵.

3.9.1.2. Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у немачком праву

У немачком праву се отказ који је дат супротно закону сматра ништавим, при чему је ништавост *ex lege*, коју суд само утврђује својом одлуком. Утврђење ништавости делује ретроактивно, *ex tunc*, тако да отказ не производи никакво правно дејство, а радни однос се враћа у пређашње стање које је постојало пре незаконитог отказа. Реституција се постиже мером враћања запосленог на рад, коју суд налаже

могу да у оквиру прописаних распона одреде финансијски ризик престанка радног односа, што није било могуће када је судија имао дискреционо право одређивања износа накнаде штете, као и (2) општег смањења трошкова судских спорова, с обзиром да је минимални износ штете која се може досудити запосленом преполовљен (са минималног износа од шест бруто зарада на минимум који варира између 0 и три бруто зараде), те да је максимални износ који се може досудити ограничен на 20 бруто зарада. Нав. према: R. Sands, *op. cit.*, стр. 4-5.

¹⁸⁰³ Иако је ништавост, у принципу, могуће утврдити само када је изричито прописана као санкција за одређено кршење прописа, суд има право да ништавост утврди и када она није изричито прописана, али је реч о повреди фундаменталних права, или других императивних прописа, који чине отказ супротан закону. Ова врста последице настаје увек када је уговор о раду отказан представнику запослених без сагласности инспекције рада или када је издата сагласност накнадно поништена и представник запослених има право на реинтеграцију у радни однос, без могућности послодавца да исту одбије. Нав. према: J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 166-167.

¹⁸⁰⁴ *Code du travail*, L. 1235-11. Овај члан, који је измењен у септембру 2017. године, прописује да када судија утврди да је до отпуштања дошло из разлога који се сматрају ништавим, може наредити наставак уговора о раду или изрећи ништавост отказа и наредити враћање запосленог на рад, на његов захтев, осим ако је реинтеграција постала немогућа, посебно због затварања организационог дела или места рада или недостатка расположивог запослења.

¹⁸⁰⁵ *Code du travail*, L. 1235-11.

послодавцу а послодавац је дужан да по том налогу поступи.¹⁸⁰⁶

С обзиром да је враћање на рад примарна последица ништавости, запослени који је незаконито отпуштен *има право да се врати на рад*¹⁸⁰⁷, чак и ако тај захтев није поднео у тужби ради поништаја отказа¹⁸⁰⁸. Мера враћања на рад остварује се кроз *обавезу послодавца да запосленог прими у погон и да му његово радно место, односно омогући му да обавља рад под условима из дотадашњег уговорног односа*.¹⁸⁰⁹, што је такође непосредна последица ништавости.

Поред "класичног" враћања на рад као последице ништавости отказа, немачко право познаје и један специфичан модалитет враћања на рад, које је плод јуриспруденције Савезног радног суда из 1997. године. Ово враћање на рад не подразумева наставак незаконито прекинутог радног односа под непромењеним условима, већ *поновно заснивање радног односа и до њега може доћи код отказа из економских разлога који је био заснован на процени послодавца да након истека отказног рока више неће моћи да ангажује запослене, која се накнадно (током отказног рока) показала погрешном*. Враћање на рад у овом случају неће бити увек могуће, већ само ако су испуњени следећи услови: (1) да послодавац, ослањајући се на законитост отказа, није засновао радни однос са другим лицима и (2) да не би било неразумно обавезивати послодавца да врати запосленог у радни однос.¹⁸¹⁰

*Право на враћање на рад је, међутим, релативизовано установљавањем могућности за обе стране да све до окончања усмене расправе пред жалбеним судом захтевају судски раскид радног односа, у ком случају ће суд утврдити датум престанка радног односа*¹⁸¹¹ и обавезати послодавца да запосленом *уместо враћања на рад исплати накнаду штете* у износу који утврди суд, а која не може износити више од 12 зарада, осим код запослених са више од 50 година живота и најмање 15 година стажа, који имају право на 15 зарада и запослених који имају више од 55 година живота и најмање 20 година стажа, који имају право на до 18 зарада, под претпоставком да ове повлашћене категорије запослених на дан престанка радног односа нису стекле право на старосну

¹⁸⁰⁶ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 438-439.

¹⁸⁰⁷ §9 KSchG.

¹⁸⁰⁸ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 441.

¹⁸⁰⁹ BAG 19.1.1999, EzA Nr. 93 zu 615 BGB. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*

¹⁸¹⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 133.

¹⁸¹¹ §9 KSchG. Код судског раскида до престанка радног односа долази тек на основу одлуке суда, која је конститутивне природе (*Gestaltungsurteil*). У немачком праву прихваћено је њено ретроактивно дејство, тако да је суд дужан да у складу са §9(2) Закона о заштити од отказа као тренутак престанка радног односа одреди онај тренутак у коме би радни однос био раскинут да је отказ био социјално оправдан, односно законит. О уставности уређења судског раскида радног односа, посебно са аспекта ретроактивности дејства судске одлуке, расправљао је исто и позитивно оценио немачки Уставни суд. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 451.

пензију¹⁸¹².

Conditio sine qua non за судски раскид уговора о раду је претходно *утврђивање да је отказ био недопуштен*, тако да радни однос отказом није престао. Терет доказивања основаности судског раскида уговора је на предлагачу.¹⁸¹³

Запослени може да захтева судски раскид уговора о раду ако му *није прихватљиво да настави радни однос*.¹⁸¹⁴ Разлози на којима се овај захтев заснива морају бити у корелацији са отказом (врстом отказа и понашањем послодавца приликом отказа), поступком заштите од недопуштеног отказа, или другим радњама послодавца или трећих лица које је послодавац одобрио.¹⁸¹⁵ *Послодавац може да захтева судски раскид* ако постоје важни разлози због којих се *не може очекивати даља сарадња између послодавца и запосленог која служи циљевима предузећа (den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit)*, чиме су, како се у правној теорији указује, уз интересе радника и послодавца, за оцену постали битни и корпоративистички елементи, односно сврсисходност и корисност заједничког рада за предузеће. Разлози због којих се не може очекивати даља сарадња могу бити све околности које се односе на лични однос према запосленом, оцену његових личних и професионалних карактеристика, резултата рада или односа према повереним радним задацима и другим запосленима, односно разлог немогућности даље сарадње не мора бити везан за било какво скривљено понашање радника.¹⁸¹⁶ Изузетно од претходно наведеног, послодавац нема обавезу да на било који начин образлаже или доказује немогућност интеграције када је запослени у питању менаџер са овлашћењима да одлучује о запошљавању и отказима других запослених, с обзиром да се овде због посебног односа поверења оцењује презахтевним да се послодавац доводи у ситуацију да наводи разлоге због којих не жели враћање менаџера на рад¹⁸¹⁷.

Упркос чињеници да је новчана компензација уместо реинтеграције, када се досуђује на захтев послодавца, формално условљена постојањем околности које указују да се *не може очекивати "даља плодносна сарадња"*, послодавци у пракси, као што је већ претходно било речи, немају проблем да докажу постојање ове околности.

¹⁸¹² §10 KSchG.

¹⁸¹³ Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 453.

¹⁸¹⁴ §9(1) KSchG.

¹⁸¹⁵ У том смислу, запослени се, по правилу, не може позвати на разлоге које је сам скривно недопуштеним вршењем права и противно начелу савесности и поштења. Нав. према: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 454. Такође, запослени не може захтев засновати на ставу да му није прихватљиво враћање на послове који су различити од оних које је раније обављао, ако су исти у границама уговорених услова. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 475.

¹⁸¹⁶ S. Laleta, стр. 455. Истовремено, оправдани разлог за судски раскид уговора о раду не може представљати околност коју је послодавац сам несавесно проузроковао или ју је проузроковало треће лице за које он одговара.

¹⁸¹⁷ §14 KSchG.

Наведена околност, односно *висока вероватноћа судске одлуке којом ће запосленом уместо враћања на рад бити досуђена накнада штете, разлог је закључивања великог броја споразума већ на самом почетку првостепеног поступка*, с обзиром на кохерентан интерес послодавца и запосленог за оваквим исходом. Наиме, закључењем споразума послодавац избегава како ризик реинтеграције, тако и ризик накнаде изгубљених зарада, као последица незаконитог отказа, док запослени избегава ризик да му суд у складу са правним оквиром досуди нижи износ накнаде од оног који је послодавац спреман да понуди или чак и да не оствари никакву накнаду ако се отказ потврди као законит.¹⁸¹⁸ Према подацима који се наводе у литератури, *чак око 90% укупног броја радних спорова оконча се у првостепеном поступку закључењем споразума о престанку радног односа уз исплату отпремнине која је законом прописана као компензација уместо враћања на рад у случају незаконитог отказа, без утврђивања незаконитости отказа, што говори о томе да је у немачком правилу заправо реинтеграција од правила постала изузетак.*¹⁸¹⁹

У правној теорији се указује да је управо ова инфлација споразума који се постижу на самом почетку радног спора и мотивисала послодавца да законским новелама из 2004. године уведе могућност одрицања од тужбе уз исплату законом прописане компензације.¹⁸²⁰

3.9.1.3. Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у италијанском праву

У италијанском праву је питање реинтеграције и компензационе накнаде већ деценијама једно од најкотроверзнијих питања заштитног радног законодавства и предмет оштрих полемика између синдиката, послодавца и Владе, посебно у погледу одређивања случајева обавезне реинтеграције и категорија послодавца (с обзиром на укупан број запослених) на које се има примењивати. Ова ситуација је резултирала и низом легислативних измена у периоду од 1990. године до данас, које су се кретале од најригіднијих решења реинтеграције у свим случајевима поништаја отказа од стране послодавца са више од 15 запослених, без обзира да ли је реч о ништавом, неоправданом, или процесно мањкавом отказу, па до садашњег либералног решења, које приоритет даје исплати накнаде у законом максимизираним износима, док реинтеграцију прописује као изузетак који је

¹⁸¹⁸ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 132.

¹⁸¹⁹ Sher Verick, "Threshold Effects of Dismissal Protection Legislation in Germany", *IZA DP* No. 991, 2004, стр. 12; S. Laleta, *op. cit.*, стр. 398; M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*

¹⁸²⁰ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 133.

резервисан само за најтеже случајеве незаконитости.¹⁸²¹

Као једна од мера смањивања тензија између послодавачких и синдикалних организација, 2012. године је извршена легислативна интервенција у овој материји, тзв. *Монтијева реформа (Закон бр. 92/2012)*, којом је установљен веома комплексан систем последица незаконитости отказа, разврстаних на четири категорије према разлозима незаконитости отказа, од којих само две подразумевају реинтеграцију. Показало се, међутим, да тензије овим нису попустиле и да је наведени закон показао проблеме у примени, што је довело до нове законодавне интервенције, извршене 2015. године (*Уредбом бр. 23/2015 и Законом бр. 183/2014*), инициране углавном од стране послодаваца са циљем увођења већег степена флексибилности и правне сигурности у материју отказа уговора о раду. Међутим, како би се избегао отпор синдиката и левичарских партија који је пратио увођење новог, још флексибилнијег режима, постигнуто је "солонско решење", према коме се та регулатива примењује искључиво на отказе запосленима који су радни однос засновали после *7. марта 2015. године*, као датума либералних законских реформи, док се на отказе свим осталим запосленима примењује регулатива из 2012. године. Резултат тога је постојање два паралелна режима по питању правних последица незаконитости отказа, чија примена зависи од момента у коме је запослени засновао радни однос код послодавца.¹⁸²²

3.9.1.3.1. Права запослених који су радни однос засновали до 7. марта 2015. године

Ова категорија запослених има право на *реинтеграцију* искључиво у следећим случајевима: (1) *дискриминаторског* отказа, (2) *ништавости* отказа због супротности императивним законским нормама, (3) *усмено комуницираног отказа*, (4) незаконитости *дисциплинског отказа* услед непостојања или недовољности разлога које је послодавац ставио на терет запосленом, (5) незаконитости *економског отказа због непостојања декларисаних разлога* за престанак потребе за радом, у које се убрјаја и повреда критеријума за селекцију вишка запослених¹⁸²³ и (6) незаконитости отказа датом запосленом на боловању због *психофизичке неспособности за рад*.¹⁸²⁴

Запослени има право да се врати на рад у року од 30 дана, с тим што може да

¹⁸²¹ Опширније у: Т. Треу, *оп. cit.*, стр. 127-130.

¹⁸²² *Ibid.*, стр. 130-133.

¹⁸²³ F. Cuccuruto, *оп. cit.*, стр. 270.

¹⁸²⁴ Т. Треу, *оп. cit.*, стр. 131.

одбије реинтеграцију, у ком случају ће му се уместо враћања на рад досудити компензација у износу од 15 зарада.¹⁸²⁵

Уколико је, међутим, отказ дат без ваљаног отказног разлога, али ван круга разлога за које је изричито прописано право на реинтеграцију, запослени неће имати право на реинтеграцију, већ ће суд утврдити да је *радни однос престао* и досудиће запосленом накнаду штете у износу од *12 до 24 зараде*, руководећи се бројем запослених код послодавца, трајањем радног односа запосленог код послодавца, финансијском ситуацијом послодавца, као и понашањем странака.¹⁸²⁶

3.9.1.3.2. Права запослених који су радни однос засновали после 7. марта 2015. године

Право ове категорије запослених на *реинтеграцију* ограничено је на следеће случајеве: (1) *дискриминаторског* отказа, (2) *ништовности* отказа због супротности императивним законским нормама и (3) *усменог* отказа. Изузетно од овог правила, суд ће наредити реинтеграцију и код дисциплинског отказа који је заснован на непостојећим чињеницама које су као кључне стављене на терет запосленом.¹⁸²⁷

У свим осталим случајевима утврђивања да отказ није заснован на ваљаном разлогу, односно да није оправдан, запослени ће имати право само на накнаду штете коју одреди суд. Та накнада се различито одређује у зависности од величине послодавца, тако да: (1) код послодавца који има 15 и више запослених износи две месечне зараде по години стажа код послодавца, при чему *не може бити нижа од четири нити виша од 24 зараде запосленог*, док (2) код послодавца који има мање од 15 запослених износи једну месечну зарату по години стажа код послодавца, при чему *не може бити нижа од две нити виша од шест зарада запосленог*.¹⁸²⁸ У доктрини се износе оцене да, с обзиром да у светлу економске ситуације и стања индустријских плуралистичких односа у Италији није реално очекивати да концепт реинтеграције у радни однос поново заживи, треба створити правни оквир који би судовима дао овлашћења да у одређеним случајевима, досуде и више износе накнада, као

¹⁸²⁵ *Ibid.*

¹⁸²⁶ *Ibid.*, стр. 132.

¹⁸²⁷ *Ibid.*, стр. 132-133.

¹⁸²⁸ *Ibid.* У правној теорији се износе оцене да је неопходно успоставити баланс између дискрепанце у накнадама штете које могу остварити запослени у мањим предузећима у односу на запослене у средњим/великим предузећима, тако што би се капацитет послодавца за исплату накнаде оцењивао не само према броју запослених, већ и према вредности имовине и висини оперативног профита. Alberto Pizzoferrato, "The economic crisis and labour law reform in Italy", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2015, стр. 202.

заштитни механизам и брану од инфлације незаконитих отказа, посебно код реорганизација и реструктурирања, који се у одсуству реинтеграције морају спречавати високим накнадама¹⁸²⁹.

3.9.1.4. Право на реинтеграцију/компензациону накнаду у хрватском праву

У хрватском праву се, као и у немачком, *отказ који је дат супротно закону сматра ништивим*, што има за последицу враћање радног односа у стање у коме је био пре давања отказа, јер ништавост делује *ex tunc*. Након утврђења ништавости отказа радни однос се враћа у стање у коме би се налазио да отказ није ни дат.¹⁸³⁰ Став о ништавости је плод јуриспруденције хрватских судова, а произилази из формулације Закона о раду¹⁸³¹ према којој ће суд *наложити враћање радника на посао ако утврди да отказ послодавца није допуштен и да радни однос није престао*.¹⁸³²

За разлику од немачког права, где се враћање на рад подразумева и признаје запосленом и ако тужбом није то изричито тражио, у хрватском праву не постоји јединствен став по том питању, али у правној теорији и јуриспруденцији судова *преовлађује став да суд може да нареди враћање запосленог на рад само ако је запослени то тражио* и да није надлежан да по службеној дужности нареди враћање, што се превасходно објашњава приватноправном природом радног односа, обавезом суда да поступа у границама тужбеног захтева, као и чињеницом да закон који уређује извршни поступак везује враћање на рад за преклузивни рок¹⁸³³, који износи 60 дана¹⁸³⁴.

Одредбе хрватског Закона о раду о заштити од отказа се, како указује проф. Поточњак, темеље на *начелу чувања постојаности радног односа*, у складу са којим се у случају недопуштеног отказа заштита остварује повратком радника на послове на којима је претходно радио, а не накнадом штете коју трпи због незаконитог отказа.¹⁸³⁵ Уколико послодавац не изврши добровољно обавезу враћања запосленог на рад,

¹⁸²⁹ *Ibid.*, *op. cit.*, стр. 202.

¹⁸³⁰ *Ž. Potočnjak*, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 462.

¹⁸³¹ *Ibid.*; *S. Laleta, op. cit.*, стр. 439.

¹⁸³² ZRHR, чл. 124, ст. 1.

¹⁸³³ *Ž. Potočnjak*, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 462-463. Другачији ставови у: *S. Laleta, op. cit.*, стр. 440.

¹⁸³⁴ *Ovršni zakon*, чл. 268. С тим у вези се у хрватској теорији поставља и питање формулације тужбеног захтева за враћање на рад са аспекта послова на које запослени има право да се врати и у том погледу се истичу ставови да би, иако *недопуштеност отказа даје запосленам право реституције на исте послове*, оне које је обављао пре ништавог отказа, треба оставити *могућност да се тражи враћање на друге одговарајуће послове*, како би се избегао ризик неизвршности пресуде уколико у међувремену дође до укидања послова које је запослени обављао до отказа и на које гласи пресуда. Нав. према: *Ž. Potočnjak*, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 462.

¹⁸³⁵ *Ž. Potočnjak*, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 466. Проф. Поточњак наглашава у том погледу разлику између хрватског и немачког права, указујући да се накнада која компензује враћање на рад у хрватском праву сматра накнадом нематеријалне штете, а у немачком праву отпремнином (коју немачко право, да подсетимо, не познаје као давање везано за сам отказ уговора о раду).

исто ће се спровести принудним путем у извршном поступку, који мора бити покренут од стране запосленог у преклузивном року од 60 дана, под претњом губитка права. Послодавац који одбије враћање запосленог на рад изложен је новчаним казнама које се изричу у све већим износима до коначног спровођења извршења. Хрватски послодавци, како се констатује, нерадо враћају запослене на рад, због чега се знајан проценат враћања на рад спроводи принудним путем.¹⁸³⁶

Једини случај у коме је *могуће одступити од начела чувања постојаности радног односа је случај судског раскида радног односа.*¹⁸³⁷ У овом случају ће суд, након што утврди да је отказ био недопуштен, својом одлуком раскинути уговор о раду и одредити дан престанка радног односа, а уместо враћања на рад, раднику досудити накнаду нематеријалне штете, коју је послодавац дужан да исплати на терет својих средстава.

Conditio sine qua non за судски раскид радног односа је, као и у немачком праву, да суд утврди недопуштеност отказа. Суд о раскиду радног односа одлучује на захтев неке од странака, који мора бити поднет у форми тужбе (запослени), односно противтужбе (послодавац) најкасније до окончања главне расправе пред судом првог степена.¹⁸³⁸ Одлука суда је конститутивног карактера и истом се одређује дан престанка радног односа који, за разлику од ситуације у немачком праву, не мора бити ретроактивно одређен, већ хрватски судија има пуну слободу одређивања тог датума.¹⁸³⁹

Запослени захтев за исплату компензације уместо враћања на рад може поставити *уколико му "није прихватљиво наставити радни однос"*¹⁸⁴⁰, што се у јуриспруденцији хрватских судова веома широко тумачи, тако да постоји схватање да, уколико суд утврди недопуштеност отказа, а радник затражи доношење пресуде о судском раскиду уговора о раду, суд мора такву пресуду донети без испитивања било каквих даљих околности.¹⁸⁴¹

¹⁸³⁶ Више о овој теми у: S. Laleta, стр. 442-444.

¹⁸³⁷ ZRHR, чл. 125.

¹⁸³⁸ S. Laleta, *op. cit.*, стр. 452. Проф. Поточњак ипак сматра да би решење немачког права, према коме се захтев може истаћи до окончања усмене расправе пред жалбеним судом, било прикладније. Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 475.

¹⁸³⁹ Овај став је афирмисало Грађанско одељење Врховног суда Хрватске, које је на седници одржаној 2. новембра 2005. године изразило схватање да не треба унапред одредити дан са којим ће престати радни однос у случају судског раскида, већ да тај дан треба да одреди суд у сваком појединачном случају, зависно од околности. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 478.

¹⁸⁴⁰ ZRHR, чл. 125, ст. 1.

¹⁸⁴¹ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 475. Проф. Поточњак указује у том смислу на пресуду VSRH, Revr-323/04 од 16.4.2005. године, као и на пресуду VSRH, Revr-602/08 од 28.1.2009. године, којима је суд заузео став да је судски раскид законско право радника у случају недопуштеног отказа и да, стога, он није дужан да образлаже због чега му је наставак радног односа неприхватљив.

Захтев за исплату компензације уместо враћања на рад у случају утврђене недопуштености отказа може поднети и *послодавац*, али под строжијим условима у односу на запосленог, односно *само "ако постоје околности које оправдано упућују на то да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ."*¹⁸⁴² По мишљењу проф. Поточњака, та се разлика може оправдати чињеницом да је, с једне стране, циљ закона очување постојаности радног односа, као и да је, са друге стране, послодавац већ повредио закон на штету радника, дајући му недопуштени отказ¹⁸⁴³. Оправдани разлози који могу водити немогућности наставка радног односа могу се односити на понашање радника пре или након сазнања за отказ, као и у току судског поступка (на пример, врста и тежина радне обавезе који воде губитку поверења послодавца у радника¹⁸⁴⁴, нарушавање угледа послодавца у јавности након отказа, или увредљиво понашање према послодавцу у судском поступку), али и економске тешкоће у које је послодавац запао након отказа¹⁸⁴⁵ или организационе промене (на пример, укидање пословнице у којој је послодавац радио¹⁸⁴⁶), због којих му је немогуће да врати запосленог на рад.

Могућа је, наравно, и ситуација у којој ниједна страна не жели наставак радног односа, тако да обе поднесу захтеве у том правцу. Према мишљењима хрватске судске праксе и правне теорије, за разлику од немачке, суд неће моћи ни у том случају да по аутоматизму досуди компензацију, већ ће у сваком случају морати да претходно утврди да ли је отказ био недопуштен, као и да води рачуна да ли је реч о допуштеним диспозицијама странака у радном спору.¹⁸⁴⁷

У случају судског раскида отказа, суд ће запосленом, на његов захтев, досудити *накнаду штете у износу од најмање три, а највише осам прописаних или уговорених месечних зарада тог радника*, у зависности од трајања радног односа, старости запосленог, те обавезама издржавања које га терете¹⁸⁴⁸. *Накнада штете која је последица судског раскида уговора представља накнаду нематеријалне штете (због повреде права личности коју је радник претрпео због незаконитог отказа), која не искључује право на*

¹⁸⁴² ZRHR, čl. 125, st. 2.

¹⁸⁴³ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 477.

¹⁸⁴⁴ VSRH, Revr-115/09 од 29.4.2009, VSRH, Rev-2147/01 од 27.6.2002. Нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁸⁴⁵ Žs Zagreb, Gžr-1136/13 од 21.1.2014.

¹⁸⁴⁶ VSRH, Revr-560/09 од 2.12.2009.

¹⁸⁴⁷ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*

¹⁸⁴⁸ ZRHR, чл. 125, ст. 3. Проф. Поточњак наглашава да ће суд о накнади штете одлучивати само ако запослени такав захтев постави, без обзира на то ко је тражио судски раскид уговора, а не и по службеној дужности, као и да је такав захтев акцесоран у односу на захтев за судски раскид уговора и стога неподобан за одлучивање у посебној парници. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 47. С обзиром на решења овог питања у српском праву, интересантно је приметити да је хрватски легислатор ишао у правцу снижавања ове врсте накнаде штете, тако да је важећим хрватским Законом о раду снижен максимални износ накнаде штете са 18, колико је износио по претходном закону (видети у: S. Laleta, *op. cit.*, стр. 459), на свега осам месечних зарада.

накнаду зараде за период у коме радник није радио због недопуштеног отказа¹⁸⁴⁹. Међутим, у случају судског раскида уговора о раду, по ставу Врховног суда Хрватске, *запослени губи право на исплату отпремнине*, јер му у том случају радни однос престаје на основу одлуке суда, а не на основу отказа, који је према Закону о раду искључиви основ за исплату отпремнине.¹⁸⁵⁰

3.9.2. Накнада изгубљених зарада у периоду незапослености

3.9.2.1. Накнада изгубљених зарада у француском праву

У случају поништаја отказа због одсуства стварног и озбиљног разлога, запослени нема право на накнаду изгубљених зарада у периоду незапослености, без обзира да ли остварује право на реинтеграцију или то није случај, с обзиром да се такав отказ не сматра ништавим. Уколико се враћа на рад, запослени се реинтегрише у радни однос са стеченим правима, што значи да се неће сматрати да је повратком на рад засновао потпуно нови радни однос, већ ће се приликом признавања права из радног односа имати у виду његов претходни стаж код послодавца¹⁸⁵¹. Но у сваком случају,

запослени неће имати право да према послодавцу истиче захтев за накнаду изгубљених зарада у периоду након отказа уговора о раду.

С друге стране, запослени који се не врати на рад моћи ће да оствари право на накнаду штете уместо враћања на рад, без обзира да ли је судија предложио реинтеграцију као последицу поништаја отказа или не¹⁸⁵². Као што је већ претходно наведено, приликом одређивања ове накнаде суд мора да се креће у оквиру законом прописаних распона, који варирају у зависности од броја запослених код послодавца и дужине стажа запосленог код послодавца. У литератури се истиче да је правна природа ове накнаде хибридна и да она истовремено има сврху кажњавања послодавца који је запосленог отпустио без стварног и озбиљног разлога, али истовремено и накнаду штете због губитка претрпљеног услед неоправданог

¹⁸⁴⁹ ŽS Rijeka, Gž-1400/97 od 2.4.1998. године, нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 47.

¹⁸⁵⁰ VSRH, Rev-1890/01 od 6.5.2003. године, нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*

¹⁸⁵¹ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 165. Аутори наводе да је у литератури спорно да ли се приликом признавања права из радног односа треба узети у обзир и период од отказа до реинтеграције.

¹⁸⁵² Већ је наведено да у случају поништаја отказа због одсуства стварног и озбиљног разлога реинтеграција није обавеза, већ могућност, која зависи не само од процене судије и реалних могућности враћања на рад, већ и воље послодавца и запосленог, који имају право да се успротиве реинтеграцији.

отказа¹⁸⁵³. Но ова накнада у сваком случају не представља ни правни ни новчани еквивалент изгубљене зараде у периоду незапослености која је последица тог отказа.

У случају утврђења ништавости отказа запослени има право да се врати на рад, уколико је то објективно могуће, на основу одлуке суда, којом се одређује наставак уговора о раду или се утврђује ништавост отказа и налаже реинтеграција у радни однос. Иако закон не уређује питање права запосленог који се врати на рад код послодавца на накнаду изгубљене зараде у периоду незапослености, из чињенице да (1) ништавост има ретроактивно правно дејство и води настанку фикције да ништав акт није произвео никакво правно дејство, те (2) *a contrario* тумачењем става да отказ без стварног и озбиљног разлога не деривира право на накнаду изгубљене зараде јер није ништав, као и законом прописаног правила (3) да накнада штете уместо реинтеграције у случају ништавости отказа не познаје горњу границу, сматрамо да има основа за закључак да запослени у овом случају има право да од послодавца који га је незаконито отпустио, на основу ништавог акта, захтева накнаду изгубљене зараде.

С друге стране, уколико запослени не захтева реинтеграцију, има право на накнаду штете у износу који слободно одређује суд на основу своје дискреционе оцене, а која не може бити нижа од шест зарада запосленог.

У литератури се истиче да ће постављање овакве дистинкције последица отказа без стварног и озбиљног разлога и ништавог отказа вероватно имати за последицу повећање броја спорова у којима ће тужбени захтеви за поништај отказа бити засновани на дискриминацији или узнемиравању, како би се избегле примене законских распона и ограничења¹⁸⁵⁴.

3.9.2.2. Накнада изгубљених зарада у немачком праву

У немачком праву запослени у случају незаконитог отказа има право на накнаду зараде и даљу исплату зараде (*Lohnnachzahlung und fortzahlung*), у складу са одредбама немачког Грађанског законика¹⁸⁵⁵ и Закона о заштити од отказа¹⁸⁵⁶.

Према начелу губитка зараде (*Lohnausfallprinzip*), прихваћеном у немачком

¹⁸⁵³ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 166.

¹⁸⁵⁴ R. Sands, *op. cit.*, стр. 4.

¹⁸⁵⁵ Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*), чл. 615, ст. 1. Према чл. 615, ст. 1. Грађанског законика, ако страна која је овлашћена да захтева извршење рада одбије да прими дуговани рад, страна која је дужна да изврши рад чије је извршење одбијено, може тражити уговорену накнаду без обавезе да изврши противчинидбу. Одбијање пријема чинидбе престаје у тренутку када послодавац раднику безуспешно понуди обављање рада. S. Laleta, *op. cit.*, стр. 445.

¹⁸⁵⁶ § 11 KschG.

Грађанском закону, послодавац је дужан да запосленом исплати *све што би зарадио да му је послодавац омогућио да ради*, тако да захтев за исплату доспева као да је запослени обавио рад.¹⁸⁵⁷

Приликом утврђивања износа накнаде, та основица се *умањује за приходе које је запослени остварио у периоду незапослености по другим основима*, набројане у Закону о заштити од отказа. Те приходе чине (1) примања која је запослени остварио другим радом, (2) приходи које је могао остварити да није злонамерно пропустио да прихвати посао који је за њега био одговарајући, као и (3) накнаде које су му исплаћене на име јавноправних престација за незапосленост из средстава социјалног осигурања, осигурања за случај незапослености, осигурања животних трошкова или социјалног старања¹⁸⁵⁸, при чему терет доказивања да је запослени остварио друге приходе сноси послодавац, а запослени је обавезан да достави податке о њиховој висини¹⁸⁵⁹.

3.9.2.3. Накнада изгубљених зарада у италијанском праву

У италијанском праву, *запослени коме је признато право на реинтеграцију може остварити право на интегралну накнаду изгубљених зарада* које би остварио од дана отказа до дана повратка на рад, под условом да му је дат: (1) *дискриминаторски* отказ, (2) *ништав* отказ (супротан императивним нормама) или (3) *усмени* отказ. Као и у другим посматраним правима, прихваћен је *принцип урачунавања*, тако да се изгубљене зараде *умањују за приходе* које је запослени у међувремену остварио својим радом. Послодавац је дужан да изврши и уплату припадајућих *доприноса* за социјално осигурање. Веома је интересантно да *накнада изгубљене зараде не може бити нижа од петомесечне зараде запосленог, чак и ако је до реинтеграције дошло у краћем периоду* (тако да је број изгубљених зарада фактички мањи).¹⁸⁶⁰

Остале категорије запослених којима је закон признао право на реинтеграцију, али где разлог незаконитости отказа није дискриминација, ништавост или усмена форма отказа, имају право на ограничену накнаду зараде, која износи до највише *12 месечних зарада* запосленог, при чему се накнада *умањује не само за износ прихода* које је запослени у међувремену остварио својим радом, *већ и за износе*

¹⁸⁵⁷S. Laleta, *op. cit.*

¹⁸⁵⁸§ 11 Kschg.

¹⁸⁵⁹S. Laleta, *op. cit.*, стр. 446.

¹⁸⁶⁰T. Treu, *op. cit.*, стр. 131-133.

које је могао остварити да се просечном брижљивошћу прихватио проналаском запослења.¹⁸⁶¹

3.9.2.4. Накнада изгубљених зарада у хрватском праву

Запослени коме је недопуштено отказан уговор о раду има право на накнаду зараде за период током кога је због незаконитог отказа био спречен да ради и остварује зараду. Међутим, *законом ово није изричито прописано, већ се закључак о овој последици посредно изводи из одредби Закона о раду о накнади зараде за периоде у којима не ради због оправданих разлога одређених законом, другим прописом или колективним уговором, што подразумева и време прекида рада кривицом послодавца или наступања других околности за које запослени није одговоран.* У складу са истим законским одредбама изводи се закључак да се висина те накнаде одређује у висини просечне зараде исплаћене запосленом у претходна три месеца, ако законом, другим прописом, колективним уговором, правилником о раду или уговором о раду није другачије одређено.¹⁸⁶²

Легислативна неуређеност овог питања производи даље дилеме, од којих се најзначајније тичу: (1) обима накнаде изгубљене зараде и (2) застарелости њеног потраживања.

Дилема у погледу обима накнаде изгубљене зараде односи се на питање да ли запослени има право на целокупни износ изгубљених зарада, без обзира на стварно претрпљену штету или те две категорије треба ставити у одређену корелацију. Судска пракса је ипак прихватила тзв. *начело урачунавања*, према коме запослени има право на накнаду зараде само у висини изгубљене добити због незаконитог отказа, тако да се износ изгубљене зараде умањује за износ прихода које је запослени у међувремену остварио. То практично значи да запослени који се запослио код другог послодавца остварује само право на разлику између зараде коју би остварио код послодавца који га је незаконито отпустио и новог послодавца, а ако код новог послодавца остварује једнаку или већу зараду, не би уопште имао право на накнаду штете.¹⁸⁶³

Поводом *дилеме у погледу застарелости потраживања накнаде зараде* у случају незаконитог отказа у хрватској доктрини и пракси се изражавају два става. *Према*

¹⁸⁶¹ *Ibid.*

¹⁸⁶² S. Laleta, стр. 446-447. Проф. Лалета сматра да би потраживање накнаде зараде радника који је незаконито отпуштен требало да обухвати, поред основне зараде, и све додатке на зараду које би радник остварио да је радио (на пример, божићницу, ускрсницу, 13. плату, регрес за годишњи одмор, јубиларну награду и др.), будући да је реч о износима на које би радник стварно имао право да није добио отказ.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, стр. 446-447.

првом схватању, заступљеном у јуриспруденцији хрватских судова, застарелост тог потраживања почиње да тече од дана *правноснажности пресуде* којом је утврђена недопуштеност отказа, односно неке друге одлуке о престанку радног односа¹⁸⁶⁴, што се у јуриспруденцији Врховног суда Хрватске образлаже тиме да радник није могао тражити исплату зараде пре него што је издејствовао укидање незаконитих одлука на основу којих му је престао радни однос¹⁸⁶⁵. *Према другом схватању*, које заступа проф. Поточњак и за које даје подробну аргументацију, застарелост потраживања неисплаћене накнаде зараде тече од дана *доспелости сваког дугованог износа те накнаде*, тако да се након утврђења ништавости отказа (ако није тражена тужбом ради ништавости) може потраживати само за период који није обухваћен застарелошћу¹⁸⁶⁶.

3.9.3. Правне последице повреде отказног поступка у случају када постоји ваљан разлог отказа

3.9.3.1. Последице процесних недостатака отказа у француском праву

Када се током поступка утврди да је отказ уговора о раду заснован на стварним и озбиљним разлозима, али да је послодавац направио одређене процедуралне пропусте, суд ће запосленом досудити право на накнаду штете, која представља посебну санкцију, која има за циљ да дисциплинује послодавце да поштују достојанство запосленог и његово право да му отказ буде дат у законом прописаном поступку, који му омогућава да се побрине за налажење новог запослења и спречава исхитрене одлуке послодавца о отказу уговора о раду. Без ове врсте санкција, прописивање поступка отказа представљало би, како неки аутори истичу, само "лош виц", јер би послодавце било немогуће натерати на поштовање отказне процедуре¹⁸⁶⁷.

Повреде отказног поступка које представљају основ за накнаду ове "процесне" штете предвиђене су законом само *exempli causa*, а то су: (1) *недовољно образложење обавештења о отказу* уговора о раду уколико запослени није тражио од послодавца допуну образложења у складу са законом, (2) *непоштовање обавеза прописаних за позивање запосленог на састанак* ради саопштавања планираног отказа и

¹⁸⁶⁴ ŽS Varaždin, Gž 281/03-2 од 11.3.2003. Нав. према: Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 464.

¹⁸⁶⁵ VSRH, Rev-376/1995-2 од 12.4.1995. Нав. према: Ž. Potočnjak, *op. cit.*

¹⁸⁶⁶ Ž. Potočnjak, "Prestanak ugovora o radu", *op. cit.*, стр. 464-465.

¹⁸⁶⁷ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 163-164.

пропуштање обавештавања о разлозима истог, (3) *пропуштање обавештавања запосленог о праву приоритета* при запошљавању у случају потребе послодавца за новим запошљавањима, пропуштање обавештавања запосленог о његовом праву да ангажује саветника за присуство састанку са послодавцем, као и (4) *повреда обавезе консултација са представницима запослених*, која је законом, колективним уговором или компанијским споразумом прописана као услов отказа.¹⁸⁶⁸

Тачан износ накнаде штете због повреде отказног поступка одређује судија, али иста не може прећи износ од једне месечне зараде запосленог који је провео најмање две године у радном односу код послодавца који запошљава најмање 11 запослених, док у случају неиспуњавања овог цензуса судија одређује износ накнаде штете на основу процене стварно настале штете, при чему се у судској пракси повреда правила отказног поступка *a priori* сматра извором штете.¹⁸⁶⁹

Запослени има право на ову врсту накнаде искључиво уколико је отказ заснован на стварним и озбиљним разлозима, док у случају незаконитог и неоправданог отказа не постоји посебно право на накнаду штете због повреде поступка, већ је оно конзумирано интегралном накнадом штете која је последица утврђених материјалних недостатака отказа. *Изузетно од наведеног правила, законом су прописани процедурални пропусти који деривирају право на накнаду која се може комбиновати са накнадом због отказа без стварног и озбиљног разлога*, а то су: (1) *повреда обавезе консултовања представника запослених и обавештавања надлежне јавне власти*, која деривира право на накнаду штете коју суд процењује на основу стварно настале штете, (2) *повреда обавезе омогућавања приоритетног запошљавања у случају потребе за новим запошљавањима*, која даје право на накнаду штете у висини од најмање једне месечне зараде запосленог и (3) *повреда обавезе успостављања Социјално-економског комитета у компанији или повреде обавезе информисања овог комитета*, у ком случају запослени такође има право на накнаду штете у висини од најмање једне његове месечне зараде.¹⁸⁷⁰

3.9.3.2. Последице процесних недостатака отказа у италијанском праву

Законске реформе, извршене у италијанском праву у периоду од 2012. године, ишле су у правцу раздвајања материјалних и формалних разлога

¹⁸⁶⁸ L. 1235-2.

¹⁸⁶⁹ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 164. Аутори указују на парадокс оваквог начина уређења, јер запослени са краћим трајањем стажа код мањих послодаваца могу хипотетички остварити и већи износ накнаде штете од запослених који су дуже времена провели у радном односу код већих послодаваца.

¹⁸⁷⁰ *Code du travail*, L. 1235-12, L. 1235-13 и L. 1235-15.

незаконитости отказа, са тенденцијом да последице отказа за које постоји ваљан разлог, али је приликом отказивања уговора о раду дошло до повреде поступка, буду праћене лакшим санкцијама за послодавце.

У том смислу је Законом бр. 92/2012 године прописано да у случају отказа који *није довољно образложен* или је приликом отказивања уговора о раду дошло до *повреде правила отказног поступка* (примера ради, изостанак претходног обавештења надлежној јавној власти о намеравању отпуштања из економских разлога), послодавац има обавезу да запосленом исплати накнаду штете која износи између *шест и 12 зарада* запосленог, ослобађајући се тиме даљих обавеза према њему.¹⁸⁷¹

Последње законске измене, извршене 2015. године, ишле су у правцу додатне либерализације, односно ширења круга "процесних недостатака" за које је прописана најблажа санкција, тако да је листи из 2012. године сада придружен и *пропуст у примени критеријума* за селекцију запослених, уз ограничење максималног износа накнаде штете на *14 месечних зарада* запосленог (подсећамо да се овај режим примењује само на запослене који су засновали радни однос код послодавца после 7. марта 2015. године, док запослени који су радни однос засновали пре тога, имају право на реинтеграцију и накнаду штете у висини до 12 месечних зарада).¹⁸⁷²

У литератури се *наведене тенденције оцењују изузетно забрињавајућим*, будући да су усмерене на слањење заштите запослених од отказа, уз паралелно депласирање улоге синдиката у процесу колективног отпуштања, с обзиром да је *законодавац пропустио у информисању и консултовању синдиката овим прогласио безначајним, процесним недостацима, који носе веома благе санкције за послодавца*. Додатна забринутост се истиче због ефекта реформи из 2015. године, која су ишле у правцу *маргинализације значаја критеријума* у поступцима колективних отпуштања и њиховог свођења на ниво процесних недостатака и тиме додатно обесмислиле улогу и значај синдиката у њиховом утврђивању, као и ниво заштите запослених од арбитрерног поступања.¹⁸⁷³

¹⁸⁷¹ T. Treu, *op. cit.*, стр. 132.

¹⁸⁷² F. Curcuruto, *op. cit.*, стр. 270.

¹⁸⁷³ *Ibid.*

4. Поступак решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем у домаћем праву

4.1. Уводне напомене

Поступак судског решавања радних спорова је уређен превасходно одредбама Закона о парничном поступку и делом одредбама Закона о раду. Наиме, на поступање у радним споровима примењују се општа правила парничног поступка утврђена одредбама парничног закона и посебна правила утврђена одредбама истог закона за радне спорове и то посебно за индивидуалне, а посебно за колективне радне спорове¹⁸⁷⁴. С друге стране, рок за подношење тужбе у индивидуалном радном спору и правне последице незаконитог престанка радног односа уређени су одредбама Закона о раду¹⁸⁷⁵. Домаће право не садржи специфичне одредбе везане за радне спорове поводом колективног отпуштања, већ се на њих и у материјалном и процесном смислу примењују опште одредбе које уређују радне спорове.

4.2. Индивидуални радни спорови поводом колективног отпуштања

4.2.1. Рок за подношење тужбе и садржина тужбеног захтева

Решавање индивидуалног радног спора судским путем започиње подношењем тужбе од стране запосленог или бившег запосленог, који тужбу може поднети како (1) у случају када му је *решењем о отказу*, које је послодавац донео у поступку колективног отпуштања, односно *понудом за закључење анекса уговора о раду* упућеном у вези са тим поступком, повређено одређено право, тако и (2) у случају када је до повреде права дошло *фактичком радњом послодавца*¹⁸⁷⁶.

Спор о законитости правног акта или фактичке радње послодавца покреће се *конститутивном или преобраскајном тужбом* и рок за њено подношење износи 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права¹⁸⁷⁷, који је по својој природи преклузиван, тако да његово пропуштање доводи до правноснажности

¹⁸⁷⁴ Одредбама чл. 436-441 ЗПП уређен је поступак у индивидуалним радним споровима, а одредбама чл. 442-447 ЗПП поступак у колективним радним споровима.

¹⁸⁷⁵ Рок за подношење тужбе уређен је одредбама чл. 195 ЗР, а правне последице незаконитог престанка радног односа одредбама чл. 191 ЗР.

¹⁸⁷⁶ ЗР, чл. 195, ст. 1.

¹⁸⁷⁷ ЗР, чл. 195, ст. 2.

коначног акта послодавца, односно до губитка права на судску заштиту и одбацивање тужбе као неблаговремене¹⁸⁷⁸.

Поред ове врсте тужбе, у радном спору је могуће поднети и *кондемнаторну тужбу или тужбу за осуду на чинидбу*, по којој се води спор пуне јурисдикције, а њен предмет је углавном захтев за исплату зараде, накнаде зараде или других примања запослених, као и за накнаду штете у вези са радом. Ова тужба *није везана за преклузивни рок од 60 дана, већ се може поднети у року застарелости новчаних потраживања из радног односа*, који износи три године од дана настанка обавезе.¹⁸⁷⁹

Коначно запослени има право да поднесе и *деклараторну тужбу или тужбу за утврђивање*, која је у радноправном животу реткост и којом се тражи утврђивање постојања радног односа или одређеног права из радног односа, или не/истинитост одређене исправе. Ова тужба није везана за рок, односно право на њено подношење не застарева.¹⁸⁸⁰

Коначно, у случајевима дискриминације, до које може доћи у поступку решавања вишка запослених, запослени може да поднесе и *лично-правну тужбу*, која садржи захтев за пропуштање радње, односно забрану даљег вршења дискриминације, а може да садржи и захтев за накнаду неимовинске штете, као и захтев за објављивање пресуде да је послодавац дискриминаторски поступао. С обзиром да је санкција за дискриминацију ништавост дискриминаторских аката, ни ова тужба, као ни деклараторна, није везана за рок, јер се право на истицање ништавости не гаси¹⁸⁸¹.

Типичну и далеко најчешћу тужбу у *споровима везаним за решавање вишка запослених* представља *конститутивна тужба*, будући да се тужбеним захтевом тражи поништај оспореног акта и успостављање пређашњег стања (*restitutio in integrum*) самом пресудом, која *може садржати и кондемнаторни захтев*, односно осуду послодавца на одређену чинидбу, као што су *враћање на рад и накнада штете*.

Треба приметити да са аспекта рока за подношење тужбе и садржине тужбеног захтева за оспоравање појединачног акта послодавца, дакле отказа и анекса

¹⁸⁷⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 791-794.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, стр. 792-793. Рок застарелости новчаних потраживања из радног односа прописан је у члану 196 Закона о раду.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, стр. 793.

¹⁸⁸¹ У складу са одредбом члана 103 став 1 Закона о облигационим односима ("*Сл. лист СФРЈ*", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "*Сл. лист СРЈ*", бр. 31/93 и "*Сл. лист СЦГ*", бр. 1/2003 - Уставна повеља), "*уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго*", у складу са одредбом члана 25 став 3 истог закона, "*одредбе овог закона које се односе на уговоре сходно се примењују и на друге правне послове*", а у складу са одредбом члана 110 тог закона, "*право на истицање ништавости не гаси се*".

уговора о раду у случају вишка запослених, *домаћи законодавац није направио никакву разлику између ништавог, незаконитог или (само) неоправданог отказа, тако се та врста аката увек "напада" искључиво конститутивном тужбом везаном за преклузивни рок од 60 дана, без могућности продужавања тог рока конструисањем деклараторне тужбе позивањем на ништавост. Истина, није тешко замислити да би запослени, који је пропустио преклузивни рок за поништај отказа/анекса, могао покушати да, кроз подношење тужбе за утврђење ништавости отказа као дискриминаторског акта, који је *ex lege* ништав, уз временски неограничено право на подношење тужбе, обезбеди себи право на приступ суду и супституише законом прописано правно средство, али по том питању јуриспруденција домаћих судова није заузела став, тако да не можемо извести поуздан закључак о допуштености такве тужбе и њеним практичним изгледима на успех.*

4.2.2. Трошкови судског решавања радних спорова

Истраживање спроведено од стране социјалних партнера током 2013. године на територији Београда, Новог Сада и Ниша¹⁸⁸², резултирало је закључком да су судски поступци "финансијски захтевни" за запослене, будући да треба да авансно снесу трошкове судских такси, вештачења и ангажмана заступника, што их, посебно у ситуацији када су незапослени, одвраћа од покушаја да свој спор са послодавцем разреше пред судом.

С друге стране, број покренутих радних спорова на годишњем нивоу демантује ову тврдњу, с обзиром да је *пред основним судовима у периоду од 2015. до 2017. године покренуто укупно 111.776 радних спорова*¹⁸⁸³, *при чему се у истом периоду на евиденцију Националне службе за запошљавање пријавило 65.015 запослених отпуштених као вишак*¹⁸⁸⁴, што имплицира да ипак значајан број запослених тражи правду пред судом, што када се имају у виду егзактни подаци о маргиналном коришћењу бесплатних метода мирног решавања радних спорова, наводи на закључак да трошкови судског решавања радних спорова ипак нису високи, односно да је судска заштита доступна запосленима.

¹⁸⁸² Д. Вујасиновић Дучић, М. Шошић, Р. Брајковић, С. Киковић, С. Будимчевић, *op. cit.*, стр. 9. Да подсетимо, реч је о пројекту под називом *Истраживање о мирном решавању радних спорова у Београду, Новом Саду и Нишу (с посебним освртом на пољопривреду, прехрану, дуванску индустрију, водопривреду, грађевинску и индустрију грађевинског материјала, хемију и метале)*.

¹⁸⁸³ Статика о раду судова опште надлежности у Републици Србији за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступан податак на интернет страници Врховног касационог суда.

¹⁸⁸⁴ Званични подаци Националне службе за запошљавање.

Свакако да наведени опречни ставови и подаци заслужују да се питање трошкова спора ближе испита, будући да исти представљају један од важних индикатора доступности судске заштите. На примеру британског права већ смо видели како управо високи трошкови судског поступка повећавају стопу искоришћености мирних метода решавања радних спорова и како британска влада управо повећавањем судских трошкова настоји да успостави контролу над инфлацијом броја предмета пред индустријским трибуналимa.

Приликом разматрања трошкова треба имати у виду да *свака странка авансно сноси трошкове* које је проузроковала својима радњама¹⁸⁸⁵. Коначне трошкове сноси странка која је изгубила или делимично успела у спору, тако да ће запослени који је неосновано покренуо поступак бити дужан да послодавцу надокнади све или део трошкова које је послодавац имао тим поводом¹⁸⁸⁶, због чега су за анализу трошкова спора релевантни и трошкови послодавца.

Трошкови спора представљају издатке учињене у току или поводом судског решавања радног спора, који обухватају (1) *судске таксе* на иницијалне поднеске, правне лекове и судске одлуке, (2) *трошкове доказног поступка* (вештачења, сведочења, увиђаја и слично) и (3) *трошкове заступања* од стране адвоката.¹⁸⁸⁷

4.2.2.1. Обавеза плаћања и висина судских такси у радном спору

Плаћању судске таксе подлежу (1) *тужба и одговор на тужбу*, (2) *редовни и ванредни правни лекови и одговори* на исте, (3) *све судске одлуке, изузев оних које се доносе у оквиру управљања поступком* (на записник) *и оних које су законом изузете од плаћања таксе* (на пример, не плаћа се такса на решење о одбачају жалбе и ревизије и решења којима се укидају нижестепене одлуке)¹⁸⁸⁸.

Судска такса за тужбу и одговор на тужбу *доспева на дан закључења првог рочишта за главну расправу*, уколико поступак није окончан посредовањем, судским поравнањем, признањем тужбеног захтева или одрицањем од тужбеног захтева¹⁸⁸⁹, у ком случају се странке ослобађају од плаћања таксе.¹⁸⁹⁰

Запослени који поднесе тужбу за поништај незаконитог акта послодавца, која

¹⁸⁸⁵ ЗПП, чл. 151.

¹⁸⁸⁶ ЗПП, чл. 153.

¹⁸⁸⁷ ЗПП, чл. 150.

¹⁸⁸⁸ Закон о судским таксама ("Сл. гласник РС", бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018).

¹⁸⁸⁹ Закон о судским таксама, чл. 3, ст. 2.

¹⁸⁹⁰ Закон о судским таксама, чл. 9, ст. 6.

не садржи новчани захтев, није обвезник плаћања судске таксе на тужбу, као ни на било који други редовни и ванредни правни лек, нити за судске одлуке у том радном спору¹⁸⁹¹. Судских такси неће бити ослобођен послодавац, који ће морати да плати судске таксе према назначеној вредности предмета спора, коју одређује запослени, што значи да запослени има могућност да контролише трошак судске таксе чији је обвезник послодавац, с тим што је најнижи износ судске таксе за одговор на тужбу 2.000 динара¹⁸⁹².

С друге стране, када тужбени захтев садржи новчано потраживање, судску таксу плаћају и запослени и послодавац, а основица за наплату таксе се утврђује према вредности предмета спора, односно главног захтева у време подношења тужбе¹⁸⁹³. Наведена концепција чини релативно ниским судске таксе у споровима за накнаду изгубљене зараде, будући да се новчани захтев који је основица за обрачун, по правилу одређује у висини две зараде запосленог, изгубљене од дана отказа до истека преклузивног рока од 60 дана за подношење тужбе.

Најнижи износ судске таксе за тужбу која садржи новчани захтев износи 1.900 динара за вредност спора од 10.000 динара, док за предмете вредности преко 1.000.000 динара судска такса износи 48.800 динара увећано за 0.5% вредности спора, а највише до максималног износа од 97.500 динара¹⁸⁹⁴. Судска такса се у истом износу обрачунава и за првостепену пресуду, жалбу и другостепену пресуду којом се потврђује првостепена пресуда.¹⁸⁹⁵ Судска такса за одговор на тужбу, одговор на жалбу и одговор на ревизију, као и на одлуке суда којима није мериторно одлучивано о предмету спора, износи 50% судске таксе на тужбу¹⁸⁹⁶, док судска такса за ревизију представља двоструки износ таксе на тужбу, а за одлуку по ревизији којом су потврђене нижестепене пресуде, троструки износ таксе на пресуду¹⁸⁹⁷.

Додатна заштита запослених састоји се у томе што уколико износ судске таксе превазилази трећину месечних примања запосленог, суд ће му одобрити уплату таксе у ратама, а највише до три рате¹⁸⁹⁸. Поред тога, евентуално пропуштање уплаћивања судске таксе неће резултирати ускраћивањем права запосленог на судску заштиту, већ наплатом додатне казнене таксе у висини од 50% одређене судске таксе¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹¹ Закон о судским таксама, Тарифни бр. 1, т. 10 и Тарифни бр. 2, т. 12.

¹⁸⁹² Закон о судским таксама, Тарифни бр. 1, ст. 3 у вези чл. 27, ст. 1, т. 2 закона.

¹⁸⁹³ Закон о судским таксама, чл. 21, ст. 3-4.

¹⁸⁹⁴ Закон о судским таксама, Тарифни бр. 1, ст. 1.

¹⁸⁹⁵ Закон о судским таксама, Тарифни бр. 2, ст. 1, Тарифни бр. 1, ст. 4, Тарифни бр. 2, ст. 10.

¹⁸⁹⁶ Закон о судским таксама, Тарифни бр. 1, ст. 3, Тарифни бр. 2, ст. 2, 3 и 6.

¹⁸⁹⁷ Закон о судским таксама, Тарифни бр. 1, ст. 5, Тарифни бр. 2, ст. 11.

¹⁸⁹⁸ Закон о судским таксама, чл. 38.

¹⁸⁹⁹ Закон о судским таксама, чл. 40.

4.2.2.2. Трошкови заступања у радном спору од стране адвоката

Како свака страна у спору има право да ангажује адвоката, а у поступку по ревизији то није само право, већ и обавеза¹⁹⁰⁰, трошкови заступања представљају трошкове које запослени приликом покретања радног спора мора имати у виду, чак и ако је одлучио да се у првостепенем и другостепенем поступку заступа лично, или да га заступа представник синдиката или представник службе правне помоћи јединице локалне самоуправе¹⁹⁰¹.

Трошкови заступања од стране адвоката се у парничном поступку признају према адвокатској тарифи¹⁹⁰², која је конципирана тако да се одређују вредности образложених поднесака и заступања на одржаним рочиштима, док се састав необразложених поднесака и заступања на неодржаним рочиштима тарифира са половином вредности, а састав жалбе и ревизије са двоструком вредношћу. У складу са наведеним, у радном спору у коме (1) није истакнут новчани захтев, награде износе (а) 16.500 динара за састав образложених поднесака¹⁹⁰³ и (б) 18.000 динара за заступање на одржаном рочишту¹⁹⁰⁴, док се у радном спору (2) са новчаним захтевом награда одређује према вредности предмета спора, (а) у распону од 6.000 динара (вредност спора до 450.000 динара) до 88.200 динара (вредност спора преко 300.000.000 динара) за састав образложених поднесака и (б) у распону од 7.500 динара (вредност спора до 450.000 динара) до 89.700 динара (вредност спора преко 300.000.000 динара)¹⁹⁰⁵.

4.2.2.3. Могућност ослобођења запосленог од плаћања трошкова судског поступка

Запослени може на почетку или током радног спора захтевати да буде ослобођен од плаћања трошкова поступка, уколико према свом општем имовном стању није у могућности да сноси ове трошкове, при чему ово *ослобођење може да се односи на плаћање судских такси и трошкова доказног поступка или само на плаћање судских*

¹⁹⁰⁰ ЗПП, чл. 85.

¹⁹⁰¹ ЗПП, чл. 85, ст. 3 и 2. Ови пуномоћници морају бити дипломирани правници са положеним правосудним испитом.

¹⁹⁰² Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката - АТ ("Сл. гласник РС", бр. 121/2012).

¹⁹⁰³ АТ, Тарифни бр. 14 и 16.

¹⁹⁰⁴ АТ, Тарифни бр. 15.

¹⁹⁰⁵ АТ, Тарифни бр. 13 и 15. Напомена: иницијални износ адвокатске награде за вредност спора преко 300.000.000,00 динара износи 52.200 динара и увећава се за свака 4.500.000,00 динара увећане вредности спора за по 30 динара, до наведеног максималног износа.

*такси*¹⁹⁰⁶. У случају потпуног ослобађања запосленог од плаћања трошкова поступка, суд му може признати и право на *бесплатног пуномоћника* из реда адвоката, уколико је то нужно за заштиту његових права¹⁹⁰⁷.

Одлуку о ослобађању од плаћања трошкова поступка доноси првостепени суд на предлог запосленог, ценећи нарочито (1) вредност предмета спора, (2) број лица које запослени издржава и (3) приходе и имовину које имају запослени и чланови његов породице¹⁹⁰⁸.

4.2.2.4. Приступачност судске заштите са аспекта трошкова радног спора

Из претходно разматраних законских одредби произилази да је судска заштита, посматрано са трошковног аспекта, запосленима веома приступачна.

Ово стога што запосленом, чак и ако не испуњава услове за ослобођење од плаћања трошкова парничног поступка, може бити *омогућено вођење радног спора скоро без икаквих трошкова, уколико у том спору захтева само поништај незаконитог решења о отказу и враћање на рад, односно анекса уговора о раду и враћање у пређашње стање.*

Наиме, у том случају, (1) запослени је *потпуно ослобођен плаћања судских такси*, (2) *може да се заступа сам*, или уколико то не жели, а не може да приушти адвоката, може да *добije стручну помоћ синдиката* чији је члан или *службе правне помоћи*, које се оснивају на нивоу јединица локалне самоуправе, а (3) трошкови доказног поступка су по правилу ниски, јер нема новчаног захтева који би био повод вештачењу, те се доказни поступак своди на достављање јавних и приватних исправа и сведочења колега, што нису значајни трошкови, осим ако суд није у месту рада, када ће запослени бити дужан да сведоцима надокнади трошкове. Приликом разматрања трошкова не треба, притом, изгубити из вида да је запослени који је отпуштен као вишак примио отпремнину и да остварује право на накнаду код Националне службе за запошљавање, што иако нису нарочито високи износи, представљају оптималне ресурсе за сношење трошкова оваквог спора.

Уколико запослени успе у наведеном спору, он има право да по правноснажности пресуде којом се поништава као незаконит оспорени акт, поднесе

¹⁹⁰⁶ ЗПП, чл. 168, ст. 1-3. Ослобађање од судских такси је Законом о судским таксама уређено одредбама чланова 10. до 20. тог закона.

¹⁹⁰⁷ ЗПП, чл. 170.

¹⁹⁰⁸ ЗПП, чл. 168, ст. 4 и чл. 169. У складу са чл. 172, ст. 1 закона, решење о ослобађању од плаћања трошкова и о постављању бесплатног пуномоћника првостепени суд може у току поступка да укине ако утврди да је запослени у стању да сноси трошкове поступка, у ком случају ће суд истовремено одлучити да ли ће запослени потпуно или делимично да надокнади трошкове којих је био ослобођен.

нову кондемпнаторну тужбу ради исплате накнаде изгубљене зараде, односно разлике зараде. У том поступку запослени ће имати обавезу плаћања судске таксе на тужбу и пресуду, а уколико послодавац оспори висину накнаде штете, тада и трошкова предујма вештачења економско-финансијске струке, као и евентуалних трошкова сведока које предложи.

Међутим, ни судска такса која треба да се плати у том спору није за запосленог одвраћајућа, тим пре што нема ризик губитка тог спора¹⁹⁰⁹, а по основу правноснажне пресуде или је враћен на рад или је наплатио накнаду штете која супституише враћање на рад, тако да није без средстава. Примера ради, уколико запослени потражује износ од нето 3.000.000 динара, што кореспондира изгубљеној петогодишњој просечној заради у Републици Србији (око 50.000 динара), судске таксе на тужбу и пресуду износиће укупно 97.500 динара, што представља око 3% од номиналне вредности главног тужбеног захтева и одговара износу његове две нето зараде. Уколико запослени потражује износ од нето 1.500.000 динара, што кореспондира изгубљеној петогодишњој минималној заради у Републици Србији (око 25.000 динара), судске таксе на тужбу и пресуду износиће укупно 84.450 динара, што представља око 5.5% од номиналне вредности главног тужбеног захтева и одговара износу његове 3.5 нето зараде. Притом, треба имати у виду да је стварно потраживање запосленог знатно веће од износа главног захтева, будући да остварује право и на камату, која не подлеже наплати судске таксе.

Парнични трошкови са аспекта судске таксе за тужбу могу бити нижи уколико запослени уз захтев за поништај решења о отказу, односно анекса уговора о раду, истовремено поднесе и новчани захтев. Наиме, такса на тужбу се у овом случају одређује на основу вредности спора у моменту подношења тужбе што, с обзиром да је рок за подношење тужбе 60 дана, по правилу, износи две изгубљене зараде у периоду од отказа до подношења тужбе, дакле 5.900 динара на две просечне зараде или 3.900 динара на две минималне зараде. Иако се овај приступ, са аспекта иницијалног трошка чини исплативији по запосленог, истицање новчаног захтева носи додатне трошкове у виду садржине доказног поступка и дужег трајања поступка, што увећава финансијски ризик запосленог у случају губитка спора, тако да се запослени у пракси чешће опредељују да прво поднесу тужбу ради поништаја

¹⁹⁰⁹ Истина, одређени ризик постоји у случају отказа, будући да Врховни касациони суд може поништити пресуде којима је отказ поништен. Овај ризик је значајно мањи код поништаја анекса, будући да већина спорова ове врсте, због недовољне вредности предмета спора (испод 40.000 еур у динарској противвредности), не испуњава цензус за ревизију, а спорови ради поништаја анекса нису *per se*, подобни за ревизију.

незаконитог отказа/анекса, па тек по правноснажности истичу новчане захтеве.

Када се, поред могућности контроле трошкова радног спора, додатно имају у виду већ наведене чињенице (1) да запослени може бити ослобођен трошкова парничног поступка у целости уколико је његово имовинско стање такво да не може да сноси трошкове поступка, те да (2) плаћање судске таксе није услов за остваривање права на судску заштиту, закључује се да запослени има широк дијапазон могућности да уз оптималне трошкове оствари право на судску заштиту, а да је тежиште трошкова заправо на ризику губитка спора, када је дужан да послодавцу надокнади проузроковане парничне трошкове, због чега је веома важно да запослени пре почетка спора добије квалитетан правни савет о својим перспективама у поступку, односно да не води поступак "по сваку цену" због ниских иницијалних трошкова.

Сматрамо да је наведени степен заштите права и интереса запослених *de lege lata* оптималан, што потврђује број покренутих радних спорова на годишњем нивоу, те да исти не би требало увећавати *de lege ferenda* решењима која би водила додатном ослобађању запослених и од обавезе накнаде трошкова послодавцу у случају неоснованог вођења спора, по угледу на немачки модел првостепеног поступка. Ово стога што постоји висок ризик контрапродуктивности такве врсте заштите, будући да би то охрабрило запослене у подношењу неоснованих тужби, што би непотребно оптеретило судове, проузроковало неоправдане трошкове за послодавце, а и за буџет из кога се плаћају парнични трошкови за запослене који су ослобођени плаћања парничних трошкова. Свако треба да сноси ризик своје погрешне процене и, док запосленима треба помоћи да покрену и воде основане поступке за које немају средстава, истовремено их не треба храбрити да покрећу поступке без разлога, мотивисани само тиме да их поступак ништа не кошта, јер то свакако није прави пут за заштиту права и интереса запослених и ефикасно решавање спорова, већ напротив, пут за нерационално повећавање броја спорова и стварање услова за повећавање учешћа малициозних спорова у укупном броју спорова ове врсте.

4.2.3. Ток судског поступка

4.2.3.1. Терет доказивања

У радним споровима примењују се општа правила о терету доказивања прописана парничним законом, према којима је *терет доказивања подељен*, будући да

свака странка сноси терет доказивања оног што тврди. То практично значи су "странке дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се те чињенице утврђују, с тим што ће суд применити правило о терету доказивања, ако на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу"¹⁹¹⁰. То правило подразумева да странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за његов настанак или остваривање, а странка која оспорава постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање права или услед које је исто престало да постоји, ако законом није другачије прописано¹⁹¹¹.

Примена ових правила о терету доказивања у споровима проистеклим из вишка запослених значи да је (1) послодавац дужан да докаже престанак потребе за радом запосленог, односно постојање отказног разлога, а (2) запослени дужан да докаже да потреба за његовим радом није престала, односно да није постојао ваљан отказни разлог.

Полазећи од претходно наведеног, у јуриспруденцији домаћих судова у споровима поводом вишка запослених, заузет је став да је послодавац дужан да докаже (1) наступање технолошких, економских и организационих потреба, због којих је дошло до укидања послова или смањења броја извршилаца на пословима које је запослени обављао, те последично престанка потребе за радом запосленог¹⁹¹², (2) доношење и прописно објављивање акта о систематизацији којим су укинута

¹⁹¹⁰ Д. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 176.

¹⁹¹¹ ЗПП, чл. 231, ст. 2-3.

¹⁹¹² Пресуда Врховног касационог суда Рев2 168/2014 од 17.06.2015. године. У образложењу пресуде суд наводи: "Правилно су нижестепени судови закључили да је тужени у образложењу оспореног решења само цитирао наведену законску одредбу, не наводећи ближе у чему се састоје економске и организационе промене код туженог које су условиле доношење оспореног решења, те уколико је до тих промена зашта и дошло како је од два извршиоца на истим пословима тужила одређена као запослени за чијим радом је престала потреба, као и да ли је тужени предузео одређене мере или покушао да тужила обезбеди обављање других послова. Дакле, тужени у поступку који је претходно доношењу оспореног решења, као ни у току поступка пред судовима, није пружио веродостојне доказе из којих би се са сигурношћу могло утврдити постојање отказног разлога." Такође, у образложењу пресуде Рев2 1128/2014 од 30.07.2015. године, овај суд је резонувао на следећи начин: "Према општем правилу о терету доказивања у смислу члана 228. Закона о парничном поступку, кошта тврди, коме шта иде у прилог, дужан је то и да докаже. Странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се утврђују те чињенице или којима оспорава наводе и доказе противника. У конкретном случају, тужени није пружио доказ да је неким општим актима укинуто радно место тужиоца, као ни доказ да је престала потреба за радом тужиоца, с обзиром да није конкретизовао разлоге из којих тужиоцу отказује уговор о раду. Како нису примењени утврђени критеријуми предвиђени програмом о решавању вишка запослених, то је правилно закључивање нижестепених судова да је основан захтев тужиоца за поништај оспореног решења као незаконитог." Исто је резонувао Апелациони суд у Новом Саду, пресудом Гж1 1807/2011, потврђеном пресудом Врховног Рев2 20/12 од 18.10.2012. године, закључивши: "Дакле, услов за отказ од стране послодавца са наведеног законског основа технолошког вишка је да је дошло до технолошких, економских или организационих промена због којих је престала потреба за обављањем одређеног посла или да дође до смањења обима посла. У конкретном случају тужени на коме лежи терет доказивања постојања отказног разлога и тиме и законитости оспореног решења није пружио одговарајуће доказе којима би уверио суд да је код њега дошло до технолошких, економских или организационих промена које су довеле до престанка потребе за радом тужитељице на радном месту конобара или смањења обима посла на пословима које је обављала тужитељица".

послови или је смањен број извршилаца на пословима које је запослени обављао¹⁹¹³, (3) прописно утврђивање и примену критеријума на основу којих је запослени утврђен као вишак између више извршилаца на истим пословима¹⁹¹⁴ и (4) фактичко обављање послова за којима је престала потреба од стране запосленог који је утврђен вишком¹⁹¹⁵.

С друге стране, запослени ће бити дужан да докаже (1) постојање упражњених послова који су му могли бити понуђени као мера за запошљавање¹⁹¹⁶ и (2) постојање других околности које анулирају настанак отказног разлога¹⁹¹⁷.

Правила о терету доказивања установљена у домаћем праву су у више наврата претрпела критику Комитета експерата МОП за примену конвенција и препорука, са аргументацијом да домаће право не обезбеђује "довољне и одговарајуће процесне гаранције за запосленог", јер ће применом правила о терету доказивања установљеном у домаћем праву, "у случају да суд на основу изведених доказа не може са сигурношћу да утврди неку чињеницу, запослени који сматра да је неоправдано отпуштен морати то и да докаже, што није сагласно стандардима Међународне организације рада који забрањују да запослени сâм сноси терет доказивања неоправданости отказа."¹⁹¹⁸

Од правила о подељеном терету доказивања је експлицитно одступљено у два случаја,

¹⁹¹³ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 2309/2017 од 28.09.2017. године. У образложењу пресуде суд наводи: "Одлука туженог о Измени и допуни Правилника о систематизацији радних места од 06.12.2013. године, којом је укинута радно место ... на које је тужилац био распоређен по уговору о раду од 05.04.2013. године, представља општи акт туженог који мора бити објављен пре ступања на снагу (члан 196. став 1. Устава Републике Србије). Тужени није доказао да је означена одлука објављена. Зато је, правилном применом правила о терету доказивања из члана 231. ЗПП, утврђено да општи акт туженог - Одлука о измени и допуни Правилника о систематизацији радних места, није објављена и да због тога није ступила на правну снагу, што представља довољан разлог за незаконитост решења о отказу уговора о раду заснованог на том општем акту."

¹⁹¹⁴ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1357/2014 од 01.04.2015. године. У образложењу пресуде суд указује: "Тужени у жалби, а сада и у ревизији указује, да тужилац током поступка није оспоравао начин вредновања резултата рада запослених, али по налажењу ревизијског суда ови наводи су без утицаја на другачије одлучивање, из разлога што је код престанка радног односа на иницијативу послодавца терет доказивања чињеница које су повезане са отказом уговора о раду на послодавцу, а не на запосленом коме је радни однос престао, у смислу члана 231. у вези члана 7. ЗПП. Пмајући у виду да тужени током поступка није доказао да је утврђене критеријуме примењивао према свим запосленима на истом радном месту (возач доставних возила), нижестепени судови су правилном применом правила о терету доказивања оценили да је оспорено решење незаконито донето." Такође, у пресуди Рев2 168/2014 од 17.06.2015. године, овај суд образлаже: "Из свега наведеног произилази да је тужилин дат отказ уговора о раду противно законским одредбама, јер тужени није доказао на основу којих критеријума је утврђен вишак запослених, што битно утиче на законитост донетих одлука и датог отказа. При томе је терет доказивања о супротном у смислу одредбе члана 231. ЗПП био на туженом."

¹⁹¹⁵ Пресуда Рев2 1456/2015 од 18.05.2016. године: "Такође су судови правилно закључили да тужени није доказао да је тужилац обављао послове тог (укинутаг) радног места, а да је на њему терет доказивања те чињенице применом члана 9. став 2. ратификоване Конвенције међународне организације рада број 158. и члана 231. ЗПП."

¹⁹¹⁶ У пресуди Рев2 860/2015 од 29.06.2016. године, Врховни касациони суд указује: "Терет доказивања чињеница да је тужени био у могућности да тужиоцу обезбеди други посао одговарајући његовој стручној спреми или преквалификацију или рад код другог послодавца почива на тужиоцу у смислу члана 231. став 2. ЗПП."

¹⁹¹⁷ Тако је Врховни касациони суд у пресуди Рев2 1948/2015 од 16.12.2016. године изразио становиште да је на запосленом, који је отпуштен јер је због измена систематизације престао да испуњава услове за обављање послова на које је био распоређен, докаже да ни други запослени, који су наставили да обављају послове са којих је он отпуштен, не испуњавају услове за њихово обављање. Такође, у пресудама Рев2 1126/2017 11.05.2017. године Рев2 2031/2015 13.04.2016. године Рев2 2031/2015 13.04.2016. године, Врховни касациони суд је заузео став да је на запосленом терет доказивања да му је послодавац отказвао уговор о раду супротно одредбама споразума о прекиду штрајка.

¹⁹¹⁸ Љ. Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду, *op. cit.*, стр. 177.

и то: (1) ако запослени учини вероватним да је оспорени акт продукт било ког вида *дискриминације*¹⁹¹⁹ и посебно (2) ако запослени укаже да је оспорени акт мотивисан његовим статусом или активностима у својству представника запослених, чланством у синдикату или учешћем у синдикалним активностима, што такође представља вид дискриминације, конкретно *антисиндикалне дискриминације*¹⁹²⁰.

Пренос терета доказивања непостојања дискриминације, односно антисиндикалне дискриминације, на послодавца, има посебну вредност у споровима везаним за решавање вишка запослених, с обзиром на *висок ризик дискриминације скопчан са овим поступцима, будући да масовна отпуштања стварају погодан заклон да се под изговором "технолошких, економских или организационих промена" заправо спроводе нелегитимне кадровске промене*. Притом су посебно осетљиви синдикални представници, којима је законским променама из 2014. године одузета законска заштита од отказа за време и извесно време након трајања мандата и, посебно, законска заштита од проглашења вишком коју су до тада имали, чиме је практично једина одбрана од дискриминације и незаконитих отказа "спала" на пренос терета доказивања на послодавца, при чему су поступци решавања вишкова запослених двоструко ризични за ову категорију запослених, и то како (1) *због могућности да буду изложени различитим врстама притисака, с обзиром на посебну улогу репрезентативних синдиката* у поступцима колективних отпуштања, тако и (2) *због ризика да се ови поступци злоупотребе ради циљаног отпуштања синдикалних представника* под изговором престанка потребе за њиховим радом услед објективних пословних потреба предузећа.

4.2.3.2. Привремене мере које се могу одредити у току радног спора

У току поступка у парници из радног односа, суд може *на предлог странке или по службеној дужности* да одреди привремене мере у складу са законом који уређује извршење и обезбеђење¹⁹²¹, *ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненадокнадиве штете*. Суд ће одлуку о одређивању привремене мере по предлогу

¹⁹¹⁹ ЗР, чл. 23. Проф. Лубарда указује да је ово решење усвојено у домаћем праву под утицајем права Европске уније, којим је (Директива 97/80) предвиђено да терет доказивања у парницама из радних односа, у вези са дискриминацијом и злостављањем на раду, пада на терет туженог - послодавца (с тим да тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, односно злостављања на раду). Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, оп. cit.*, стр. 797.

¹⁹²⁰ ЗР, чл. 188.

¹⁹²¹ Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО ("Сл. гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење).

странке да донесе у року до осам дана од дана подношења предлога, а *против решења о одређивању привремене мере није дозвољена посебна жалба*¹⁹²². У литератури се изражава став да законодавац на наведени начин признаје изражени јавни интерес споровима из радног односа, односно истиче снажан интерес друштва за посебну заштиту радника, као повериоца, јер суду даје знатно шира овлашћења према дужнику у грађанским споровима¹⁹²³.

Закон о извршењу и обезбеђењу прописује две врсте привремених мера, и то ради обезбеђења новчаног и ради обезбеђења неновчаног потраживања, али су спречавање насилног поступања или отклањање ненадокнадиве штете прописани искључиво као услови за одређивање привремене мере ради обезбеђења неновчаног (али не и новчаног) потраживања,¹⁹²⁴ из чега се закључује да се привременом мером у парници из радног односа може захтевати искључиво обезбеђење неновчаног потраживања - поништаја незаконитог акта и успостављање пређашњег стања.

Запослени који предлаже одређивање привремене мере у радном спору дужан је да учини вероватним, кумулативно, (1) да је његово потраживање вероватно, односно да постоје артикулисане индиције да је спорни акт незаконит и (2) да је привремена мера неопходна ради спречавања насилног поступања или отклањања ненадокнадиве штете¹⁹²⁵.

Закон о извршењу и обезбеђењу прописује *exempli causa* више различитих врста привремених мера ради обезбеђења неновчаног потраживања, с тим што међу њима привремена мера којом се одређује *привремено уређење спорних односа да би се отклонила опасност од насиља или веће ненадокнадиве штете*, у највећем броју случајева кореспондира природи радног спора и сврси обезбеђења - заштити радног и социјалног положаја запосленог током трајања радног спора¹⁹²⁶. Последица усвајања

¹⁹²² ЗПП, чл. 439.

¹⁹²³ Б. Божовић, *оп. cit.*, стр. 193.

¹⁹²⁴ ЗИО, чл. 449. "*Привременом мером обезбеђује се новчано или неновчано потраживање чије постојање извршни поверилац учини вероватним (ст. 1). Да би се одредила привремена мера за обезбеђење новчаног потраживања извршни поверилац, поред вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним да ће без привремене мере извршни дужник осујетити или знатно отежати наплату потраживања тиме што ће своју имовину или средства отуђити, прикрити или на други начин њима располагати (опасност по потраживање) (ст. 2). Да би се одредила привремена мере за обезбеђење неновчаног потраживања, извршни поверилац, осим вероватноће постојања потраживања, мора учинити вероватним и да би без привремене мере испуњење његовог потраживања било осујећено или знатно отежано или да ће бити употребљена сила или настати ненадокнадива штета (опасност по потраживање) (ст. 3)".*

¹⁹²⁵ ЗИО, чл. 449, ст. 3.

¹⁹²⁶ ЗИО, чл. 460. "*Ради обезбеђења неновчаног потраживања може да се одреди свака мера којом се постиже сврха обезбеђења, а нарочито: 1) забрана извршном дужнику да отуђи, односно оптерети покретне ствари које су предмет потраживања извршног повериоца и, по потреби, њихово одузимање од извршног дужника и поверавање на чување извршном повериоцу или другом лицу или судском депозиту; 2) забрана извршном дужнику да отуђи, односно оптерети непокретност која је предмет потраживања извршног повериоца, уз упис забележбе забране у катастар непокретности; 3) забрану извршном дужнику да предузима радње које могу нанети штету извршном повериоцу и забрану да промени ствар која је предмет потраживања извршног повериоца; 4) забрана дужнику извршног дужника да преда извршном дужнику ствар која је предмет потраживања извршног повериоца; 5) налог Централном регистру хартија од вредности да упише забрану отуђења и оптерећења акција које су предмет потраживања извршног повериоца*

ове привремене мере је привремена реинтеграција запосленог у радни однос, до правноснажног окончања парнице.

Ипак, како парнични закон није ограничио могуће привремене мере само на наведену врсту, запослени може захтевати и другу врсту привремене мере, па је тако у судској пракси било случајева усвајања привремене мере забране отуђења и оптерећења непокретности послодавца¹⁹²⁷.

Интересантно је приметити да, *иако могућност одређивања привремене мере - враћање запосленог на рад до правноснажног окончања радног спора, начелно постоји, судови у радним споровима релативно ретко доносе ову привремену меру*, а запослени, иако неретко подносе предлоге за одређивање привремене мере¹⁹²⁸, ипак се далеко чешће, након подношења тужбе у радном спору, опредељују за специфичну инспекцијску "привремену меру", односно обраћају инспекцији рада са захтевом за одлагање решења о отказу уговора о раду.

Верујемо да би разлози могли бити двоструки. *Први разлог* лежи у чињеници да се и инспекцијском "привременом" мером може постићи привремена реинтеграција у радни однос до правноснажног окончања радног спора, а да у пракси инспекторат рада одлучује у краћим роковима од суда. Верујемо да разлог овоме у највећој мери лежи у чињеници да Закон о раду експлицитно прописује могућност да се инспекцијском мером запослени привремено реинтегрише у радни однос до правноснажног окончања радног спора, док у односу на судску привремену меру то није на јасан начин прописано, што чини додатно оправданим предлог да се могућност и услови за одређивање судске привремене мере враћања на рад пропишу Законом о раду. *Други разлог* могао би бити у томе што могућност одређивања привремене мере враћања на рад у судском поступку није експлицитно прописана. Сматрамо стога, да би *de lege ferenda, привремене мере које су специфичне за радне спорове требало инкорпорирати у Закон о раду*, као што је то учинио хрватски законодавац, те експлицитно *прописати могућност одређивања привремене мере враћања на рад/реинтеграције у радни однос до окончања радног спора*.

Апстрахујући за моменат несумњиви интерес запослених за одређивањем привремених мера враћања на рад, сматрамо да ове мере, осим у изузетним случајевима очигледних злоупотреба права, не представљају облик заштите

и упише забрану извршном дужнику да користи право гласа из акција и располаже њиме; б) налог извршном дужнику да предузме радње потребне да се сачува непокретност или покретна ствар и спречи њихова физичка промена, оштећење или уништење; 7) привремено уређење спорног односа, ако је потребно да би се отклонила опасност од насиља или веће ненадокнадиве штете."

¹⁹²⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1863/2015 од 06.04.2016. године.

¹⁹²⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 791.

инхерентан поступцима решавања вишка запослених, с обзиром да послодавац у тим поступцима гаси послове на којима су запослени радили, па чак и целе организационе јединице и, по правилу, није у ситуацији да им омогући да раде, услед чега се ова врста привремене мере у тим поступцима може сматрати као несразмеран терет и ограничење слободе предузетништва, због чега се, примера ради, у немачком праву привремене мере скоро никада не усвајају у споровима због отказа условљених пословним потребама послодавца.

4.2.3.3. Правила о хитном решавању радних спорова

Специфичност ове врсте спорова требало би да буде, у складу са изричитом законском одредбом, хитност у њиховом решавању. Начело хитности манифестује се кроз (1) декларацију да "у поступку у парницама из радних односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова"¹⁹²⁹, (2) законско утврђивање краћег рока за извршење чинидбе од осам дана, у односу на општи рок прописан одредбама парничног закона, који износи 15 дана¹⁹³⁰, као и (3) дужност одржавања рочишта и у одсуству уредно позваног послодавца, као туженог.

Поред тога, хитност би требало обезбедити и институтима општег парничног поступка, као што су: (4) обавеза странака да сав расположиви чињенични и процесни материјал изнесу већ у припремној фази поступка, (5) одређивање временског оквира поступка, (6) употреба савремених аудиовизуелних средстава у поступку, (7) обавеза одговарајуће сарадње странака и других учесника у поступку приликом достављања писмена од стране суда, (8) проширење круга процесних радњи које су временски ограничене, (9) начело концентрације поступка, према коме би главну расправу требало закључити на једном рочишту, (10) могућност да се по жалби пресуда укине само једном и врати првостепеном суду на поновно суђење, уз обавезу мериторног пресуђења, у случају новог жалбеног поступка¹⁹³¹. Закон, међутим, не прописује рокове у којима се радни спор мора окончати, тако да начело хитности остаје на нивоу пуке прокламације. Штавише, законско решење које је у Републици Србији било на снази од 2001. до 2005. године и изричито прописивало обавезу да се радни спор правноснажно оконча у року од

¹⁹²⁹ ЗПП, чл. 438.

¹⁹³⁰ ЗПП, чл. 439, ст. 1. Општи рок за извршење чинидбе прописан је одредбама чл. 345 истог закона.

¹⁹³¹ Б. Божовић, *оп. cit.*, стр. 192, 194-195, 197-198.

шест месеци од дана подношења тужбе¹⁹³², важећим законом је напуштено као неизводљиво.

Стога једину брану неконтролисано дугом трајању поступка представљају одредбе Закона о заштити права на суђење у разумном року¹⁹³³, међутим и та заштита је веома релативна, будући да наведени закон, иако предвиђа могућност убрзавања поступка у поступку који је хитан, приоритетан у односу на друге поступке и за странке бесплатан¹⁹³⁴, прописује да се при одлучивању о правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року *"уважавају све околности предмета суђења, пре свега сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање поступка и поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења или истраге, значај предмета суђења или истраге по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних права и обавеза, затим поштовање редоследа решавања предмета и законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и изјаву одлука"*¹⁹³⁵. Следствено наведеном, процена да ли радни спор траје преуто изложена је субјективним оценама председника судова и, по нашем мишљењу, презахтевној администрацији у не тако кратким роковима, чиме се не гарантује хитност окончавања радног спора. Наиме, странка има право да поднесе *приговор ради убрзавања* поступка председнику суда пре којим се води поступак, који о истом *одлучује у року од два месеца*¹⁹³⁶. Уколико приговор усвоји, председник суда *налаже судији* процесне радње које делотворно убрзавају поступак и рок у коме морају бити предузете, а који не може бити краћи од 15 дана, нити *дужи од четири месеца*, при чему председник суда може одредити првенство у одлучивању, затим одузети предмет судији и доделити га другом, ако је право странке повређено због преоптерећености или дужег одсуства судије.¹⁹³⁷ Уколико првостепени суд одбије приговор или о истом *не одлучи у року од два месеца*, странка има право жалбе председнику непосредно вишег суда¹⁹³⁸, који о истој одлучује *у року од 30 дана*¹⁹³⁹. Странка којој је ускраћено право на суђење у разумном року може да оствари право на правично задовољење, што подразумева (1) право на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року у висини од 300 до 3.000 еур, као и (2) право на

¹⁹³² Закон о раду ("Сл. гласник РС", бр. 70/2001 и 73/2001), чл. 122, ст. 3.

¹⁹³³ Закон о заштити права на суђење у разумном року ("Сл. гласник РС", бр. 40/2015).

¹⁹³⁴ *Ibid.*, чл. 3, ст. 2.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, чл. 4.

¹⁹³⁶ *Ibid.*, чл. 7.

¹⁹³⁷ *Ibid.*, чл. 11.

¹⁹³⁸ *Ibid.*, чл. 14.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, чл. 20.

објављивање писане изјаве Државног правобранилаштва или пресуде, којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року¹⁹⁴⁰.

Да механизми успостављени Законом о заштити права на суђење у разумном року не могу сами по себи да обезбеде хитност неопходну у радним споровима, говоре статистички подаци основних судова, који показују константу у динамици решавања предмета и учешћу у броју старих предмета у укупном обиму рада, приказани у доњој табели, из којих произилази да су судови у константној доцњи, јер годишњи прилив предмета константно кореспондира броју нерешених на крају периода, из чега произилази (1) да закон није донео убрзање решавања предмета, иако је то била интенција доношења овог закона, тако да запосленима преостаје могућност пријема скромне накнаде, која буџет у збиру много кошта, а запосленима не чини компензацију за предуго трајање спора и (2) да радни спорови који у првом степену могу да се реше у првих годину дана чине изузетке од правила, тако да само у првом степену око 90% предмета траје по две године¹⁹⁴¹.

Табела бр. 4

Параметар	2015	2016	2017
Почетно стање	41.303	37.548	32.591
Прилив	38.437	32.507	40.832
Решено	37.540	37.467	35.014
Нерешено	42.200	32.588	38.409
Нерешено 2-3 год.	3.796	3.582	2.943
Нерешено 3-5 год.	3.415	2.466	2.345
Нерешено 5-10 год.	2.001	2.122	1.546
Нерешено преко 10 год.	211	299	234
% старих предмета (3-10 год.)	11.82	12.09	9.63

Када се томе дода податак да је иста ситуација и у апелационим судовима, чији је број решених предмета еквивалентан годишњем приливу, тако да постоји

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, чл. 23, 30.

¹⁹⁴¹ Статистика о раду судова за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступна на интернет страници Врховног касационог суда.

константан заостатак, с тим што је учешће старих предмета још и веће и износи око 20%, при чему највеће учешће у старим предметима имају они старости од 3-5 година¹⁹⁴², што такође имплицира да на просечне две године трајања првостепеног поступка, следи једнако просечно трајање другостепеног поступка, при чему апелациони суд има право да једном врати предмет у први степен, чиме се поступак додатно продужава, што доводи до тога да запосленог од тужбе до правноснажне пресуде неретко дели пет-шест година, чиме судска заштита почиње да губи смисао.

С друге стране, хитност окончања радног спора је од есенцијалног значаја, како то указује Европски суд за људска права, и то не само за запосленог већ и за послодавца, тако да неефикасност поступка није у интересу ниједне од страна. Сматрамо, стога, да је *de lege ferenda* неопходно спровести корените измене у односу на питање хитности поступка, а као пример сасвим извесно треба узети немачко право, које низом синхронизованих механизма обезбеђује убрзавање и економичност поступка.

4.2.4. Границе судске контроле у споровима поводом колективних отпуштања

Иако је универзалним радним стандардима¹⁹⁴³ предвиђена могућност да се националним прописима предвиди овлашћење судова или арбитража да у одређеној мери цене оправданост колективних отпуштања, домаћи закон такву могућност није експлицитно предвидео. С друге стране, закон прописује обавезу послодавца да у програму решавања вишка запослених наведе "разлог престанка потребе за радом запослених"¹⁹⁴⁴, па се оправдано поставља питање у којој је мери суд овлашћен да цени разлоге које наведе послодавац.

У јуриспруденцији Врховног касационог суда је по том питању заузет став да *"спровођење организационих, економских и технолошких промена спада у аутономну и самосталну област деловања туженог као привредног субјекта, чију целисходност и оправданост не може суд да цени."*¹⁹⁴⁵ Наиме, *"економске, организационе и технолошке промене правног лица представљају његову пословну политику, због чега њихово постојање и испуњеност ових услова за*

¹⁹⁴² *Ibid.*

¹⁹⁴³ Конвенција бр. 158, чл. 9, ст. 3.

¹⁹⁴⁴ ЗР, чл. 155, ст. 1, т. 1.

¹⁹⁴⁵ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1126/2017 од 11.05.2017. године. Идентичан став и исте или врло сличне формулације изражавају се у низу других одлука овог суда, тако: Рев2 431/2015 од 09.12.2015. године, Рев2 2031/2015 од 13.04.2016. године, Рев2 2192/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 2194/2015 од 11.05.2016. године, Рев2 2204/2015 од 28.01.2016. године, Рев2 388/2015 од 09.12.2015. године, Рев2 1769/2016 од 15.12.2016. године, Рев2 1137/2015 од 11.02.2016. године, Рев2 2252/2015 од 14.04.2016. године, Рев2 410/2014 од 22.04.2015. године.

покретање и спровођење поступка одређивања вишка запослених, не може бити предмет преиспитивања у судском поступку за заштиту права из радног односа у случају отказа уговора о раду применом члана 179. став 1. тачка 9 Закона о раду"¹⁹⁴⁶, "јер би то било у супротности са чланом 82. Устава Србије"¹⁹⁴⁷. То практично значи да одлука послодавца о технолошким, економским или организационим променама, као еманација његове слободе предузетништва, може да буде и штетна за послодавца, односно послодавац има право да буде лош домаћин и неталентован предузетник, а да то нема за реперкусију незаконитост индивидуалних отказа који су последица нерационалних одлука послодавца. Технолошке, економске и организационе промене не морају нужно имати за циљ постизање уштеда и на суду није да цени да ли је послодавац увођењем промена које су резултирале вишком запослених остварио уштеде¹⁹⁴⁸.

По оцени Врховног касационог суда, *"организација рада је део аутономије послодавца, који самостално утврђује организациону структуру и послове који се врше у организационим деловима, ради обављања делатности или у вези са обављањем делатности, па је с тим у вези део аутономије послодавца и да вршење одређених послова организује путем једног извршиоца тих послова или путем више извршилаца. Суд нема овлашћење да испитује оправданост оснивања или укидања радних места или организационих целина, нити на који правно дозвољени начин ће послодавац организовати обављање одређених послова, јер је то изричито овлашћење послодавца на основу цитираних одредаба ставова 2. и 3. члана 24. Закона о раду."*¹⁹⁴⁹

Слобода предузетништва, иако широко афирмисана у домаћој јуриспруденцији, ипак није неограничена, већ је омеђена овлашћењем суда да преиспита да ли су пословне одлуке послодавца о технолошким, економским или организационим променама заиста резултирале престанком потребе за радом запосленог због укидања његових послова или смањења броја извршилаца на истим, или су послужиле као оруђе за одређене злоупотребе права од стране послодавца. Наиме, пословна одлука о увођењу одређених промена, била она рационална и

¹⁹⁴⁶ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1119/2015 од 10.09.2015. године.

¹⁹⁴⁷ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 431/2015 од 09.12.2015. године. Чл. 82 Устава прокламује: "Економско уређење у Републици Србији почива на тржишној привреди, отвореном и слободном тржишту, слободи предузетништва, самосталности привредних субјеката и равноправности приватне и других облика својине (ст. 1). Република Србија је јединствено привредно подручје са јединственим тржиштем роба, рада, капитала и услуга (ст. 2). Утицај тржишне привреде на социјални и економски положај запослених усклађује се кроз социјални дијалог између синдиката и послодавца (ст. 3)."

¹⁹⁴⁸ "Ради унапређења свог рада и пословања, као и из других разлога, послодавац може да уведе економске и организационе промене, услед чега може престати потреба за обављањем одређеног посла код истог, на начин као до промена, а да ли је тужени на овај начин остварио уштету у пословању, није на суду да цени." Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1667/2013 од 10.02.2014. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 461/2014 од 10.12.2014. године.

¹⁹⁴⁹ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 723/2016 од 27.04.2017. године.

пословно оправдана или не, мора бити (1) индукована објективним пословним потребама, (2) образложена и конкретизирана у погледу природе промена које се уводе¹⁹⁵⁰ и (3) водити објективном престанку потребе за радом одређеног запосленог¹⁹⁵¹, те не може служити као средство помоћу кога послодавац, скривен иза паравана објективних пословних промена, заправо реализује одређена персонална кадровска решења. Како је то сликовито изразио Апелациони суд у Новом Саду, *"несумњиво је да је законско право послодавца да одлучи којим радницима ће отказати уговор о раду по основу технолошког вишка, али је услов за законитост отказа по овом основу постојање објективних разлога за отказ и одговарајуће промене које морају имати објективну структурну вредност да би се отказ због престанка потребе за радом запосленог могао сматрати оправданим. Дакле одређене економске, организационе и технолошке промене морају бити извршене и њихов резултат мора бити укидање радног места или смањење обима посла на одређеном радном месту."*¹⁹⁵² Слично, у спору у коме је послодавац као разлог настанка вишка запослених навео "знатно измењене тржишне услове и пад куповне моћи становништва који су довели до смањења обима посла, повећања трошкова пословања и тепкоћа у измиривању доспелих финансијских обавеза", суд је утврђивао износе пословних прихода и добити послодавца и поништио решење о отказу када је утврдио да су се оба наведена параметра повећала у години у којој је запосленом отказан уговор о раду у односу на претходну годину, закључивши да је, насупротив тврдњи послодавца о смањењу обима посла, дошло до повећања обима

¹⁹⁵⁰ Пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 2652/11 од 01.12.2011. године изражен је став да је тужени послодавац дужан да у оспореном решењу наведе које су то конкретне технолошке, економске или организационе промене код туженог довеле до престанка потребе за обављањем посла. Према становништу тог суда, *"послодавац је дужан не само да констатује да су технолошке, економске или организационе промене спроведене, већ и да, сходно одредби члана 179. тачка 9. Закона о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05, 61/05), исте конкретизује, наведе у чему се оне састоје, а да затим, применам тачно одређених конкретних критеријума...утврди за радом ког запосленог је престала потреба. Тужени послодавац је, напротив, оспореним решењем само констатовао да су код њега наступиле технолошке, економске или организационе промене (на није јасно да ли су наступиле технолошке или економске или организационе промене) као и да је због објективног разлога – недостатка простора престала потреба за радом тужиоца, који је долазио на посао, а није могао да обавља послове свог радног места (за разлику од другог извршиоца који је исте обављао)." Такође, у судској пракси се изражавају и ставови да је послодавац пре доношења програма решавања вишка запослених дужан да изради елаборат о структурним променама које доводе до вишка запослених. Видети: Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1341/2015 од 09.06.2016. године.*

¹⁹⁵¹ У том смислу пресуде Врховног касационог суда Рев2 659/14 од 07.05.2015. године и Рев2 760/15 од 24.02.2016. године, којима је суд изразио следећи став. *"Технолошке, економске и организационе промене код послодавца представљају његову пословну политику, коју суд није овлашћен да цени у поступку оцене законитости решења о престанку радног односа запосленом по овом основу, али разлози за престанак потребе за радом запосленог морају бити објективни и оправдани."* О незаконитости решења о отказу у ситуацији када потреба за радом запосленог није објективно престала, већ исте послове или незнатно измењене послове под истим или измењеним називом обављају други запослени, видети: Пресуде Врховног касационог суда Рев2 574/10 од 18.02.2010. године и Рев2 2518/2015 од 19.05.2016. године, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1776/2012 од 17.12.2012. године потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 564/13 од 27.06.2013. године.

¹⁹⁵² Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1807/2011 од 26.09.2011. године, потврђена пресудом Врховног касационог суда Рев2 20/12 од 18.10.2012. године.

посла, те да се није остварила економска, нити било која друга врста промене која би оправдала престанак потребе за радом запосленог¹⁹⁵³.

4.2.5. Правне последице одлуке суда о незаконитости отказа

4.2.5.1. Враћање на рад на исте или одговарајуће послове

Уколико суд утврди да је запосленом престао радни однос без основа, суд ће, на његов захтев, обавезати послодавца да запосленог врати на рад¹⁹⁵⁴. Према становишту израженом у јуриспруденцији Врховног касационог суда, "запослени мора да се одмах изјасни у тужби ради поништаја отказа (у преклузивном року) да ли захтева реинтеграцију или не. Ако поднесе тужбу по правноснажности одлуке о отказу биће преклудирани (тужба ће бити одбачена)".¹⁹⁵⁵ Према томе, у домаћем праву не постоји концепт обавезне реинтеграције, који је историјски био присутан у југословенском праву,¹⁹⁵⁶ али је укинута са првим транзиционим Законом о раду, донетим 2001. године, након чега је тренд ишао у правцу додатне либерализације режима реинтеграције, тако што је законским новелама из 2005. године уведен институт паушалне накнаде штете као алтернативе враћању на рад, о чему ће у наставку рада бити више речи. Иако на први поглед делује да концепт обавезне реинтеграције обезбеђује виши ниво заштите права запослених, због чега исти наилази на своју афирмацију и у правној доктрини и неким страним правима, чини се да концепт усвојен у позитивном домаћем законодавству има свој смисао и оправдање. Наиме, како указује проф. Лубарда, иако концепт обавезне реинтеграције води стабилности запослења као идеалу, истовремено уноси "елемент ригидности у односима између запослених и послодаваца, јер и када ни послодавац (редовно) ни запослени (ретко) то не би желели (али зато што је законом лимитирана могућност запосленог да бира шта ће у тужбеном захтеву истаћи – реинтеграцију или накнаду штете уместо реинтеграције), суд досуђује реинтеграцију,

¹⁹⁵³ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2878/2016 од 09.02.2017. године.

¹⁹⁵⁴ ЗР, чл. 191, ст. 1.

¹⁹⁵⁵ Предраг Трифуновић, "Нови Закон о раду: два спорна питања субординације", *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2015, стр. 269.

¹⁹⁵⁶ Више у: Бранко Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 705. Проф. Лубарда указује да је у југословенском праву био прихваћен концепт обавезне реинтеграције у случају незаконитог престанка радног односа, према коме су судови досуђивали реинтеграцију чак и уколико запослени у свом тужбеном захтеву није изричито захтевао враћање на рад, те да је евентуално неистичање захтева за враћање на рад резултирало само ограничавањем права на накнаду штете у виду изгубљених зарада, али не и супстанцијалним правом на враћање на рад.

иако би и послодавцу, а, не ретко и запосленом више одговарало досуђивање накнаде штете уместо реинтеграције"¹⁹⁵⁷. Поред тога, у домаћој доктрини се указује да реинтеграција није увек могућа нити оправдана, што концепт обавезне интеграције у низу ситуација чини додатно неподесним. Тако, проф. Лубарда указује да "концепт обавезне реинтеграције има нарочито слабост ако суд не донесе привремену меру којом отпуштеног враћа на рад до правноснажног окончања радног спора, јер (ако суд утврди незаконитост отказа) суд поред реинтеграције досуђује и накнаду штете због немогућности радника да ради за послодавца, чиме се послодавац доводи у још неповољнији положај"¹⁹⁵⁸. С друге стране, проф. Ковачевић подсећа да делотворност заштите радника која се обезбеђује посредством правила о реинтеграцији зависи од више чинилаца, међу којима и "од природе радне средине (у смислу да је реинтеграција лакша у већим радним срединама, у којима не долази до развоја блиских веза између послодавца и запослених), као и од дужине радног спора (у смислу да дугачки поступци не делују повољно на реинтеграцију)", што указује да обавезна интеграција не мора нужно представљати делотворно решење ни са аспекта запосленог"¹⁹⁵⁹.

Закон не прописује обавезу послодавца да запосленог врати на исте послове које је обављао пре отказа, а из текста закона се не може са сигурношћу закључити да ли запослени има право да захтева враћање на послове које је обављао до незаконитог отказа или може само да захтева враћање на рад на послове који су одговарајући са аспекта његове стручне спреме и радних способности или, пак, мора да свој захтев формулише у складу са законском синтагмом "врати на рад" без ближег одређења квалитета тог враћања.

Проф. Ковачевић сматра да "враћање радника на рад подразумева његов повратак на претходни (ранији) посао, а, у случају да је он укинут, на посао који одговара његовој стручној спреми, знању и способностима. Ово стога што предметна последица незаконитог престанка радног односа претпоставља васпостављање запослења које је постојало пре престанка радног односа, а, што укључује и васпостављање услова рада, у најширем смислу речи. Раднику, отуд, мора бити враћен "његов" посао са истом зарадом и другим условима рада, али и са истим

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*, стр. 704.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, стр. 704-705.

¹⁹⁵⁹ Д. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, стр. 179. У том смислу, проф. Ковачевић указује на закључке са 82. заседања Међународне организације рада, сумиране у: ILC, 82 session 1995, *Protection against unjustified dismissal*, стр. 221.

дужностима, као и пре отпуштања".¹⁹⁶⁰

С друге стране, у јуриспруденцији Врховног касационог суда преовлађује став да запослени може бити враћен на послове према својој стручној спреми, знању и способностима, а не на исте послове које је обављао до отказа. Истини за вољу, наведени став је прилично имплицитно изражен, претежно тако што се одлукама овог суда потврђују одлуке нижестепених судова, којима су запослени враћени на рад на одговарајуће послове у складу са својом стручном спремом, знањем и способностима¹⁹⁶¹, мада има примера да је Врховни касациони суд преиначио нижестепене одлуке којима је одбијен тужбени захтев за поништај отказа и враћање на претходне послове, али је приликом преиначења, без посебног образложења, обавезао послодавца на враћање на рад на послове према стручној спреми и радним способностима (а не на враћање на послове који су претходили незаконитом отказу)¹⁹⁶². Треба такође рећи да став о ограничењу права на враћање рад само на одговарајуће, а не на претходне послове, није сасвим униформан, тако да у јуриспруденцији Врховног касационог суда провејавају (такође имплицитно) и ставови о дозвољености постављања захтева за враћање на претходне послове, било као алтернативног¹⁹⁶³ или чак и искључивог¹⁹⁶⁴ (истина, ниједна од ових одлука не односи се на вишак запослених).

У судској пракси апелационих судова такође претеже становиште о постојању обавезе послодавца да запосленог врати на рад на послове који одговарају његовој стручној спреми, знању и способностима¹⁹⁶⁵. Штавише, у новијој пракси Апелационог суда у Нишу и то баш у спору проистеклом из вишка запослених, овај суд се експлицитно изјаснио по питању неоснованости тужбеног захтева за враћање на рад на одређено радно место, са аргументацијом да *"суд није овлашћен да врши распоређивање запослених, нити да накнадно или ретроактивно одређује њихово враћање на раније послове, након поништаја незаконите одлуке којом је утврђено да је за њиховим радом престала потреба. Тужени се може обавезати само да тужиоца врати на рад, док је питање које ће послове тужила убудуће обављати, у складу са стручном спремом коју поседује, у искључивој надлежности самог послодавца. Стога у односу на тај део тужбеног захтева Апелациони суд налази да тужбени*

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, стр. 178.

¹⁹⁶¹ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 1300/2016 од 29.06.2017. године, Рев2 1863/2016 од 16.03.2017. године, Рев2 906/2016 од 01.03.2017. године и Рев2 457/15 од 28.10.2015. године.

¹⁹⁶² Тако, Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 948/2015 од 09.03.2016. године.

¹⁹⁶³ На пример, Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1126/2015 од 24.02.2016. године.

¹⁹⁶⁴ На пример, Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 723/2015 од 18.11.2015. године.

¹⁹⁶⁵ На пример, пресуде Апелационог суда у Нишу у предметима: Гж1 1902/10 од 11.11.2010. године, Гж1 1787/13 од 30.08.2013. године, Гж1 1398/17 од 27.03.2018. године, Гж1 1249/17 од 20.02.2018. године, Гж1 929/18 од 24.05.2018. године, Гж 3413/14 од 03.12.2014. године.

*захтев тужилац није основан.*¹⁹⁶⁶ Истини за вољу, може се наићи на пресуде у којима је суд усвајао захтев за враћање на рад на послове које је запослени обављао пре незаконитог отказа, било као искључив или постављен алтернативно са захтевом за враћање на одговарајуће послове, али те одлуке нису донете у споровима поводом вишка запослених¹⁹⁶⁷.

У сваком случају, апстрахујући за моменат становишта изражена у јуриспруденцији судова, сматрамо да послодавац, као носилац аутономног и самосталног права на одлучивање о организацији рада и систематизацији послова¹⁹⁶⁸ има искључиве ингеренције у погледу распоређивања запослених, те да би обавезивање послодавца судском одлуком да запосленог врати на тачно одређене послове, без обзира да ли за истим постоји потреба и да ли је то реално могуће с обзиром на евентуална права других запослених који су у међувремену на те послове распоређени, представљало наметање прекомерних обавеза послодавцу, те да се обавезивањем послодавца да запосленог врати на рад обезбеђује довољан степен заштите, с обзиром да послодавац свакако не може да законито распореди запосленог на послове који нису одговарајући са аспекта његове стручне спреме и радних способности¹⁹⁶⁹. Штавише, у ситуацији када је запослени претходно био утврђен вишком запослених и када је послодавац стварно увео одређене промене због којих су послови које је запослени обављао укинута и за њима стварно нема потребе, али је отказ поништен због одређених недостатака друге врсте (на пример, постојала је могућност примене мере за запошљавање), било би заиста прекомерно нарушавање баланса права и интереса страна у радном односу уколико би послодавац пресудом био обавезан да поново инсталира послове које је запослени претходно обављао и који више немају никакву улогу у процесу рада, само да би запослени могао да се врати на исте послове.

С наведеним у вези, чини се изазовним следеће питање: како да поступи послодавац који нема ниједан расположив посао на који би могао да распореди запосленог кога на основу судске одлуке треба да врати на рад, нити има било какву реалну пословну потребу за радом запосленог? Да ли тај послодавац има право да запосленог поново утврди вишком и откаже му по том основу уговор о раду или је дужан да му по сваку цену обезбеди посао?

¹⁹⁶⁶ Пресуда Апелационог суда у Нишу у предмету 18Гж1 2689/18 од 12.10.2018. године.

¹⁹⁶⁷ Тако, пресуде Апелационог суда у Нишу у предметима 20Гж1 1178/13 од 20.12.2013. године и 18Гж 3876/17 од 07.12.2017. године.

¹⁹⁶⁸ ЗР, чл. 24.

¹⁹⁶⁹ ЗР, чл. 171, ст. 1, т. 1 и ст. 2, чл. 101.

Наведено питање је посебно осетљиво, будући да се овде супротставља обавеза извршења судске пресуде, која је део апсолутног јавног поретка, слободи предузетништва, која представља Уставом гарантовану категорију. Додатни изазов овом питању намеће императив, на који оправдано указује проф. Ковачевић, да реинтеграција "мора да обухвати *фактичко и активно укључивање радника у процес рада*, јер се, у супротном, може изобличити у злостављање на раду."¹⁹⁷⁰

По овом питању не постоји јединствени став ни у јуриспруденцији судова, која истини за вољу није екстензивна, па тиме ни довољно илустративна, већ се закључује да сваки случај мора бити засебно посматран. Тако је, у ситуацији када је послодавац због организационих промена које су претходиле правноснажности судске одлуке, укинуо послове које је запослени претходно обављао и нема објективну потребу за његовим радом, Врховни касациони суд стао на становиште да је послодавац правилно поступио када је овог запосленог утврдио вишком запослених и отказао му уговор о раду¹⁹⁷¹. С друге стране, у случају када је послодавац прибегао увођењу организационих промена које временски коинцидирају захтеву запосленог за враћање на рад и након отказа запосленом примио у радни однос новог извршиоца, Врховни касациони суд је ценио да је реч о злоупотреби права и незаконитом покушају опструкције извршења судске пресуде¹⁹⁷².

Сматрамо да претходна разматрања наводе на јасан закључак да запослени уживају висок степен заштите свог права на враћање на рад, уколико то желе, будући да им се гарантује враћање на одговарајуће послове и да послодавац не може да без знатног ризика избегне враћање запосленог на рад тако што ће га поново утврдити вишком.

Оно што је, међутим, још значајније и што домаће запослене доводи у бољу позицију у односу на посматрана страна права, јесте то да право на враћање на рад представља правило, а не изузетак, што је случај у значајном броју страних права, тако да запослени, по правилу, имају право на враћање на рад када је отказ утврђен недопуштеним због дискриминације или других разлога ништавости.

Наиме, у домаћем праву постоје само два случаја када суд неће удовољити захтеву запосленог за враћање на рад: (1) ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, али у току поступка

¹⁹⁷⁰ Др. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *оп. cit.*, стр. 179.

¹⁹⁷¹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 436/2016 од 08.06.2016. године.

¹⁹⁷² Тако, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 2455/2015 од 30.03.2016. године и Рев2 917/2015 од 04.11.2015. године.

послодавац докаже да постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, суд ће одбити захтев запосленог да се врати на рад и досудиће му накнаду штете у износу до 36 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице¹⁹⁷³ и (2) ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог¹⁹⁷⁴.

Треба рећи да први изузетак нема нарочит практични значај, јер послодавци, по правилу, не подносе захтеве да се запослени не врати на рад, с обзиром да су, према постојећој судској пракси, о чему ће у наставку бити више речи, у обавези да запосленом чије враћање на рад одбију, исплате не само наведену накнаду штете у висини до 36 месечних зарада запосленог, већ и интегралну накнаду изгубљених зарада од отказа до правноснажности пресуде, што је трошак који послодавци сматрају превисоким и стога практично и не настају ситуације у којима запослени не може да се врати на рад јер је послодавац тако захтевао. Но чак и да је тако, накнада у висини до 36 месечних зарада представља солидан супститут враћању на рад и у значајној мери штити наведено право, како својим постојањем (као одвраћајућим фактором за послодавце), тако и могућношћу остварења (јер доводи запосленог који се мимо своје воље неће вратити на рад у заштићен финансијски положај).

Други изузетак, опет, настаје искључиво у ситуацији ако је послодавац у поступку отказивања уговора о раду начинио пропусте који нису по својој природи такви да чине отказ уговора о раду неоправданим, у ком случају је ускраћивање запосленом права на враћање на рад разумно решење, при чему је и тај пропуст послодавца валоризован накнадом штете до шест месечних зарада запосленог.

Да закључимо: у домаћем праву принцип враћања на рад, упркос наведеним изузецима од правила о враћању на рад, доживљава и даље своју пуну афирмацију и оснажује положај запосленог не само са аспекта ефикасности судске заштите, будући да се запосленом осигурава поновно успостављање запослења у случају да суд утврди да је отказ био незаконит, већ и са аспекта претходне заштите запосленог у отказном поступку, с обзиром да свест послодавца о ризику

¹⁹⁷³ ЗР, чл. 191, ст. 6.

¹⁹⁷⁴ ЗР, чл. 191, ст. 7.

враћања запосленог на рад нужно резултира одговорнијим понашањем послодавца приликом разматрања отказивања уговора о раду, чиме се по аутоматизму штите интереси запослених и превенирају могући спорови.

4.2.5.2. Накнада штете као алтернатива враћању на рад

Накнада штете, као алтернатива општем правилу да запослени коме је незаконито отказан уговор о раду има право да се врати на рад, уведена је у домаће право легислативним изменама из 2005. године¹⁹⁷⁵. Супституција враћања на рад исплатом накнаде штете могућа је на захтев сваке од страна у радном односу.

Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на захтев запосленог, обавезати послодавца да му исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог, у зависности од времена проведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице¹⁹⁷⁶.

Запослени није дужан да на било који начин образлаже нити оправдава захтев за накнаду штете уместо враћања на рад, а суд ће му накнаду, одмерену према наведеним параметрима, досудити по аутоматизму. Дакле, није упитно да ће запослени, уколико не оптира за враћање на рад, бити титулар наведене накнаде, упитан је само њен износ. Притом, висина накнаде није ни у каквој корелацији са разлозима из којих запослени не жели да се врати на рад, већ је искључиво детерминисана социјално-економским параметрима, што практично значи да износ накнаде који инклинира максимуму може да оствари запослени који је код послодавца био у радном односу дуже времена, који има више година живота и већи број издржаваних чланова породице¹⁹⁷⁷, чак и уколико се запослио непосредно након незаконитог отказа.

С друге стране, *послодавац који је незаконито отказао уговор о раду, а не жели да се запослени врати на рад, дужан је да у току поступка докаже да постоје околности које оправдано*

¹⁹⁷⁵ Закон о изменама и допунама Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 61/05), чл. 10.

¹⁹⁷⁶ ЗР, чл. 191, ст. 5.

¹⁹⁷⁷ Примера ради, у ревизијској пресуди Врховног касационог суда у предмету Рев2 575/2016 од 20.04.2017. године, суд је оценио да "с обзиром на прописане критеријуме тужилац има право на накнаду штете у висини 18 зарада које би остварио да ради (издржава троје деце, има око 20 година радног стажа и 47 година живота)." У пресуди Рев2 1619/2015 од 25.05.2016. године, овај "суд је обавезао туженог да тужилци уместо рехабилитације исплати 15 зарада јер је тужилка била у радном односу код туженог 10 година, издржава сина на редовном школовању, а цењене су и године старости." С друге стране, Врховни касациони суд је пресудом Рев2 1639/2014 од 30.09.2015. године досудио накнаду штете у висини седам нето зарада тужилци која је у време престанка радног односа (2011. године) "имала 40 година живота, 13 година стажа осигурања и троје деце: Н.Е. (рођ. 1991. године) коме је самохрана родитељ, В.Р. (рођ. 2003. године) и В.Р. (рођ. 2009. године)". Такође, пресудом Рев2 2254/2016 од 24.01.2018. године, исти суд је досудио четири зараде запосленој која је имала 39 година живота, две године радног стажа код послодавца и живела у домаћинству са супругом и једним дететом.

указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, али у овом случају не постоји аутоматизам супституције враћања на рад накнадом штете, већ ће суд ценити оправданост захтева послодавца и удовољити захтеву послодавца само у изузетним случајевима, уколико се заиста увери да би враћање на рад било немогуће спровести или да би тако нешто представљало крајње нецелисходно решење. Тако је, на пример, Врховни касациони суд одбио захтев послодавца за накнаду штете уместо враћања на рад, оценивши да се не може извести закључак да наставак радног односа запослених није могућ у ситуацији када послодавац није доказао не постоје радна места на која су били распоређени пре незаконитог отказа (или друга радна места која одговарају њиховој стручној спреми знању и способностима)¹⁹⁷⁸. Слично, овај суд је одбио захтев послодавца за накнаду штете уместо враћања на рад, који је био аргументован чињеницом да је запосленом отказан уговор о раду као технолошком вишку, указавши да проглашење запосленог вишком не чини само по себи враћање на рад немогућим, те да захтеву који је заснован само на тој аргументацији, а без истицања неког другог разлога који би указивао да наставак радног односа између ове две стране није могућ, није могуће удовољити¹⁹⁷⁹. Међутим, чак и уколико суд усвоји захтев послодавца да исплати накнаду штете уместо враћања запосленог на рад, накнада коју је послодавац дужан да у овом случају исплати неће бити једнака накнади коју суд досуђује када запослени не жели да се врати на рад, већ се одређује у двоструком износу, дакле до 36 зарада запосленог, у зависности од истих социјално-економских параметара који детерминишу износ накнаде која се исплаћује на захтев запосленог.¹⁹⁸⁰

Према преовлађујућем становишту израженом у јуриспруденцији домаћих судова и правној доктрини, накнада штете која представља алтернативу враћању на рад не искључује право запосленог коме је незаконито отказан уговор о раду да према послодавцу истиче и захтев за накнаду изгубљених зарада за период од престанка радног односа до правноснажности пресуде којом је отказ поништен као незаконит¹⁹⁸¹. Овакав став углавном је заснован на следећој аргументацији: (1) да компензациона накнада представља замену предмета обавезе враћања на рад¹⁹⁸²,

¹⁹⁷⁸ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 897/2016 од 21.12.2016. године.

¹⁹⁷⁹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 960/2014 од 23.09.2015. године

¹⁹⁸⁰ ЗР, чл. 191, ст. 6.

¹⁹⁸¹ На пример, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 299/2016 од 30.03.2017. године, Рев2 2606/2016 од 08.11.2017. године.

¹⁹⁸²Боривоје Живковић, "Незаконит отказ и последице", *Избор судске праксе*, бр. 1/2006, стр. 32.

односно "цену за одустанак од реинтеграције"¹⁹⁸³, (2) да компензациона накнада нема за циљ успостављање претходно нарушене имовинске равнотеже (*restitutio in integrum*), већ искључиво надокнаду претпостављене изгубљене добити запосленог који нема вољу да успостави незаконито прекинут радни однос¹⁹⁸⁴, (3) да би искључивање права запосленог на реституциону накнаду било у супротности са чланом 190 Закона о облигационим односима, будући да у случају искључења реституционе накнаде запослени који не захтева враћање на рад не би био интегрално обештећен, на шта има право сагласно том закону¹⁹⁸⁵, (4) да реституциона накнада није акцесорно право реинтеграцији, већ представља самосталну правну последицу незаконитости отказа која није у корелацији са захтевом за враћање на рад¹⁹⁸⁶, као и (5) да компензациона накнада има пенални карактер¹⁹⁸⁷, односно да представља "својеврсну приватну казну".

Спорадично, више као изузеци од широко прихваћеног правила, јављају се и супротна становишта¹⁹⁸⁸, да се накнада штете уместо враћања на рад и накнада изгубљених зарада не могу кумулирати¹⁹⁸⁹.

Основицу за обрачун накнаде штете уместо враћања на рад представља зарада коју је запослени остварио у месецу који претходи месецу у коме му је престао радни однос. Утврђени износ накнаде штете умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа¹⁹⁹⁰, што по нашем мишљењу нема много смисла, јер основ исплате ове накнаде, у ситуацији када се запосленом уз право на ову накнаду, признаје и право на исплату изгубљених зарада,

¹⁹⁸³ Изет Суљовић, "Накнада штете у случају незаконитог отказа (члан 191. ст. 4. и 5. Закона о раду Србије)", *Билтен Врховног касационог суда* бр. 3/2011, стр. 307.

¹⁹⁸⁴Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 32.

¹⁹⁸⁵ Горан Обрадовић, "О потпуној накнади штете код незаконитог отказа", *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, Тематски зборник радова, књига трећа*, Центар за публикације, Ниш, 2009, стр. 98; И. Суљовић, *op. cit.*, стр. 309.

¹⁹⁸⁶ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 411/2017 од 20.04.2017. године.

¹⁹⁸⁷Б. Живковић, *op. cit.*, стр. 32.

¹⁹⁸⁸ За аргументе који говоре у прилог супротном ставу да радник коме је незаконито отказан уговор о раду, а који не захтева враћање на рад, нема право да поред тзв. компензационе накнаде, захтева и накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања вид. у: Ана Лазаревић, "Накнада штете као правна последица незаконитог отказа", *Право и привреда*, vol. 53, број 10–12/2015, стр. 96–111.

¹⁹⁸⁹ Тако, у пресуди Рев2 1846/2015 од 24.02.2016. године, Врховни касациони суд указује: "Дакле у случају незаконитог престанка радног односа, послодавац је дужан да запосленог врати на рад само уколико то запослени захтева, а уколико то није захтев запосленог, он у судском поступку може тражити накнаду штете у висини од највише 18 зарада које би остварио да је радно, што представља посебан вид штете, као супституцију уместо враћања на рад. Међутим, накнада штете у висини изгубљене зараде, предвиђена чланом 191. став 2. Закона о раду, представља нужну правну последицу незаконитог престанка радног односа, коју је послодавац дужан накнадити запосленом, независно од захтева запосленог да се врати на рад и која се не искључује у случају да таквог захтева нема у судском поступку (захтева за враћање на рад). То даље значи да накнада штете уместо враћања на рад из члана 191. став 4. Закона и *накнада штете у висини изгубљене зараде, из става 2. истог члана, представљају два различита вида штете, која се једино кумулативно не могу досудити запосленом коме је незаконито престао радни однос*, што у конкретном случају тужбеним захтевом није ни тражено."

¹⁹⁹⁰ ЗР, чл. 191, ст. 8 и 9.

може бити искључиво будућа незапосленост, са којом приходи остварени у периоду незапослености током трајања радног спора нису ни у каквој корелацији, а што је један од разлога због којих сматрамо да су компензациона и реституциона накнада штете неспојиве.

Упркос томе што аутор овог рада заступа став да се накнада штете која замењује враћање на рад и накнада изгубљених зарада не могу кумулирати, односно да остваривање права на накнаду штете која замењује враћање на рад искључује право на накнаду изгубљене зараде, чињеница је да преовлађујућа *судска пракса, која иде у прилог кумулацији накнада, ставља запосленог у материјално много повољнији положај у случају утврђења да је отказ био незаконит и истовремено значајно отежава положај послодавца, који је дужан да, поред накнаде штете уместо враћања на рад исплати запосленом и целокупан износ изгубљених зарада, што неминовно води конзервативнијем приступу послодавца приликом отказивања уговора о раду, односно повећаној пажњи приликом утврђивања ваљаних разлога за отказ и поступка отказа, а тиме и заштити права и интереса запослених и превенцији спорова који свој повод имају управо у повреди права.*

4.2.5.3. Накнада изгубљених зарада у периоду незапослености

Запослени коме је незаконито отказан уговор о раду има право на накнаду штете у висини изгубљене зараде која у себи садржи припадајући порез и доприносе за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио, у складу са законом¹⁹⁹¹.

Приликом утврђивања висине накнаде, не узимају се у обзир накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца¹⁹⁹², будући да су у питању примања која су непосредно везана за ефективан рад. Следствено, иако нису експлицитно искључене, у накнаду штете не урачунавају се ни увећана зарада за рад на дан празника који је нерадни дан, за рад ноћу и прековремени рад, као ни део зараде по основу радног учинка, с обзиром да су ово елементи зараде за обављани рад и време проведено на раду.

Следствено, запослени остварује право на накнаду штете у висини основне зараде утврђене уговором о раду увећане за тзв. минули рад, односно време

¹⁹⁹¹ ЗР, чл. 191, ст. 1 и 2.

¹⁹⁹² ЗР, чл. 191, ст. 2.

проведено на раду за сваку пуну годину рада остварену у радном односу код послодавца. Ова накнада се исплаћује запосленом у нето износу, умањена за износ пореза и доприноса који се обрачунавају по основу зараде¹⁹⁹³, који се уплаћују на буџетске рачуне ради повезивања стажа осигурања запосленог, у складу са законом.

Накнада штете се умањује за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа¹⁹⁹⁴.

У јуриспруденцији Врховног касационог суда заузет је став да накнада штете у висини изгубљене зараде "представља нужну правну последицу незаконитог престанка радног односа, коју је послодавац дужан накнадити запосленом, независно од захтева запосленог да се врати на рад и која се не искључује у случају да таквог захтева нема у судском поступку"¹⁹⁹⁵.

4.2.5.4. Правне последице повреде отказног поступка у случају када постоји ваљан отказни разлог

Легислативним изменама из 2014. године¹⁹⁹⁶, у домаће радно право је уведена, по речима судије Трифуновића, "револуционарна новина"¹⁹⁹⁷ у виду посебне санкције прописане за случај процесне незаконитости отказа, која се састоји у томе да, ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог.¹⁹⁹⁸ Основицу за обрачун накнаде штете представља зарада коју је запослени остварио у месецу који претходи месецу у коме му је престао радни однос, а утврђени износ накнаде штете умањује се за износ прихода које је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа¹⁹⁹⁹.

Наведене новеле чине се као значајно унапређење у односу на вишестепенијско решење домаћег права, према коме није постојала никаква дистинкција санкција с обзиром на разлог незаконитости отказа, већ су последице, било да је разлог незаконитости најмањи процесни недостатак или најгрубља

¹⁹⁹³ ЗР, чл. 191, ст. 3.

¹⁹⁹⁴ ЗР, чл. 191, ст. 9.

¹⁹⁹⁵ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 1846/2015 од 24.02.2016. године.

¹⁹⁹⁶ Закон о изменама и допунама Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 75/14).

¹⁹⁹⁷ П. Трифуновић, *оп. cit.*, стр. 270.

¹⁹⁹⁸ ЗР, чл. 191, ст. 7.

¹⁹⁹⁹ ЗР, чл. 191, ст. 8 и 9.

повреда радних и људских права запосленог, биле идентичне - враћање на рад и право на накнаду штете у виду свих изгубљених зарада у периоду незапослености.

Међутим, изгледа да дугогодишња традиција изједначавања свих последица отказа узима данак имплементацији новог решења, с обзиром да, иако исто постоји већ дуже од четири године, у судској пракси скоро да и нема пресуда које су санкционисале процесне недостатке одбијањем захтева запосленог да се врати на рад и обавезивањем послодавца на исплату до шест зарада, већ се и даље процесни недостаци санкционишу у складу са ранијим прописима. На стручним саветовањима и у литератури се овај приступ јуриспруденције објашњава делом проблемом идентификације процесних недостатака и успостављања дистинктивности ових у односу на материјалне недостатке. Тако, судија Трифуновић указује да "на судској пракси остаје проблем разграничења битних повреда поступка од релативно битних и антиципира да ће се вероватно постићи сагласност да оцена синдикалног мишљења, грешке у достављању, мане образложења, а у изузетним случајевима изостанак упозорења представљају релативно битне повреде. Осим тога, спорно у пракси биће да ли се 'преклузивни рок' третира као део поступка или не."²⁰⁰⁰ Оваквом схватању повреда поступка проф. Ковачевић ставља замерке, упозоравајући да "иако се те повреде законских одредаба могу учинити мање озбиљним у односу на престанак радног односа без основа, оне се ни у ком случају не смеју занемарити, тим пре што се тичу услова за делотворно остваривање начела правне сигурности, као и основних људских права, попут права на одбрану и правни лек."²⁰⁰¹

С друге стране, управо су у малобројним примерима судске праксе по овом питању, израженим у новијим пресудама Апелационог суда у Нишу, пропуштање послодавца да запосленом изда упозорење на постојање разлога за отказ уговора о раду због повреде радне обавезе или радне дисциплине, као и отказивање уговора о раду по истеку рока застарелости отказа, били квалификовани као процесни недостаци отказа²⁰⁰². Како ће Врховни касациони суд гледати на наведене ставове

²⁰⁰⁰ П. Трифуновић, *оп. cit.*, стр. 271.

²⁰⁰¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ, оп. cit.*, стр. 185.

²⁰⁰² Пресуда Апелационог суда у Нишу у предмету Гж1. 755/2017 19.06.2018. године: "Применам напред цитиране одређе, овај суд је одбио захтев тужиоца за враћање на рад, налазећи да је постојао основ за престанак радног односа, јер је сам тужилац изјавио да од 20.10.2014. године није долазио на рад, али да послодавац није поступио по одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа (није достављено упозорење тужиоцу на околности постојања разлога за отказ уговора о раду и отказан му је уговор о раду неблаговремено)." Слично је овај суд резонувао и у пресуди 18Гж1. 2349/16 од 09.08.2016. године, у којој је изразио став да је првостепени суд био дужан да, без обзира на застарелост давања отказа (по истеку субјективног рока за отказ), испита постојање повреде радне обавезе која је наведена као основ отказа, јер ако је та повреда извршена, застарелост давања отказа представља само повреду поступка отказа, која се санкциониште у складу са чл. 191, ст. 7 Закона о раду (одбијање захтева за враћање на рад и исплата до шест зарада).

нишке апелације, остаје да се види, али сматрамо да се схватању да изостанак упозорења и давање отказа упркос наступању застарелости представљају само недостатке поступка могу ставити одређене замерке. Наиме, изостанак упозорења, поред повреде поступка, представља и ускраћивање права запосленом на одбрану, које је једно од есенцијалних права запосленог у отказном поступку код повреде радне обавезе или радне дисциплине, непосредно усмерено на заштиту његовог запослења од исхитреног и незаконитог отказа, те се тешко може бранити теза да је изостанак истог само процесни недостатак отказа. Такође, свођењем застарелости отказа на питање повреде поступка се, по нашем мишљењу, флагрантно дерогира принцип правне сигурности, као једно од основних начела целог правног поретка, а не само радног права²⁰⁰³. Даљим елаборирањем разлога се нећемо бавити јер наведене две категорије разлога нису ни од каквог значаја за колективна отпуштања, али је било неопходно напоменути их ради илустрације стања у судској пракси по питању овако важне последице незаконитости отказа.

Међутим, оно што јесте од значаја за тему овог рада је то да, у ситуацији када Закон о раду чак и не индикује који се недостаци могу сматрати процесним, а у јуриспруденцији домаћих судова још увек не постоји никакав став по том питању, није могуће поуздано утврдити који би се пропусти у поступку колективног отпуштања сматрали процесним, а који материјалним недостацима, што представља сметњу за примену ове санкције приликом утврђивања незаконитости отказа. С друге стране, успостављање дистинкције између ових категорија је од великог практичног значаја и за послодавце и за запослене, послодавцима са аспекта могућности процене последица одређених пропуста и спрам тога успостављања градације обавеза и ризика, а запосленима са аспекта процене изгледа у случају покретања спора и целисходности подношења тужбе.

4.2.6. Правне последице одлуке суда о незаконитости измена уговорених услова рада

Исход поступка решавања вишка запослених, као што је већ претходно

²⁰⁰³ На том становишту стоји и судија Трифуновић, који оцењује да, чак и "под условом да се преклузивни рок схвати као један од елемената поступка не би било услова за примену цитираног правила из најмање два разлога: први је правна природа преклузивног рока (да се његовим истеком губи право, на њега суд нази по службеној дужности, нема прекида и застоја и да се не може продужавати) и други је везан за чињеницу поштовања начела савесног и поштеност поступка о коме је раније било више речи. Закон је продужио објективни и субјективни рок и давање отказа по протеклу тих рокова представља знак не добре него лоше воље послодавца јер се основано може претпоставити да је послодавац због протекла времена (или из других разлога) повреду радне обавезе и радне дисциплине опростио". Више у: П. Трифуновић, *оп. cit.*, стр. 271.

речено, не мора бити само отказ, већ то може бити и промена услова рада, која је запосленом суштински неприхватљива, али ју је прихватио како не би изгубио посао. Запослени у том случају има право да тужбом у радном спору оспорава законитост измене уговорених услова рада која му је понуђена као мера за запошљавање вишка запослених. Како се, у складу са законом, мера за запошљавање обезбеђује закључењем анекса уговора о раду²⁰⁰⁴, предмет радног спора је поништај тог анекса.

Последица поништаја анекса је успостављање пређашњег стања и анулирање свих последица незаконитог акта.

За разлику од преовлађујућег става домаћих судова да запослени коме је незаконито отказан уговор о раду не може са успехом захтевати враћање на послове које је обављао пре незаконитог отказа, већ само враћање на рад, на послове који одговарају његовој стручној спреми, знању и способностима, код поништаја анекса преовладава став да се успоставља пуна реституција, тако да се послодавцу који је незаконито преместио запосленог налаже да га врати на послове које је обављао пре незаконитог премештаја²⁰⁰⁵. Подсећамо да се негативан став јуриспруденције по питању враћања на исте послове у случају отказа заснива на томе да су организација и систематизација послова у искључивој ингеренцији послодавца и да судови стога нису надлежни да врше распоређивање запослених и тиме послодавцу намећу кадровска решења, што је управо случај уколико се послодавац судском одлуком обавезује да запосленог врати на тачно одређене послове, без обзира да ли је то уопште могуће, а потом и са аспекта процеса рада целисходно. Нема никакве сумње да би иста аргументација морала да важи и код поништаја анекса, међутим, у овом случају судови заузимају дијаметрално супротан став, који се, притом, ни на који начин не образлаже, већ се посматра као аксиомска категорија.

Сматрамо да је наведена биполарност правних последица отказа и анекса сама по себи недопустива, а апсурдност обавезе враћања на послове које је запослени претходно обављао посебно долази до изражаја код анекса уговора о раду који се нуде као мера за запошљавање управо стога што послови које је запослени претходно обављао више не постоје, односно укинута су изменама акта о организацији и систематизацији послова.

²⁰⁰⁴ ЗР, чл. 171, ст. 1, т. 4 у вези са чл. 155, ст. 1, т. 5.

²⁰⁰⁵ У том смислу, пресуда Врховног касационог суда Рев2 745/14 од 04.11.2015. године, пресуда Апелационог суда у Нишу 18Гж1 2131/11 од 04.11.2011. године и пресуде Апелационог суда у Београду Гж1 2097/18 од 16.11.2018. године и Гж1 3101/18 од 27.09.2018. године.

У случају поништаја незаконитог анекса, запослени има право на накнаду разлике у заради коју је остваривао на основу поништеног анекса и зараде коју би остваривао да до закључења незаконитог акта није дошло²⁰⁰⁶.

4.3. Колективни радни спорови поводом колективног отпуштања

4.3.1. Проблем нејасног законског уређења поступка решавања колективних радних спорова

Као што је већ раније било речи, колективни радни спорови деле се на (1) интересне колективне радне спорове, који настају у току колективног преговарања о закључењу или изменама и допунама колективног уговора и (2) правне колективне радне спорове, који настају у тумачењу и примени закљученог колективног уговора.

Иако је могућност решавања колективних радних спорова судским путем гарантована законом, чини се да је законодавац ипак имао у виду приоритет постизања консензуса социјалних партнера о спорним питањима, па је тако предвидео могућност застоја у парничном поступку, најдуже до 30 дана, да би странке покушале да спор реше мирним путем²⁰⁰⁷, дајући тиме предност методима мирног решавања спора у односу на њихово судско решавање.

Међутим, како са правом указује проф. Јовановић, законска формулација која уређује поступак њиховог решавања је "неуобичајена" и "није довољно јасна", због чега наводи на закључак да се поступак њиховог судског решавања разликује²⁰⁰⁸.

У том смислу, проф. Јовановић указује на одредбу Закона о раду, која предвиђа да *учесници у закључивању колективног уговора* могу пред надлежним судом да остваре заштиту *права утврђених колективним уговором*²⁰⁰⁹, из које се може закључити да се судска заштита односи на колективне интересне спорове, будући да као стране у спору наводи "учеснике у закључивању колективног уговора", док са друге стране, може навести на закључак да се судска заштита односи и на колективне правне спорове, будући да се односи на "права утврђена колективним уговором", што значи да је реч о спору у примени права, а не закључењу, односно изменама и допунама колективног уговора. Проф. Јовановић са правом указује да се, "ако је реч о правном

²⁰⁰⁶ У том смислу: Пресуда Врховног касационог суда Рев2 745/14 од 04.11.2015. године, пресуда Апелационог суда у Нишу 18Гж1 2131/11 од 04.11.2011. године.

²⁰⁰⁷ ЗПП, чл. 444, ст. 1.

²⁰⁰⁸ П. Јовановић, *Радно право, оп. сит.*, стр. 398, 399, 404.

²⁰⁰⁹ ЗР, чл. 265, ст. 4.

спору, не може говорити о учесницима у закључивању колективног уговора, већ о потписницима колективног уговора"²⁰¹⁰ и закључује да ову законску одредбу треба јасније формулисати. У прилог овом ставу, додаћемо и да је наведена одредба садржана у члану Закона о раду који је у целости посвећен уређењу решавања *правних колективних радних спорова* путем арбитраже²⁰¹¹, што додатно чини њену садржину конфузном, јер номотехничко оправдање постављања ове одредбе у наведени члан постоји искључиво уколико се иста односи на судско решавање колективног правног спора који странке нису могле решити арбитражним путем. С друге стране, ова одредба је кохерентна са одредбом члана 443 Закона о парничном поступку, која прописује могућност судског решавања колективног интересног спора који се није могао решити мирним или арбитражним путем, што враћа на закључак да се наведена законска одредба ипак односи на колективне интересне спорове, у ком случају је и њена формулација и позиција у структури законских одредби потпуно неодговарајућа.

Поред наведеног, извесну конфузију уносе и одредбе Закона о парничном поступку, који садржи посебно поглавље под називом "Поступак у парницама поводом колективних уговора"²⁰¹², што указује да се његова правила односе на све колективне радне спорове, како правне, тако и интересне. Међутим, одређене одредбе индикују да се ово поглавље заправо односи само на колективне интересне спорове, те тако проф. Јовановић сматра да се посебна правила парничног закона односе искључиво на те спорове, док се колективни правни спорови решавају по општим правилима парничног поступка²⁰¹³. С друге стране, има аутора који уопште не доводе у сумњу да се посебне одредбе о парницама поводом колективних уговора односе искључиво на колективне правне уговоре, на основу *a priori* уверења да судски спор није подесан метод решавања колективних интересних, без удубљивања у законске одредбе које су извор конфузије²⁰¹⁴.

У сваком случају, претходни дискурс несумњиво указује на неопходност да се, *de lege ferenda*, посвети пажња јаснијем прописивању правила поступка у овој врсти спорова, како би се избегле сасвим непотребне нејасноће и проблеми који из тога могу проистећи.

²⁰¹⁰ П. Јовановић, "Грађа за колективно радно право Србије" у: "Социјална права и економска криза - дванаести златиборски правнички дани", Зборник радова са саветовања правника, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Златибор, 2009, стр. 166.

²⁰¹¹ ЗР, чл. 265, ст. 1-3.

²⁰¹² ЗПП, поглавље XXX, чл. 442-447.

²⁰¹³ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, стр. 403-404.

²⁰¹⁴ М. Стојановић, *op. cit.*, стр. 267-269.

4.3.2. Поступак решавања и правно дејство судске одлуке у правном колективном радном спору

Судско решавање правних колективних радних спорова сматра се примереним природи тих спорова, јер је реч о спору поводом примене права²⁰¹⁵.

Стране у овом спору су репрезентативни синдикат који је закључио колективни уговор у чијој је примени спор настао и послодавац код кога је колективни уговор закључен, односно унија послодаваца, уколико је до спора дошло у примени колективног уговора закљученог на вишем нивоу колективног преговарања.

Како је већ претходно указано, *није најјасније да ли се посебна правила "поступка у парницама поводом колективног уговора" примењују на колективне правне спорове*, или се поступак решавања ове врсте спорова води према општим правилима парничног поступка²⁰¹⁶.

Ово би било веома важно утврдити, с обзиром на специфична правила парничног закона која се односе на парнице поводом колективног уговора.

Наиме, овим правилима прописано је *начело хитности* с обзиром на потребу ургентног решавања ових спорова, које се манифестује како приликом поступања суда у односу на одређивање рокова и рочишта²⁰¹⁷, тако и у односу на скраћене рокове за жалбу (осам дана) и на одлучивање по жалби (60 дана), који нису прописани општим правилима парничног поступка²⁰¹⁸.

Даље, овим правилима прописана је *општа доступност ревизије* као ванредног правног лека, без обзира на вредност предмета спора у конкретном случају²⁰¹⁹.

Коначно, од могућности примене ових правила на колективне правне спорове зависи и одговор на питање да ли суд може да својом одлуком супституише вољу потписника колективног уговора, с обзиром да према овим правилима "пресудом у парницама поводом колективних уговора суд изриче како гласи одредба у колективном уговору којом се уређује спорно питање из колективног уговора. Изрека пресуде представља саставни део колективног уговора све док он важи"²⁰²⁰.

²⁰¹⁵ *Ibid.* стр. 403.

²⁰¹⁶ ЗПП, чл. 442: "Ако у одредбама ове главе није другачије прописано, у парницама поводом колективних уговора сходно се примењују остале одредбе овог закона".

²⁰¹⁷ ЗПП, чл. 442, ст. 2.

²⁰¹⁸ ЗПП, чл. 446.

²⁰¹⁹ ЗПП, чл. 447.

²⁰²⁰ ЗПП, чл. 445, ст. 1.

Дакле, суд применом наведених правила може да решава по принципу *пуне јурисдикције*, мериторно уређујући права и обавезе потписника колективног уговора, што омогућава суду не само да обавезе неку од страна на чинидбу или уздржавање путем кондемпнаторне пресуде, већ и да утврђује постојање, односно конституише права и обавезе на основу судског тумачења нејасних одредби колективног уговора и у његовом нормативном и у облигационом делу, чиме се суду даје *стваралачка улога у решавању ове врсте спорова, која превазилази уобичајену судску надлежност тумачења и примене права*. С друге стране, евентуално судско формулисање недовољно јасних одредби колективног уговора у чијој је примени дошло до спора, може бити целисходно и превенирати све будуће спорове у примени спорне одредбе, што не би било могуће постићи кондемпнаторном пресудом, будући да се *ratio* обавезе која би била предмет те пресуде садржи тек у образложењу пресуде, које никада не постаје правноснажно и нема обавезујуће дејство у односу на будуће спорове исте врсте. Дакле, *не може се безрезервно тврдити да овај вид судске надлежности није иманентан природи колективних правних спорова и да не би, штавише, био користан у њиховом решавању*. Такође, законска формулација према којој пресудом у парницама поводом колективних уговора суд изриче *како гласи одредба у колективном уговору којом се уређује спорно питање из колективног уговора*, а изрека пресуде представља *саставни део колективног уговора све док он важи*, индикује да је приликом прописивања наведене одредбе законодавац имао у виду управо спорове у примени постојећег колективног уговора, дакле колективне правне спорове. С друге стране, ако наведена правила о могућности судског одређивања садржине спорних одредби не би била применљива, суд не би имао овлашћење да својом одлуком супституише вољу уговорних страна, већ би могао само да цени основаност захтева тужилачке стране да се друга стране обавезе на одређено чињење или нечињење и да, сходно томе, усвоји или одбије тужбени захтев, решавајући тиме само тај конкретан спор.

Имајући у виду да су све три наведене специфичности поступка (хитност, општа доступност ревизије и стваралачка улога суда), у интересу заштите и остварења права запослених, сматрамо да би се, применом принципа, *in favorem laboratoris*, могла бранити теза да се наведена правила поступка примењују и на правне колективне радне спорове. С друге стране, с обзиром на недовољно јасно одређење домањаја примене ових правила, те чињеницу да су наведена правила предмет парничног закона у коме принцип *in favorem laboratoris* не важи, али важи принцип

правне сигурности, као универзални правни принцип, сматрамо да је неопходно *de lege ferenda* уредити ово питање и јасно прописати да се правила "поступка у парницама поводом колективних уговора", примењују на спорове у примени одредби колективног уговора.

4.3.3. Поступак решавања и правно дејство судске одлуке у интересном колективном радном спору

За разлику од колективних правних спорова, чијој је природи иманентан судски метод решавања, судска заштита није својствена интересним споровима, као споровима који настају приликом закључивања колективних уговора, односно приликом стварања права, будући да "суд не ствара, већ тумачи и примењује право"²⁰²¹. Проф. Јовановић апострофира да је решавање спорних питања у току колективног преговарања мирним путем (мирење, посредовање, арбитража), "део филозофије колективног преговарања"²⁰²². Колективни интересни спорови у домаћем праву уживају не само могућност судске заштите, већ и примене посебних правила у циљу отклањања свих евентуалних проблема који би могли представљати препреку закључењу, односно изменама и допунама колективног уговора²⁰²³, путем обезбеђивања хитног решавања спорова²⁰²⁴, могућности изношења спора пред највишу судску инстанцу без обзира на његову вредност²⁰²⁵, те овлашћења суда да својом одлуком супституише несагласне воље учесника у поступку колективног преговарања.

Правно дејство судске одлуке у интересном колективном радном спору је конститутивно, будући да суд, према изричитој законској одредби има право да својом одлуком мериторно утврди права и обавезе учесника у поступку колективног преговарања о којима није постигнута сагласност и својом одлуком пропише норму колективног уговора. Наиме, "пресудом у парницама поводом колективних уговора суд изриче како гласи одредба у колективном уговору којом се уређује спорно

²⁰²¹ П. Јовановић, *Радно право, оп. cit.*, стр. 398.

²⁰²² П. Јовановић, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога", *оп. cit.*, стр. 437.

²⁰²³ ЗПП, чл. 443: "У поступку у парницама поводом колективних уговора учесници у закључивању колективног уговора остварују заштиту права када настане спор о поједином спорном питању у поступку закључивања, односно измена и допуна закљученог колективног уговора, под условом да спор о спорном питању није решен мирним путем или путем арбитраже коју су образовали учесници колективног уговора у складу са одредбама посебног закона."

²⁰²⁴ ЗПП, чл. 444, ст. 2: "Суд увек приликом одређивања рокова и рочишта у поступку у парницама поводом колективних уговора посебно води рачуна о потреби хитног решавања ових спорова." Такође, према ЗПП, чл. 446: "Рок за изјављивање жалбе је осам дана. Рок за доношење одлуке о жалби је 60 дана".

²⁰²⁵ ЗПП, чл. 447: "У парницама поводом колективних уговора ревизија је дозвољена".

питање из колективног уговора. Изрека пресуде представља саставни део колективног уговора све док он важи."²⁰²⁶

Проф. Јовановић са правом критикује овакво законско решење, указујући да "то одудара од правила да садржину колективног уговора одређују споразумно учесници колективног преговарања"²⁰²⁷. Имајући у виду ову неспорну аргументацију, те већ претходно указану недоследност законске формулације, која може индиковати да суд ово овлашћење има само када спор настаје око постојећег колективног уговора, у његовој примени, будући да суд изриче одредбу којом се уређује *спорно питање из колективног уговора*, те да изрека пресуде представља *саставни део колективног уговора све док он важи*, не може се искључити могућност да је легислатор имао у виду могућност примене ове одредбе само на колективне правне спорове, али како је наведену одредбу надовезао на одредбу која се несумњиво може применити искључиво на колективне интересне спорове, за претпоставити је да се иста такође односи на ову врсту спорова, што је веома опасно решење, будући да даје суду могућност да у свом стваралачком деловању, применом *ex aequo et bono* правила преторског права, за која у домаћем праву не постоји основ, конституише права и обавезе које можда није желела ниједна од заинтересованих страна, чак ни она која је спор изнела пред суд, чиме се у потпуности депласира начело диспозиције и аутономије воље социјалних партнера.

5. Подесност и делотворност судског решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањем

5.1. Индивидуални радни спорови

5.1.1. Подесност судског решавања индивидуалних радних спорова у вези са колективним отпуштањима

Питање подесности судског решавања било ког индивидуалног спора се и не поставља, већ представља аксиом уткан у највише међународне стандарде људских, грађанских и социјалних права. Спорови поводом колективних отпуштања се у том

²⁰²⁶ ЗПП, чл. 445.

²⁰²⁷ П. Јовановић, *Радно право, оп. сџ.*, стр. 398-399.

погледу не разликују.

Штавише, могло би се закључити да је судска заштита у овој врсти спорова и подеснија у односу на спорове поводом отказа или других незаконитих аката послодаваца узрокованих способностима или понашањем запосленог, будући да се, с обзиром на објективност узрока и непосредних разлога колективних отпуштања, те одсуства личног мотива индивидуалног отказа уговора о раду, узроци настанка спора претежно налазе у сфери незаконитог поступка решавања вишкова запослених или злоупотреба права, које може да решава искључиво суд у радном спору, будући да никакви други вансудски или квазисудски механизми немају ни институционалну ни стручну компетентност потребну за решавање тих врста спорова. Стога у ситуацији када превентивни механизми код послодавца, у оквиру поступка колективног отпуштања, нису спречили повреду субјективних права запосленог која је узрок насталог спора, вансудски методи решавања могу бити од одређеног значаја, што потврђују искуства из стране правне праксе, али се у тим случајевима, по правилу, могућност решавања спора тим методима своди на баланс уверења о *изгледима у судском поступку* на страни послодавца и запосленог, с обзиром да је реч о бесконфликтној ситуацији и одсуству могућности наставка сарадње, чиме мирни методи губе своје моћно оружје, тако да на те врсте мирних решавања спорова заправо кључно утиче бојазан од исхода могућег судског поступка, чиме се додатно афирмише важност судске заштите индивидуалних права у споровима поводом колективног отпуштања.

Поред тога, посебна важност јуриспруденције у овим процесима је у стваралачкој херменеутици судова, која кроз непосредно решавање радних спорова у овим процесима, "попуњава" правне празнине, ствара правну сигурност и води еволуцији законодавства, указивањем на "животне" потребе за увођењем и изменама одређених легислативних решења, што изузетно илустративно показује богата француска јуриспруденција по питањима економски условљених отказа.

5.1.2. Делотворност судског решавања индивидуалних радних спорова у вези са колективним отпуштањима

Право питање које се поставља у вези са судском заштитом у поступцима колективног отпуштања је заправо питање њене делотворности, која је непосредно условљена приступачношћу суда, могућношћу брзог решавања спора пред судом,

активном улогом судије у спору и санкцијама које суд може да изрекне.

Под приступачношћу суда подразумевамо, пре свега, ниске трошкове спора, с обзиром да, упркос чињеници да је услов законитости колективних отпуштања у већини правних система, исплата отпремнине, но како њихови износи, по правилу, нису високи, а будуће запослење је упитно, с обзиром да масовна отпуштања представљају или последицу економске кризе или нарастајуће незапослености или *per se* увећавају незапосленост, услед чега је битно да трошкови судског поступка буду ниски и да доспевају у каснијој фази поступка, када је запослени већ нашао запослење или може да, у случају успеха у спору, ове трошкове превали на послодавца. У том контексту, сматрамо неопходним прописати да законски форум надлежности према месту рада запосленог не може бити дерогиран уговорима о раду, с обзиром да заснивање надлежности локалног суда значајно редукује трошкове доказног поступка. Иако сматрамо сјајним решењем принцип немачког права да свака странка сноси своје трошкове спора, чиме се запослени ослобађа ризика губитку спора, мишљења смо да ово решење није универзално прихватљиво и није апликативно на стање у Републици Србији, где су судови, захваљујући одсуству превентивних и алтернативних механизма судском поступку, већ толико оптерећени и недовољно ефикасни, да би инфлација нових спорова додатно успорила и учинила неефикасним рад судова и негативно утицала на делотворност судске заштите.

Под могућношћу брзог решавања спора подразумевамо неопходност скраћивања процесних рокова истих, концентрацију поступка и забрану враћања предмета првостепеном суду, што се већ показало делотворним пре свега у немачком, а донекле и у италијанском и француском праву. Притом, *скраћивање процесних рокова без давања преклузивног карактера није делотворно*, што је показао пример домаћег права, које прописује посебне рокове за предузимање процесних радњи у односу на редовне парничне, али се ти рокови поштују само ако су законом прописани као преклузивни и не воде општем убрзавању поступка. *Концентрација доказног поступка подразумева окончање расправе на једном рочишту* или евентуално неколико њих у кратким роковима, тако да се задржава фокус на свим чињеничним и правним питањима, што имплицира *давање широких овлашћења судији* да ван рочишта темељно и квалитетно припреме расправу и у том смислу саслушавају странке, сведоке, одређују увиђаје на лицу места, прибављају јавне и приватне исправе, ангажују вештаке, те да обезбеде присуство свих потребних лица на рочишту, како би се спор детаљно расправио,

све *под претњом високих новчаних казни за непоштовање налога суда*, које би се аутоматски и ефикасно наплаћивале. *Обавеза објављивања пресуде* одмах након рочишта, која постоји у немачком и италијанском праву, додатно би утицала на квалитет и транспарентност поступка. *Обавезу другостепеног суда* да одлучи мериторно условљава могућност отварања расправе уколико је то потребно, за шта већ постоје процесни услови у домаћем праву, чиме би се кључно утицало на убрзавање поступка, посебно уколико би се ограничио рок за поступање по жалби, јер се претежни део времена заправо изгуби у два потенцијална жалбена и поновљеном поступку, који су предвиђени домаћим правом. Без установљавања и комплементарности свих наведених механизма, није могуће убрзати поступак, што је доказало домаће право, које је у једном периоду декларисало обавезу решавања радног спора у року од шест месеци, али како за то нису били предвиђени апсолутног никакви механизми изузев нешто краћих, непреклузивних рокова, идеја се показала утопијском.

Под активном улогом судије подразумевамо две ствари: (1) *ауторитативну судску медијацију на самом почетку и у току поступка*, налик немачком праву и (2) *истражно начело* у спровођењу доказног поступка. Судску медијацију у немачком праву издвајамо у односу на француско и италијанско, не само због тога што имамо егзактне податке о њеним изузетним ефектима, већ и због тога што њену методологију сматрамо примереном менталитету странака у домаћим радним споровима, које често мотивише неизвесност исхода и нада да ће успети у спору, те би нека врста прејудуцирања исхода спора, на којој се заснива методологија немачке судске медијације, уверила странке о потреби мирног решења спора, закључењем поравнања или одустанком тужиоца од неизгледне тужбе. Наравно, ово је условљено постојањем високог нивоа професионалног ауторитета и моралног дигнитета, која код носилаца судијске функције мора да се претпоставља. Такође, примена истражног начела би омогућила судији да преузме активну улогу у припреми и сортирању чињеничне грађе коју сматра релевантном за пресуђење, што би двоструко помогло запосленом, јер би, *прво*, спречило послодавца да крије релевантне податке и тиме запосленог ставља у неповољан положај услед немогућности да докаже одређене тврдње и, *друго*, омогућило запосленом да и без правног заступника води спор и тиме смањи трошкове, будући да би судија дефинисао релевантна питања и потребне доказе и тиме компензовао његову неукост.

Санкције које суд може да изрекне морају бити довољно компензаторне да исправе

неправду и штету која је запосленом нанета, а са друге стране, довољно ригидне да одврате послодавце од незаконитог поступања. Ово је уједно и једини аспект у коме домаће право чини положај запослених повољнијим у односу на државе коришћене као истраживачки узорак, будући да је реинтеграција на захтев запосленог правило, од кога су изузеци ретки и безначајни, те да запослени који не жели да се врати на рад има право на додатну одштету, као и да има право на исплату целокупне изгубљене зараде у периоду незапослености, независно од свог става у погледу враћања на рад. Овакво решење, које заправо и није експлицитно прописано законом већ је управо плод јуриспруденције домаћих судова, не постоји ни у једном другом посматраном страном праву и ставља запослене у повољан положај. С друге стране, *ова врста заштите долази прекасно, не утиче на правну сигурност, нити на целокупно унапређење судске заштите, још мање на привредни раст, тако да, као изолован параметар, не унапређује делотворност судске заштите у Републици Србији.* У том контексту, требало би размотрити, *барем у односу на враћање на рад, могућност извршности пресуде пре њене правноснажности,* по угледу на немачко и италијанско право, будући да би то, као нека врста привремене мере, значајно утицало на смањење потенцијалне штете за обе стране у спору.

5.2. Колективни радни спорови

5.2.1. Подесност судског решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањима

Питање подесности судског решавања радних спорова у вези са колективним отпуштањима нема једнозначан одговор, тако да је судско решавање колективних радних спорова подложно различитим решењима у страним правима. Тако, у италијанском праву уопште није могуће решавати колективне спорове пред судом (осим конвертоване у серију индивидуалних спорова, што је евентуално могуће код правних спорова, али не и интересних), док је у француском праву могуће колективне правне спорове решавати судским путем, али не пред радним трибуналом, већ искључиво пред високим трибуналом (*tribunal de grande instance*)²⁰²⁸. С друге стране, у немачком праву, радни судови који поступају у индивидуалним радним споровима имају надлежност и за решавање колективних, али искључиво

²⁰²⁸ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - методи и институције, оп. cit.*, стр. 146.

правних, а не и интересних колективних спорова²⁰²⁹, при чему су надлежни не само за међусобне спорове потписника колективног уговора и трећих лица, већ и за спорове између послодаваца и савета запослених у погледу избора представника савета запослених у надзорни одбор предузећа и поступка избора за чланове савета²⁰³⁰, што може бити од одређеног значаја у поступцима колективних отпуштања, с обзиром на маркантну улогу овог тела у тим процесима.

Доступност суда у решавању колективних правних спорова сматра се легитимним и са теоријског аспекта, будући да с обзиром на велики значај колективног преговарања и колективних уговора о раду за стабилност и развој индустријских односа и демократије, у правној држави никако не треба дозволити да решавање овако важних спорова зависи искључиво од метода мирног решавања радних спорова, те да је неопходно предвидети и судску надлежност за решавање правних колективних радних спорова. Проф. Лубарда упозорава, ипак, да улога судова треба да буде ограничена, због потребе очувања аутономије воље социјалних партнера и принципа добровољности у решавању спорова насталих у сфери индустријских односа, те да у том циљу и у оквиру судског поступка треба дати приоритет покушају компромисног решавања спора²⁰³¹.

У том контексту, ни у једном од посматраних страних права није присутна могућност судског решавања интересних колективних радних спорова, што се и са теоријског аспекта сматра исправним концептом, с обзиром на природу тих спорова, који се не сматрају подобним за пресуђивање, већ морају бити решавани уз уважавање принципа правичности (*ex aequo et bono*). Судија, како истиче проф. Лубарда, не може да има улогу арбитра, јер није компетентан да процењује интересе професионалне природе и улази у рационалност одлука субјеката радног односа по питањима технолошке, економске или друге професионалне природе. Поред тога, препреку заснивању судске надлежности у колективним интересним споровима представљају и разлози практичне природе, будући да решавање ове врсте спорова захтева ургентност која није инхерентна судском поступку, као и са трошковног аспекта²⁰³².

Посматрано са овог аспекта чини се потпуно неподесним решење домаћег законодавца који је, чини се, решавање интересних колективних радних спорова

²⁰²⁹ M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 261, 264. Поред радних, у одређеним врстама колективних радних спорова надлежни су и судови опште надлежности.

²⁰³⁰ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - методи и институције*, *op. cit.*, стр. 140.

²⁰³¹ *Ibid.*, стр. 135-136.

²⁰³² *Ibid.*

такође ставио у судску надлежност, предвидевши чак овлашћење суда да судском одлуком супституише одредбу колективног уговора о којој странке нису могле постићи сагласност. И док би се ово евентуално могло сматрати прихватљивим решењем у контексту правних колективних радних спорова око тумачења колективног уговора, дотле је апсолутно неприхватљиво са аспекта интересних колективних радних спорова, јер флагрантно нарушава аутономију воље уговорних страна, као основно начело колективног преговарања и нелегитимно их приводи некој врсти принудне арбитраже, где је арбитар судија, који постаје и предузетник, јер заузима став по питањима за која није компетан и овлашћен је да наметне учесницима колективног преговарања клаузуле нормативног и облигационог дела колективног уговора, који можда ниједна страна не жели, док један од њих, извесно, није желела да спор мериторно решава треће лице. Додатно, подсећамо да Комитет МОП за слободу удруживања чврсто и континуирано стоји на становишту да синдикат не може бити изложен принудној арбитражи, осим у случају штрајка у виталним делатностима, а како је у овим споровима управо синдикат једна од страна, то домаће решење директно угрожава универзалне радне стандарде и заштиту синдикалног организовања и деловања, гарантовану фундаменталним конвенцијама МОП (бр. 87 и 98).

5.2.2. Делотворност судског решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањима

О делотворности судског решавања колективних радних спорова у вези са колективним отпуштањима могуће је говорити само у односу на правне колективне радне спорове, међутим и у том погледу суд има далеко мању улогу него у индивидуалним радним споровима. Иако је, притом, судско решавање колективних радних спорова, у оквиру посматраних система, најкарактеристичније за немачко право, исто је нетипично за решавање колективних радних спорова у поступцима колективних отпуштања, у којима је акценат стављен на арбитражне поступке, који често укључују и обавезну арбитражу.

Иако врло широко омогућено у домаћем праву, судско решавање колективних радних спорова као такво није често, о чему говори податак да је пред Вишим судом у Београду током 2011. и 2012. године покренуто шест колективних радних спорова, поред осам раније покренутих, од којих се само два нису односила

на колективне уговоре. У једном предмету је усвојен тужбени захтев, док је у четири тужба одбачена или одбијена²⁰³³. Наведени подаци о оскудној пракси судског решавања колективних радних спорова као таквих индикују да овај метод не може да се посматра као важан ресурс у решавањима колективних спорова поводом вишка запослених.

²⁰³³ Д. Вујасиновић Дучић, М. Шошић, Р. Брајковић, С. Киковић, С. Будимчевић, *оп. cit.*, стр. 10.

Део шести

ИНСПЕКЦИЈСКИ НАДЗОР У ВЕЗИ СА КОЛЕКТИВНИМ ОТПУШТАЊИМА

1. Појам инспекцијског надзора

Инспекцијски надзор у области радних односа представља вид управног надзора, као посебан облик вршења управне делатности, односно засебан управни посао управно-контролне природе, којим се врши проверавање законитости (и/или целисходности) аката и радњи послодавца од стране инспекције рада, као специјализованог државног органа, по правилу у саставу министарства надлежног за послове рада²⁰³⁴. Инспекцијски надзор подразумева не само надзор над применом радног законодавства (хетерономних и аутономних извора права) - *правни надзор*, већ и контролу материјала, опреме за рад, средстава и предмета рада са нормама безбедности на раду - *технички надзор*.²⁰³⁵

Потреба за инспекцијским надзором над применом радног законодавства препозната је већ у освит радног законодавства у европским државама, због чега не треба да чуди да је питање инспекције рада уврштено Версајским уговором у основне принципе Међународне организације рада, којим је констатовано да "свака држава треба да установи систем инспекцијског надзора у коме улогу треба да имају и жене, како би се обезбедило спровођење закона и прописа о заштити запослених"²⁰³⁶.

2. Универзални међународни радни стандарди од значаја за инспекцијски надзор

2.1. Општа разматрања

Најзначајније универзалне међународне радне стандарде за област инспекцијског надзора представљају Конвенција Међународне организације рада број 81 из 1947. године и Конвенција Међународне организације рада број 129 из

²⁰³⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 752.

²⁰³⁵ *Ibid.*

²⁰³⁶ N. Valticos, *International labour law*, Springer Science+Business Media Dordrecht, Deventer, 1979., стр. 215.

1969. године²⁰³⁷.

Конвенција бр. 81 о инспекцији рада у индустрији и трговини, усвојена са две пратеће препоруке, и то истоименом Препоруком бр. 81²⁰³⁸ и Препоруком бр. 82 о инспекцији рада у рударству и транспорту²⁰³⁹, за свој предмет има интегрално уређење надлежности и организације рада, као и поступка пред инспекцијом рада у секторима које уређује.

Конвенција бр. 129 о инспекцији рада у пољопривреди, са истоименом пратећом Препоруком бр. 133²⁰⁴⁰, садржински полази од принципа постављених Конвенцијом бр. 81, али уважава искуства остварена у првих двадесет година примене претходне конвенције и у том смислу садржи и одређене иновације.

Република Србија је ратификовала обе конвенције и њихове стандарде имплементирала у свој правни поредак.

Поред наведених, низ посебних инструмената МОП, који *ratione materiae* и *ratione personae* уређују различите области, садрже одредбе о инспекцијском надзору у циљу ефикасне примене односних радних стандарда.²⁰⁴¹

2.2. Организација инспекције рада

Организација инспекције рада, у складу са универзалним радним стандардима, треба да почива на *централизованом принципу*, који омогућава ефикасну сарадњу служби инспекције са јавним и приватним сектором чије су надлежности/активности комплементарне надлежностима инспекције рада, са једне стране, као и са послодавцима, радницима и њиховим удружењима, са друге стране.²⁰⁴²

Сублимирање свих надлежности и ресурса инспекције рада у једној централизованој служби која, по правилу, припада министарству надлежном за рад, запослење или социјална питања, показује у пракси високу ефикасност, а у

²⁰³⁷ Уредба о ратификацији Конвенције о инспекцији рада у индустрији и трговини ("*Сл. лист ФНРЈ - међународни уговори и други споразуми*", бр. 5/56) - у даљем тексту: Конвенција бр. 81; Закон о ратификацији конвенције о инспекцији рада у пољопривреди (МОП, број 129) ("*Сл. лист СФРЈ*", бр. 22/75) - у даљем тексту: Конвенција бр. 129.

²⁰³⁸ Препорука број 81 о инспекцији рада у индустрији и трговини (*Labour Inspection Recommendation*, 1947) - у даљем тексту: Препорука бр. 81.

²⁰³⁹ Препорука број 82 о инспекцији рада у рударству и транспорту (*Labour Inspection (Mining and Transport) Recommendation*, 1947) - у даљем тексту: Препорука бр. 82.

²⁰⁴⁰ Препорука број 133 о инспекцији рада у пољопривреди (*Labour Inspection (Agriculture) Recommendation*, 1969) - у даљем тексту: Препорука бр. 133.

²⁰⁴¹ N. Valticos, *op. cit.*, стр. 215-216, 218-219.

²⁰⁴² Конвенција бр. 81, чл. 4-5; Конвенција бр. 129, чл. 6-7.

литератури се као посебно афирмативна истичу организациона решења Финске, Холандије и Норвешке, која све функционалне одговорности инспекције рада обједињују у централизовану службу при министарству рада, са организационим јединицама установљеним на територијалном принципу, чиме се постиже добро организован и координисан, кохерентан и ефикасан систем. У том контексту се као проблематична наводе решења која децентрализују инспекцију рада у функционалном или организационом смислу и стављају је под надлежност различитих министарстава, каква постоје у транзиционим државама централне и источне Европе, Аустралији, Новом Зеланду и неким афричким и азијским државама енглеског говорног подручја, при чему се као посебан проблем апострофира неконзистентност у примени прописа.²⁰⁴³

Инспектори рада требало би да имају статус *јавних службеника* са гаранцијама *стабилности запослења*, како би се обезбедила њихова независност од промене власти и спољних утицаја на њихову *непристрасност*²⁰⁴⁴. Универзални радни стандарди инсистирају на томе да избор инспектора рада мора бити вршен на основу њихових професионалних квалификација, али и да је неопходно континуирано обезбеђивати одговарајуће обуке инспектора, као и њихову сарадњу са стручњацима у пословима који захтевају одређену експертизу.²⁰⁴⁵

Инспектори рада и подручне јединице инспекције рада имају обавезу да централном органу инспекције рада, најмање једном годишње, *подносе извештаје о питањима из своје надлежности*, које централни орган инспекције објављује једном годишње.²⁰⁴⁶

2.3. Надлежности инспекције рада

Инспекција рада има три основне групе надлежности утврђене универзалним радним стандардима: (1) надзор над применом прописа, (2) пружање обавештења о

²⁰⁴³ Wolfgang von Richthofen, *Labour inspection: A guide to the profession*, Geneva, International Labour Organization, 2002, стр. 141-143.

²⁰⁴⁴ У циљу обезбеђивања непристрасности, инспектори рада не смеју имати никакав директан или индиректан интерес у предузећима која су надлежни да контролишу и морају имати строгу обавезу чувања свих података које знају у вези са инспекцијским надзором, која важи и након окончања службе. Конвенција МОР бр. 81, чл. 15; Конвенција МОР бр. 129, чл. 20.

²⁰⁴⁵ Конвенција бр. 81, чл. 6-9, 15; Конвенција бр. 129, чл. 8-11, 19.

²⁰⁴⁶ Конвенција бр. 81, чл. 19-21; Конвенција бр. 129, чл. 25-27. Наведени извештаји садрже податке о: (а) законима и прописима који се односе на рад инспекције рада; (б) особљу службе инспекције рада, као и статистичке податке о: (ц) предузећима која подлежу инспекцији и броју лица која раде у њима; (д) инспекцијским посетама; (е) прекршајима и изреченим казнама; (ф) несрећама на послу, укључујући и њихове узроке; (г) професионалним обољењима, укључујући и њихове узроке. Држава чланице су дужне да извештаје инспекције рада достављају генералном директору Међународног бироа рада у року од три месеца након њихових објављивања.

примени законских прописа и (3) упозоравање на слабости и злоупотребе.

Надзор над применом закона и других прописа подразумева надлежност инспекције рада да обезбеди примену законских одредаба које се односе на услове рада и заштиту радника током рада²⁰⁴⁷. Ова надлежност представља истовремено и основни историјски разлог настанка инспекције рада и окосницу њеног рада.

Пружање обавештења запосленима и послодавцима о примени законских и других прописа подразумева надлежност инспекције рада да послодавцима и радницима обезбеди стручне информације и савете о најефикаснијим начинима за испуњавање законских одредаба²⁰⁴⁸.

*Упозоравање надлежних органа на слабости и злоупотребе које нису посебно покривене законским прописима*²⁰⁴⁹ подразумева надлежност инспекције рада да, на основу практичних искустава у примени прописа и најчешћих питања која се постављају у раду, надлежном органу скрене пажњу на правне празнине, контрадикторности или друга неадекватна решења садржана у одредбама позитивног права и поднесе предлоге за побољшање закона и прописа. Ово је изузетно важна надлежност инспекције, будући да се у оквиру својих надлежности конфронтира са највећим бројем практичних проблема и стога има најкомплетнији увид у недостатке закона и подзаконских прописа. Стога инспекција рада неретко партиципира у раду трипартитних саветодавних тела, као и радних тела за израду предлога радно-социјалног законодавства.²⁰⁵⁰

2.4. Мере из надлежности инспекције рада

Универзални радни стандарди предвиђају три врсте инспекцијских мера: (1) превентивне, (2) корективне и (3) репресивне мере. Мере предвиђене овим међународним инструментима усмерене су на *безбедност и здравље на раду*²⁰⁵¹, што је логична последица периода доношења ових међународних радних стандарда, када је централно питање била безбедност и здравље радника, док су социјална права још увек била у повоју, тако да њихова заштита није била зрела као тема за разматрање и регулисање.

²⁰⁴⁷ Конвенција бр. 81, чл. 3, ст. 1, т. а); Конвенција бр. 129, чл. 6, ст. 1, т. а). Централни предмет инспекције је надзор над применом законских одредаби о радном времену, платама, недељном одмору и годишњем одмору, хигијенско-техничкој заштити и социјалном старању, запошљавању жена, деце и омладине и другим повезаним питањима.

²⁰⁴⁸ Конвенција бр. 81, чл. 3, ст. 1, т. б); Конвенција бр. 129, чл. 6, ст. 1, т. б).

²⁰⁴⁹ Конвенција бр. 81, чл. 3, ст. 1, т. ц); Конвенција бр. 129, чл. 6, ст. 1, т. ц).

²⁰⁵⁰ W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 30.

²⁰⁵¹ *Ibid.*, стр. 29.

У том смислу, универзални радни стандарди не садрже каталог посебних инспекцијских мера из области радних односа, ван области безбедности и здравља на раду.

Превентивне мере састоје се у указивању послодавцу на уочене неправилности и *давању предлога* да те неправилности отклони, како би се превенирала примена корективних или репресивних мера.²⁰⁵² Превентивна функција инспекције рада се апострофира као изузетно значајна и иста обухвата велики број различитих области и питања, као што су радни односи, услови рада, индустријски односи и безбедност и здравље на раду, са циљем умањења ризика од неједнаког третмана запослених, настанка психо-физичких обољења, скувих спорова и нарастајућих ризика незапослености и остракизма, те губитка контроле и штете које ти процеси наносе²⁰⁵³.

Корективне мере састоје се у *давању налога* послодавцу да у одређеном року отклони утврђене повреде закона, општег акта или уговора о раду, које је инспектор рада утврдио приликом вршења надзора.²⁰⁵⁴

Репресивне мере представљају мере којима се *сузбија незаконитост* у раду послодаваца и изричу се, по правилу, за посебно тешке повреде закона, у виду новчане казне или чак и забране вршења делатности²⁰⁵⁵.

Инспектори рада могу бити овлашћени да за кршење или занемаривање законских одредби, без претходног упозорења, изрекну санкције или покрену хитне законске или административне поступке против одговорних лица. Универзални радни стандарди, такође, сугеришу да се националним законодавствима пропишу казне, не само за кршење прописа из области рада, већ и за опструкцију инспектора рада у вршењу њихових дужности.²⁰⁵⁶

3. Надлежности инспекције рада у страним правима

3.1. Надлежност инспекције рада у поступцима колективног отпуштања

Истраживања националних законодавстава, вршена на глобалном и

²⁰⁵² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 757.

²⁰⁵³ W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 35.

²⁰⁵⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 759.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*, стр. 760.

²⁰⁵⁶ Конвенција бр. 81, чл. 17-18; Конвенција бр. 129, чл. 22-24.

европском нивоу, показују да највећи број држава има организоване службе инспекције рада са надлежностима усклађеним са универзалним радним стандардима, које се састоје превасходно у превентивној функцији и ефективним надзором над применом закона и других прописа²⁰⁵⁷. Прописивање посебних надлежности инспекције рада у односу на поступке колективних отпуштања није уобичајено у страним правима и по том питању изузетак представља *француско право*, у коме инспекција рада традиционално има широка и веома разноврсна овлашћења. Наиме, све до 1986. године француски послодавац који је намеравао да покрене поступак колективног отпуштања, био је дужан да затражи претходну дозволу инспекције рада²⁰⁵⁸, која је одлучивала о томе да ли ће послодавац уопште моћи да прилагоди број запослених потребама пословања, због чега француски теоретичари наводе да је укидањем те врсте надлежности инспекције, "уклоњена дословце последња велика препрека прилагођавању броја запослених".²⁰⁵⁹ Било би, међутим, сасвим погрешно закључити да је инспекција рада формалним укидањем надлежности за издавање дозволе за колективна отпуштања остала без утицаја на ове процесе, будући да су послодавци били у обавези да инспекцији рада доставе план очувања запослења и узму у разматрање мишљење инспекције рада²⁰⁶⁰. Према важећем законском тексту, надлежност у поступку колективних отпуштања има Регионални директорат за компаније, заштиту конкуренције, заштиту потрошача, рад и запошљавање (*Directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi – "Direccte"*), орган у чијем се саставу налази инспекција рада²⁰⁶¹, који има изузетно широка овлашћења у поступцима колективних отпуштања, будући да је надлежан да валидира колективни уговор који садржи план очувања запослења, односно изда сагласност на једностранни акт послодавца о очувању плана запослења, што подразумева и могућност негативне одлуке Директората, чиме се практично може забранити, односно одложити колективно отпуштање за одређени период,

²⁰⁵⁷ International Labour Organisation, *Labour Inspection*, International Labour Office Geneva, 2006.; European Federation of Public Service (EPSU), "A mapping report on Labour Inspection Services in 15 European countries", 2012.

²⁰⁵⁸ J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 57.

²⁰⁵⁹ Donald Storrie, "Collective Dismissals in Belgium, France, Germany, Sweden and the UK: Some legal, institutional and policy perspectives", <http://www.mire-restructuring.eu/docs/Collect.redundancies%20EN.pdf>, 2007, стр. 6.

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, стр. 12-13.

²⁰⁶¹ Љиљана Стојшић, *Инспекцијски надзор у области рада (докторска дисертација)*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2013, стр. 324-326. Инспекција рада у Француској је почев од 2004. године године претрпела значајну реформу, између осталог и у организацији инспекције рада. Створена је нова регионална организација инспекције рада, тако што је образована Генерална дирекција за рад и извршено спајање три инспекције рада које су раније припадале министарствима за рад, пољопривреду и саобраћај у Регионални директорат за компаније, заштиту конкуренције, заштиту потрошача, рад и запошљавање. Инспекција рада се, тако, сада налази у оквиру Директората, који поред инспекције рада обухвата и службе у области: трговине, занатства, туризма, индустрије, развоја, истраживања и животне средине, конкуренције, потрошње и сузбијања превара.

будући да послодавац не може да прибегне колективном отпуштању док план очувања запослења не усклади са налозима Директората.

Треба приметити да универзални радни стандарди, апострофирајући значај примарних надлежности инспекције, пре свега надзора на применом закона и других прописа, нису посебно наклонени њиховом ширењу и на друге области, и прописују да *евентуално поверавање других функција инспекторима рада не треба да представља сметњу за вршење њихових главних функција*²⁰⁶².

Ипак, одређени број држава предвиђа шире надлежности инспекције рада у односу на примарно утврђене универзалним радним стандардима, које могу бити од изузетног значаја у поступцима колективних отпуштања.

3.2. Надлежност инспекције рада у области колективног преговарања

Инспекција рада у значајном броју држава има одређене, уже или шире надлежности у области социјалног дијалога.

Дефинитивно најширу надлежност у поступку колективног преговарања познаје француско право и државе под тим правним утицајем, као и државе Латинске Америке, у којима *инспектор рада има активно учешће у колективним преговорима, па чак и председава састанцима*²⁰⁶³.

Скромнију улогу инспекторима рада у овој области додељује италијанско право, у коме инспекција рада има надлежност да врши надзор над спровођењем колективних уговора²⁰⁶⁴.

С друге стране, у британском праву и правним системима под његовим утицајем, као и немачком праву и праву скандинавских држава, традиција колективног преговарања искључује мешање било којих трећих лица у колективне преговоре између послодавца и запослених, односно њихових удружења.²⁰⁶⁵

3.3. Улога инспектора рада у мирном решавању радних спорова

Додељивање инспекторима рада улоге медијатора или арбитра у решавању радних спорова, сматрају се посебно проблематичним²⁰⁶⁶ са аспекта универзалних

²⁰⁶² Конвенција бр. 81, чл. 3, ст. 2; Конвенција бр. 129, чл. 6, ст. 4.

²⁰⁶³ W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 31-32.

²⁰⁶⁴ Љ. Стојшић, *op. cit.*, стр. 295.

²⁰⁶⁵ W. von Richthofen, *op. cit.*

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

радних стандарда и "јуриспруденције" надзорних тела МОР, који стоје на становишту да *инспекторима рада не треба поверавати надлежност медијатора или арбитра* у решавању радних спорова, осим изузетно и привремено, у случају да национални систем није предвидео постојање јавне службе за мирење.²⁰⁶⁷

Упркос овако неафирмативном ставу МОР, значајан број држава инспекторима рада поверава надлежност мирења и посредовања у решавању превасходно колективних радних спорова.

Посебан значај улоге инспектора рада у мирном решавању радних спорова истиче се у *Француској*.²⁰⁶⁸ Према извештају француског министарства рада поднетом Међународној организацији рада за 2007. годину, од укупно 215.864 поступака које су инспектори рада спроводили у тој години, 1.630 су били поступци мирења²⁰⁶⁹. Изузетно важну улогу миритеља, према извештају Комитета експерата МОР за примену конвенција и препорука, има и *колумбијска* инспекција рада, која је у свом раду забележила већи број поступака мирења у односу на укупан број инспекцијских надзора у примени закона и других прописа²⁰⁷⁰. Инспекција рада има важну улогу у мирном решавању индивидуалних радних спорова насталих поводом отказа уговора о раду у канадском праву, где запослени који имају најмање 12 месеци стажа код послодавца и који нису покривени колективним уговором, могу поднети приговор у року од 90 дана од отказа, у ком случају се заснива надлежност инспектора рада да у улози медијатора покуша да реши проблем, а уколико медијација не успе, запослени има даље право да се обрати специфичној врсти арбитраже²⁰⁷¹. Инспекторат рада (*Inspection du Travail et des Mines*) *Луксембурга*, има надлежност у поступцима посредовања и мирења, у оквиру трипартитног комитета, која је уведена како странке не би биле излагане вишегодишњим судским поступцима. Са истим циљем инспекторима рада је додељена улога миритеља и у *зрчком* праву, која је додатно оснажена овлашћењем да у случају непостизања договора у индивидуалним и колективним радним споровима, изрекне административне сакције. Трипартитни одбори за мирење, који се оснивају при подручним јединицама инспектората рада у *Естонији* и у чијем саставу су инспектор рада и представници запослених и

²⁰⁶⁷ Препорука бр. 81, чл. 8, Препорука бр. 133, чл. 3, ст. 1 и 2.

²⁰⁶⁸ W. von Richthofen, *op. cit.*

²⁰⁶⁹ J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 58.

²⁰⁷⁰ ИО, *Labour Inspection*, стр. 23.

²⁰⁷¹ Donald D. Carter, Geoffrey England, Brian Etherington, Gilles Trudeau, *Labour law and industrial relations in Canada*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001, стр. 192.

послодаваца, представљају најчешће коришћену јавну институцију за мирно решавање радних спорова.²⁰⁷²

Поред наведених држава, инспектори рада имају улогу медијатора или арбитара и у значајном броју других држава, на пример, Белгији, Италији²⁰⁷³, Шпанији, Турској,²⁰⁷⁴ Јапану, Боливији, Еквадору, Ел Салвадору, Венецуели, Алжиру, Мароку, Бурундију, Камеруну, Централној Афричкој Републици, Чаду, Цибутију, Гвинеји, Мадагаскару, Малију, Кенији и Маурицијусу²⁰⁷⁵.

Установљавање ове надлежности почива на премиси да инспектори рада, као јавни службеници који су у најтежњој вези и сталној комуникацији са социјалним партнерима, најбоље могу да разумеју природу спорова, што их, када се узме у обзир обавеза инспектора рада да поступа независно и непристрасно, чини природним медијаторима у радним споровима²⁰⁷⁶. У теорији се оцењује да је управо значајан број правних система у којима инспектори рада имају улогу миритеља и посредника, насупротив рестриктивном односу универзалних радних стандарда у том погледу, представљао један од разлога споре ратификације Конвенције МОП бр. 81²⁰⁷⁷.

Насупрот наведеном приступу, значајан број држава сматра неспојивом улогу инспектора рада са улогом медијатора, полазећи од становишта да (1) спор имплицира кршење закона, у ком случају инспектор рада у оквиру своје примарне надлежности треба да наложи отклањање незаконитости, а не да наводи стране у спору на постизање компромисног решења, као и да (2) време и енергија које инспектор рада треба да утроши на ове поступке иду на штету вршења његових примарних надлежности²⁰⁷⁸. Такав концепт изражен је, примера ради, у Немачкој, Великој Британији, Јапану, Данској, Индији и на Кипру, где је инспекторима рада строго забрањено да преузму било какву улогу у решавању радних спорова²⁰⁷⁹.

3.4. Надлежност у поступку доношења општих аката послодавца

Ова надлежност инспекције рада представља карактеристику *француског права*, у коме је инспекција рада овлашћена да врши претходну контролу и даје сагласност

²⁰⁷² The World Bank International, "Experiences in Reforming Labor Inspection Services", 2011, стр. 13.

²⁰⁷³ EPSU, "A mapping report on Labour Inspection Services in 15 European countries", стр. 25, 54.

²⁰⁷⁴ W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 31-32.

²⁰⁷⁵ ILO, *Labour Inspection*, стр. 23.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ N. Valticos, *op. cit.*, стр. 218. Ипак, Конвенција бр. 81 је у међувремену постала најратификованија од свих "техничких" конвенција Међународне организације рада. Нав. према: W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 79.

²⁰⁷⁸ ILO, *Labour Inspection*, стр. 23.

²⁰⁷⁹ W. von Richthofen, *op. cit.*, стр. 31-32.

на опште акте послодавца, као што су правилници о раду, интерне одлуке, записници и слична акта²⁰⁸⁰.

Предлог правилника о раду послодавац је дужан да достави инспекцији рада пре његовог ступања на снагу, а сагласност инспектора рада је услов за ступање на снагу правилника о раду. У поступку издавања сагласности, инспектор рада има право да послодавцу, образложеним решењем, наложи измену одредби правилника које сматра несагласним закону.²⁰⁸¹ Инспектор рада нема право дискреционе оцене целисходности одредби правилника о раду, већ је његова надлежност ограничена на проверу усклађености аката са законом као и праксом радног трибунала²⁰⁸². Против решења инспектора рада могуће је изјавити жалбу хијерархијски вишем органу, а може се покренути и управни спор у коме управни суд, испитујући законитост оспореног управног акта, посредно цени законитост правилника о раду²⁰⁸³.

Одређену надлежност приликом доношења правилника о раду инспекција рада има у *белгијском праву*. Наиме, доношење овог правилника је у надлежности савета запослених, тако да послодавац правилник о раду може донети искључиво ако савет запослених није основан, у ком случају је дужан да предлог правилника достави запосленима, који на њега могу дати примедбе. У случају несагласности послодавца и запослених по питању примедби, инспекција има рок од 30 дана у коме мора покушати да помири ставове страна, а у случају неуспеха мисије инспекције рада, одлуку доноси својеврсна арбитража.²⁰⁸⁴

3.5. Надлежност за давање претходне сагласности на акте о престанку радног односа

3.5.1. Сагласност на отказ уговора о раду заштићеном представнику запослених

У *француском праву* инспектор рада је надлежан за давање претходне сагласности на отказе заштићеним представницима запослених, који су законом одређени по принципу *numerus clausus*²⁰⁸⁵. Важност ове надлежности инспекције рада долази до посебног изражаја у поступцима колективних отпуштања, с обзиром да у круг заштићених представника улазе управо представници синдиката и чланови

²⁰⁸⁰ J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 106.

²⁰⁸¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 758.

²⁰⁸² J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*

²⁰⁸³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, стр. 758.

²⁰⁸⁵ *Code du travail*, L. 2422-1.

социјално-економског савета који активно учествују у тим поступцима, као преговарачи за закључење колективног уговора о очувању плана запослења (синдикални представници) или адресати консултација о елементима плана очувања запослења (чланови социјално-економског савета), чиме им се гарантује интегритет у поступању, будући да послодавац нема могућност да их изложи личном притиску да прихвате услове који су у супротности са интересима запослених.

Поступак одлучивања о (не)сагласности са давањем отказа заштићеном представнику запослених је веома комплексан и обележен присуством *расправног начела, високих дискреционих овлашћења* инспектора рада приликом доношења одлуке и *хитности*, с обзиром да рок за одлучивање о предлогу износи 15 дана. Инспектор рада пре доношења одлуке узима изјаву заштићеног представника запослених, који на свој захтев може имати асистенцију синдикалног представника. Поред тога, инспектор рада врши увид у мишљење које је о отказу дао социјално-економски савет, који је надлежан за изјашњење о отказима свим категоријама заштићених представника запослених, изузев синдикалних представника. У поступку доношења одлуке, инспектор утврђује (1) правилност спроведеног отказног поступка, (2) постојање наведених отказних разлога и (3) постојање евентуалне везе између отказа и обављања функције представника запослених. Инспектор рада *има право да ускрати сагласност чак и када постоји озбиљан разлог за отказ уколико процени да је у општем интересу да запосленом не престане радни однос код послодавца.*²⁰⁸⁶

Отказ уговора о раду заштићеном представнику запослених без сагласности инспектора рада или на основу издате, али накнадно поништене сагласности, *ex lege* је *ништак*²⁰⁸⁷, у ком случају незаконито отпуштени представник запослених има право да захтева реинтеграцију у радни однос у року од два месеца по пријему релевантне одлуке, уз могућност принудног извршења одлуке суда, као и накнаду свих изгубљених зарада у периоду незапослености од отказа до враћања на рад, односно до истека рока за истицање захтева за враћање на рад, уколико запослени није захтевао реинтеграцију у радни однос²⁰⁸⁸.

²⁰⁸⁶J.-P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 279.

²⁰⁸⁷ За одлучивање по правним средствима против акта инспектора рада донетих у том поступку надлежни су управни судови (управни трибунал, Управни апелациони суд и Државни савет). Важно је приметити да, иако судови надлежни за радне спорове поводом отказа уговора о раду немају надлежност у поступку издавања сагласности на отказ заштићеном запосленом, они су овлашћени да у радном спору преиспитају ваљаност примене критеријума са пуном јурисдикцијом, при чему их сагласност инспектора рада на отказ заштићеном запосленом ни на који начин не везује приликом доношења одлуке о оправданости отказа са аспекта примене критеријума и постојања стварних и озбиљних разлога за отказ. Сагласност инспектора рада, дакле, ни на који начин не аболтира послодавца од последица радног спора. Нав. према: M. Blatman, *op. cit.*, стр. 142.

²⁰⁸⁸ *Code du travail*, L. 2422-4. Наведено законско решење плод је вишестепенијске јуриспруденције француских судова, који су заштићеним представницима запослених, отпуштеним без сагласности инспектора рада, поред

Упркос овој "квази-судској" надлежности инспекције рада, статистички подаци говоре о континуираном порасту броја отказа представницима запослених, који бележи константан раст, упркос смањењу укупног броја отказа који се дају запосленима и стабилним економским показатељима, при чему се значај број заштићених представника отпушта управо из економских разлога.²⁰⁸⁹ Не улазећи у питање евентуалне антисиндикалне дискриминације у корену оваквог тренда, француски аутори изражавају генералну забринутост због оваквог положаја представника запослених и високог процента сагласности инспекције рада на отказе, те истичу да "спровођење стварне и озбиљне заштите представника запослених остаје тешко и захтева опрезност како инспекције рада, тако и судова".²⁰⁹⁰

3.5.2. Сагласност на споразуме о престанку радног односа

Поред надлежности за давање сагласности на отказе представницима запослених, *француска инспекција рада* је надлежна за давање претходне сагласности на индивидуалне и колективне споразуме о престанку радног односа, који су у складу са законом иницирани од стране послодавца као мера за смањење броја запослених, дакле из економских разлога. Реч је о престанцима радног односа који су, као и сви други откази из економских разлога, условљени исплатом отпремнине, али су изузети од примене правила о колективним отпуштањима, због чега је као мера заштите установљена претходна сагласност инспекције рада.²⁰⁹¹

3.5.3. Сагласност на отказ запосленима са заштићеним родитељским статусом

У *немачком праву* инспекција рада је надлежна за давање сагласности на отказ запосленима у радном односу на неодређено време (1) за време трудноће и у периоду

права на реинтеграцију, признавали посебно право на накнаду штете у висини збира зарада за период од отказа до истека периоде заштите, које се могло кумулирати са накнадом штете због неоправданог отказа уколико се утврди да је отказ био без стварног и озбиљног разлога. Нав. према: J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 279-280.

²⁰⁸⁹ J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 281-282. Наиме, према подацима министарства рада за 1982. годину, од укупно 5.791 захтева за отказ заштићеном представнику запослених, инспекција рада је одобрила 68.1% што износи 3.944 захтева, од чега је 3.603 било економских отказа (1.14% укупног броја отказа из економских разлога за ту годину). Подаци за 1997. годину показују пораст отказа овој категорији запослених и то за 13% у односу на 1996. годину, док је број отказа осталим запосленима био у паду. Коначно, подаци за 1999. годину говоре да је, упркос доброј економској ситуацији и ситуацији на тржишту рада, број представника запослених за које је тражено одобрење отказа био исти као у 1996. години, те да је висок проценат издатих одобрења (више од осам одобрења на 10 захтева).

²⁰⁹⁰ *Ibid.*, стр. 281-282.

²⁰⁹¹ M. Blatman, *op. cit.*, стр. 137-138, 170; R. Sands, *op. cit.*, стр. 11.

од четири месеца након рођења детета, као и (2) за време одсуства ради неге детета до навршене треће године живота. Услов да инспекција изда сагласност је апсолутна неприхватљивост наставка радног односа за послодавца, с тим што, како се у литератури наводи, инспекција рада врло рестриктивно схвата могућност отказа овим категоријама запослених и у пракси веома ретко издаје сагласности²⁰⁹².

4. Инспекцијски надзор у праву Републике Србије

4.1. Уводна разматрања

Организација рада, надлежности инспекције и поступак инспекцијског надзора у области рада су у Републици Србији уређени превасходно (1) *Законом о раду*, као општим законом у области рада и посебним законима који *ratione materiae* или *ratione personae* уређују поједине области радних односа²⁰⁹³, који као посебни (секторски) закони у области рада, имају првенство у примени²⁰⁹⁴, (2) *Законом о инспекцијском надзору*²⁰⁹⁵, као "крвним" законом у области инспекцијског надзора, који се супсидијарно примењује на питања која нису уређена секторским законима и (3) *Законом о општем управном поступку*, *Законом о државној управи* и *Законом о државним службеницима*, на питања која нису уређени ниједним од претходне две групе прописа.

4.2. Организација инспекције рада

Инспекцијске послове у области радних односа обавља Инспекторат за рад, као *орган управе у саставу Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања*.²⁰⁹⁶ У оквиру Инспектората за рад образоване су уже унутрашње јединице, међу којима

²⁰⁹² M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 134.

²⁰⁹³ На пример: Закон о безбедности и здрављу на раду, Закон о спречавању злостављања на раду, Закон о штрајку, Закон о заштити становништва од изложености дуванском диму, Закон о приватним предузетницима, Закон о привредним друштвима.

²⁰⁹⁴ Милан Стефановић, Добросав Миловановић, Јована Стефановић, Иван Драгошан, *Водич за примену Закона о инспекцијском надзору*, Представништво Cardno Emerging Markets USA Ltd. Београд, Београд, 2017, стр. 13-20.

²⁰⁹⁵ Закон о инспекцијском надзору - ЗИН ("*Сл. гласник РС*", бр. 36/2015, 44/2018 - др. закон и 95/2018). ЗИН је релативно нови закон који обухвата јако широку област инспекцијских надзора у примени међусобно несродних закона, тако да постоје одступања у одредбама, будући да процес усаглашавања закона тек предстоји. Иако у случају несагласности закона коју уређују област рада са инспекцијским или прописом о управи и управном поступку, предност имају прописи из области рада, тумачење није увек сасвим једноставно, будући да домаћа ЗИН није сасвим прецизиран.

²⁰⁹⁶ Закон о министарствима ("*Сл. гласник РС*", бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/2015 - др. закон и 62/2017), чл. 16, ст. 2.

је и 28 унутрашњих организационих јединица инспекције рада, које се налазе у окружним подручним јединицама и Граду Београду²⁰⁹⁷.

Организација Инспектората рада почива на систему хијерархије, на чијем је челу *директор*, који руководи радом овог органа и непосредно је надређен свим руководиоцима ужих унутрашњих организационих јединица - одељења (којима руководе начелници одељења), одсека (којима руководе шефови одсека) и групе (којима руководе руководиоци групе)²⁰⁹⁸. Непосредан надзор обављају *инспектори за рад*, као првостепени органи, док по жалбама на решења инспектора рада одлучује *одељење за другостепени управни поступак* у области радних односа и безбедности и здравља на раду, у саставу Инспектората за рад.²⁰⁹⁹

Инспектор рада може бити само *државни службеник* који има стечено *прописано образовање*, радно искуство у струци, положен државни стручни испит и *посебан испит за инспектора*. Обавеза је инспектора рада да се континуирано *стручно усавршава*, како би могао квалитетно да обавља послове надзора. Инспектор рада је *самосталан у раду*, у границама овлашћења утврђених законом и у вршењу инспекцијског надзора дужан је да поступа *непристрасно*²¹⁰⁰.

Инспекција рада у свом раду треба да сарађује са другим органима државне управе, органима аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе, правосудним и другим државним органима и другим заинтересованим органима и организацијама, као и са социјалним партнерима или трипартитним институцијама, у ком циљу, инспекција може одржавати информативне и едукативне трибине и консултативне састанке.²¹⁰¹

О реализацији послова из своје надлежности инспекторат рада израђује и објављује годишњи извештај, на основу кога се утврђује делотворност инспекцијског надзора, иницирају мере за унапређење инспекцијског надзора и одређују смернице за утврђивање радних циљева инспектора.²¹⁰²

²⁰⁹⁷ Љ. Стојшић, *оп. cit.*, стр. 172.

²⁰⁹⁸ *Ibid.*, стр. 173.

²⁰⁹⁹ Организациона шема Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, доступна на интернет страници: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/ministarstvo/organizaciona-struktura>, 13.02.2019. године.

²¹⁰⁰ ЗИН, чл. 46-53. У циљу обезбеђења непристрасности, инспекторима је забрањено непосредно или посредно обављање привредне или друге делатности и послова из области у којој врши инспекцијски надзор, учешће у раду стручних радних група или тела надзираних субјеката, као и обављање било којих других послова који су у супротности са положајем и улогом инспектора.

²¹⁰¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 753.

²¹⁰² ЗИН, чл. 44.

4.3. Надлежности инспекције рада

У оквиру основних надлежности инспекције рада је (1) превентивно деловање и (2) надзор над применом закона и других прописа из области рада.

Превентивно деловање односи се на предупређивање, спречавање или онемогућавање узрока повреда закона и других прописа, као и њихових штетних дејстава²¹⁰³ и остварује се превасходно: (1) *објављивањем важећих прописа и обавештења о њиховим променама*, (2) *пружањем стручне и саветодавне подршке*, посебно кроз издавање аката о примени прописа и службене саветодавне посете, или (3) *предузимањем превентивних инспекцијских надзора*.²¹⁰⁴

Од посебног значаја за превенцију незаконитости које могу бити узрок спорова је ново инспекцијско овлашћење на издавање тзв. *акта о примени прописа*²¹⁰⁵, које се састоји у томе да инспекција издаје и објављује на својој интернет страници, било по сопственој иницијативи или на захтев физичких и правних лица, мишљења о примени прописа, што представља паралелу овлашћењу на издавање службених мишљења о примени прописа, које има министарство рада. Установљавање надлежности инспекције за доношење овог акта има вишеструке предности. Наиме, овим се постиже *униформност праксе* Инспектората рада, која је недостајала и у стручној јавности истицана као једна од главних замерки на поступање инспекције, а поред тога овај акт има *обавезујуће дејство за инспекцију рада*, тако да странка која је поступила на начин сугерисан тим актом не може трпети штетне последице у случају инспекцијског надзора, изузев у законом стриктно прописаним случајевима²¹⁰⁶.

Надзор над применом закона и прописа из области рада представља истовремено основну функцију и *ratio* инспекцијског надзора. Закон о раду, као основни пропис који уређује права, обавезе и одговорности из радног односа и по основу рада, на врло уопштен начин утврђује надлежност инспекције рада за надзор над применом тог закона, других прописа, општих аката и уговора о раду којима се уређују права, обавеза и одговорности запослених²¹⁰⁷. У литератури се истиче да, иако овако широка дефиниција теоријски даје могућност да се инспекцијским надзором обухвате сва питања у вези са радним односима и по основу рада, ограничени ресурси инспекције рада изискују ближе одређивање врсти и обима инспекцијских

²¹⁰³ Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, 2018, стр. 571.

²¹⁰⁴ ЗИИ, чл. 13, ст. 1-2.

²¹⁰⁵ Ово овлашћење је прописано Законом о инспекцијском надзору и по ранијим прописима није постојало.

²¹⁰⁶ ЗИИ, чл. 31.

²¹⁰⁷ ЗР, чл. 268.

надзора на поједине сегменте из ове области, како би активности инспектора рада биле усмерене ка утврђеним приоритетима²¹⁰⁸.

Анализа Инспектората за рад у погледу примене одредби о престанку радног односа показује да се најчешћи проблеми у примени прописа јављају у односу на отказе уговора о раду због повреде радне обавезе, док извештаји не индикују посебне проблеме у примене одредби о решавању вишка запослених²¹⁰⁹. С друге стране, званични извештаји о раду Инспектората за рад указују на висок број отказа уговора о раду по основу вишка запослених, као и на ризик дискриминације који је тесно повезан са тим поступцима, што додатно индикује чињеница да се запослени обраћају инспекцији рада са захтевом за заштиту од злостављања на раду које повезују са проглашењем за вишак запослених²¹¹⁰.

4.4. Поступак инспекцијског надзора

Поступак инспекцијског надзора у области рада покреће се и води *по службеној дужности* или на *захтев странке*, односно послодавца, удружења послодавца, запосленог или синдиката.²¹¹¹

Посебно значајно овлашћење инспектора рада је да надзор, уколико оцени целисходним, изврши и без најаве²¹¹². Ову процену инспектор ће извршити у зависности од врсте надзора и чињеница које треба утврдити, што по правилу значи да посету неће најавити уколико сумња да постоје одређене незаконитости у раду и да би остављањем времена дао могућност да се чињенице прикрију или накнадно сачини, односно фабрикује одређена документација²¹¹³.

У поступку инспекцијског надзора инспектор је овлашћен да (1) *врши увид у опште и појединачне акте*, евиденције и другу документацију ради утврђивања релевантних чињеница, (2) *утврђује идентитет лица и узима изјаве* од послодавца, одговорних лица, запослених и других лица која се затекну на раду код послодавца, (3) *врши контролу да ли је извршена пријава на обавезно социјално осигурање*, на основу података из Централног регистра обавезног социјалног осигурања, (4) *прегледа пословне просторије*, објекте, постројења, уређаје и друго и (5) *налаже предузимање*

²¹⁰⁸ Љ. Стојшић, *op. cit.*, стр. 242.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, стр. 274.

²¹¹⁰ Извештаји о раду Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступни на интернет страници Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

²¹¹¹ ЗИИ, чл. 18.

²¹¹² *Ibid.*, чл. 17.

²¹¹³ Љ. Стојшић, *op. cit.*

превентивних и других мера за које је овлашћен у складу са законом ради спречавања повреда закона.²¹¹⁴ Послодавац, одговорно лице код послодавца и запослени дужни су да инспектору омогуће вршење надзора, увид у документацију и несметан рад и да му обезбеде податке потребне за вршење инспекцијског надзора²¹¹⁵.

О извршеном инспекцијском надзору инспектор је дужан да сачини *записник*, који доставља послодавцу у року од осам дана од завршетка инспекцијског надзора, на који послодавац има право да у писаном облику стави *примедбе*, у року од пет радних дана од његовог пријема, након чега инспектор може да (1) *изврши допунски инспекцијски надзор*, да би утврдио чињенице на које се примедбе односе, (2) *састави допуну записника* на коју се не може ставити примедба, а може и (3) *изменити предложену или наложену, односно изречену меру или одустати* од ње.²¹¹⁶

Ако инспектор у вршењу инспекцијског надзора не утврди незаконитости, неправилности или недостатке, он не доноси решење, већ окончава поступак инспекцијског надзора достављањем записника у коме се наводи да нису утврђене незаконитости, неправилности или недостаци у његовом пословању или поступању²¹¹⁷.

Уколико у вршењу инспекцијског надзора инспектор рада утврди повреде закона, подзаконског акта, општег акта и уговора о раду, овлашћен је да решењем наложи послодавцу да исте у одређеном року отклони. Против решења инспектора рада може се изјавити жалба министру у року од осам дана од дана достављања решења, која има суспензивно дејство осим када је реч о одлагању извршења решења о отказу, када је решење инспектора извршено пре коначности. Министар, односно лице које он овласти, дужно је да у року од 30 дана одлучи по жалби. Против коначног решења инспектора рада не може да се покрене управни спор.²¹¹⁸

4.5. Мере из надлежности инспекције рада

Уколико током инспекцијског надзора утврди неправилности у раду, инспектор рада има право *дискреционе оцене* да према околностима случаја одреди неку

²¹¹⁴ ЗР, чл. 268а. Поред ових, основних овлашћења, инспектор рада има и друга овлашћења која прописује ЗИН, чл. 21.

²¹¹⁵ ЗР, чл. 268б.

²¹¹⁶ ЗИН, чл. 35-36. Надзирани субјект, што је термин који користи ЗИН, не мора увек бити послодавац, већ то могу бити и синдикат или запослени, на пример, у случају кршења одредби Закона о штрајку или Закона о безбедности и здрављу на раду. У том смислу, све што се у овом случају односи на послодавца, односи се у тим случајевима на друге надзиране субјекте.

²¹¹⁷ ЗИН, чл. 37, ст. 2.

²¹¹⁸ ЗР, чл. 269, 272.

од превентивних, корективних или репресивних мера из своје надлежности коју сматра најцелисходнијом. Поверавање дискреционих овлашћења инспектору рада за одређивање мера представља међународни стандард утврђен Конвенцијом МОП бр. 81, чиме се инспектору рада оставља могућност да изабере меру којом ће на најделотворнији начин утицати на правилну примену прописа. У страним правима се разликују концепције поверавања дискреционих овлашћења и иста могу бити (1) *потпуна*, односно без додатних смерница за њихову примену, (2) *усмерена*, путем смерница које помажу инспектору да одабере најделотворнију меру утицаја и (3) *одређена*, која теже да прецизирају све околности које утичу на избор мера²¹¹⁹, а чини се да домаћи законодавац није имао сасвим јасан концепт у погледу одређивања дискреционих овлашћења. Наиме, инспектор рада је врло уопштеном формулацијом у вршењу инспекцијског надзора "овлашћен да решењем наложи послодавцу да у одређеном року отклони утврђене повреде закона, подзаконског акта, општег акта и уговора о раду", при чему је само у односу на рад "на црно" и отказ приликом кога је "очигледно повређено право запосленог", индикована мера коју би требало да предузме²¹²⁰, што инспектору даје висок степен дискреционих овлашћења. С друге стране, законодавац прописује да, ако инспектор нађе да је послодавац, односно директор или предузетник, повредом закона или других прописа којима се уређују радни односи и подношење јединствене пријаве на обавезно социјално осигурање, извршио прекршај, "поднеће захтев за покретање прекршајног поступка"²¹²¹, при чему закон класификује радње/пропусте послодавца који чине елементе могућих прекршаја у четири категорије, за које су предвиђене казне у укупном распону од 50.000 динара до 2.000.000 динара, чиме индиректно степенује тежине повреда закона. Тумачењем наведених законских одредби правилима језичке/граматичке херменеутике, употреба императивног термина "поднеће" могла би се разумети као да инспектор рада нема избора до да примени репресивну меру, дакле да нема никаква дискрециона овлашћења, што би у том случају обесмишљавало претходно "овлашћење" да отклони повреде, јер обавезна санкција нема много сврхе ако није обавезно исправљена и незаконитост. Ипак, тумачећи наведену одредбу о репресивној мери у контексту одредби новијег Закона о инспекцијском поступку, полазећи од тога да интенција Закона о раду није била успостављање контрадикторности, те имајући у виду праксу Инспектората рада, које

²¹¹⁹ Љ. Стојшић, *оп. cit.*, стр. 406.

²¹²⁰ ЗР, чл. 269, 271.

²¹²¹ ЗР, чл. 270.

не покреће прекршајни поступак за сваку уочену неправилност²¹²², закључујемо да је реч о непрецизности изражавања, коју свакако *de lege ferenda* треба отклонити, ради јасног разумевања законског концепта.

При избору инспекцијских мера могућа су два приступа: *приступ санкционисања*, који је ригиднији и усмерен на поштовање закона и кажњавање прекршилаца и *приступ сагласности*, који је "мекши" и предност даје давању упутстава и савета, остављајући санкције за фазу непоступања, од којих сваки има и предности и мане. Први приступ носи ризик злоупотреба, јер може бити више усмерен на избегавање налога инспектора него на отклањање незаконитости у раду, док други приступ носи ризик да буде олако схваћен и води пасивизацији у отклањању незаконитости, у очекивању да ће санкција изостати.²¹²³

Надзирани субјект дужан је да поступи у складу са одређеном мером у року који му инспектор остави, а непоступање по инспекцијским мерама представља основ за прекршајну одговорност, за коју су Законом о инспекцијском надзору предвиђене исте новчане казне без обзира да ли је реч о превентивним, корективним или репресивним мерама²¹²⁴.

4.5.1. Превентивне мере

Инспектор у записнику одређује одговарајуће превентивне мере, ако је то потребно *да би се спречио настанак незаконитости и штетних последица*. Ако надзирани субјект не поступи по превентивним мерама одређеним у записнику, инспектор изриче те мере решењем.

Закон о раду не садржи каталог превентивних мера, већ их само паушално спомиње, док у складу са одредбама Закона о инспекцијском надзору, превентивне мере представљају (1) *упозоравање надзираног субјекта о његовим обавезама из закона и других прописа*, као и о прописаним радњама и мерама управљеним према надзираном субјекту и санкцијама за поступања супротна тим обавезама, (2) *указивање надзираном субјекту на могућност наступања штетних последица његовог пословања или поступања*, (3) *налагање надзираном субјекту предузимања или уздржавања од одређених радњи ради*

²¹²² Извештаји о раду Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступни на интернет страници Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

²¹²³ Љ. Стојшић, *оп. cit.*

²¹²⁴ ЗИН, чл. 56, ст. 5-8. За правно лице је предвиђена новчана казна од 50.000 до 500.000 динара, за предузетника од 25.000 до 250.000 динара, а за физичко лице и одговорно лице у правном лицу од 50.000 до 150.000 динара.

отклањања узрока вероватних штетних последица, као и одговарајућих мера предострожности у циљу спречавања настанка могућих штетних последица и (4) друге мере којима се постиже превентивна улога инспекцијског надзора.²¹²⁵

У теорији се истиче да се ове мере односе на деловање инспектора рада "снагом аргумената" у циљу подизања свести субјеката радног односа, у које спадају нарочито: (1) *давање савета* запосленима и послодавцима о најефикаснијим начинима остваривања права и испуњавања обавеза, (2) *утозоравање* послодавца или запосленог на последице непридржавања прописа, (3) организовање *тематских кампања* о примени прописа у области рада, (4) припрема и дистрибуција *штампаних материјала* о примерима добре и лоше праксе, (5) рад са *социјалним партнерима*, (6) пружање информација путем *медија*.²¹²⁶

Иако развијени системи инспекције рада све више иду у правцу развијања превентивних мера, у теорији се истиче да је успех у њиховој примени условљен постојањем ригорозног казног система, са јасним и брзим процедурама²¹²⁷. У том контексту треба приметити да је домаћи законодавац доношењем Закона о инспекцијском надзору јасно декларисао намеру да стави акценат на превентивно деловање инспекције рада, али да, са друге стране, није прописао довољно одвраћајуће санкције, што доводи у сумњу ефикасност превентивних мера у њиховој практичној примени.

4.5.2. Мере за отклањање незаконитости/корективне мере

За разлику од превентивних мера, које се изричу када је потребно да се спречи настанак незаконитости и штетних последица, које нису настале, али постоји вероватноћа, односно могућност да ће настати, *корективне мере се изричу када је утврђено да постоји незаконитост или небезбедност, тј. да је настала, а како би се неправилност отклонила и стање ствари "довело у ред"*²¹²⁸.

У складу са Законом о инспекцијском надзору, уколико током инспекцијског надзора утврди незаконитост у пословању или поступању надзираног субјекта, *инспектор ће му указати на незаконитост и наложити или предложити мере* за отклањање

²¹²⁵ ЗИН, чл. 26.

²¹²⁶ Љ. Стојшић, *оп. cit.*, стр. 404-405.

²¹²⁷ *Ibid.*, стр. 405.

²¹²⁸ М. Стефановић, Д. Миловановић, Ј. Стефановић, И. Драгошан, *оп. cit.*, стр. 243.

незаконитости и штетних последица и испуњавање прописаних обавеза, те оставити одређени рок за њихово предузимање.²¹²⁹

Надзирани субјекат дужан је да писаним путем обавести инспектора о томе да ли је у остављеном року предузео мере које су му наложене, односно предложене и на захтев инспектора достави одговарајуће доказе, у ком случају инспектор окончава поступак записником о инспекцијском надзору²¹³⁰. Закон о раду императивно прописује обавезу послодавца да најкасније *15 дана* по истеку рока за предузимање корективних мера, одређеног актом инспектора рада, писаним путем обавести инспекцију рада о спровођењу мере²¹³¹. Тек уколико надзирани субјекат у *остављеном року не предузме мере* које су му наложене, односно предложене, инспектор доноси *решење којим изриче мере* за отклањање незаконитости и штетних последица и испуњавање прописаних обавеза.²¹³²

Према томе, када инспектор открије незаконито поступање, по правилу најпре указује на незаконитост и опомиње због тога, те налаже или предлаже мере и оставља примерен рок за отклањање незаконитости и штетних последица и испуњавање прописаних обавеза, и то уноси у записник о инспекцијском надзору – дакле, *не доноси решење о корективним мерама*, осим када је то неопходно, у складу са законом.²¹³³ Артикулација одредбе Закона о раду, према којој је инспектор рада, уколико у вршењу инспекцијског надзора утврди повреду закона, подзаконског акта, општег акта или уговора о раду, *овлашћен* да решењем наложи послодавцу да у одређеном року отклони утврђене повреде аката, би се могла тумачити у складу са претходно наведеним, будући да оставља могућност дискреционе оцене инспектору рада у погледу изрицања мере.²¹³⁴

Корективним мерама се постиже сврха инспекцијског надзора, односно отклањање незаконитости у области која је контролисана, због чега представља најчешће изричану меру у пракси инспекције рада. Предност корективних мера је у томе што се изричу управним актом у писаној форми, са изреком, образложењем и поуком о правном леку, тако да су истовремено усмерене на отклањање незаконитости, као и на успостављање правне сигурности по питању које је било предмет надзора. С друге стране, њихов недостатак представља одсуство

²¹²⁹ ЗИН, чл. 27, ст. 1.

²¹³⁰ ЗИН, чл. 27, ст. 2-3.

²¹³¹ ЗР, чл. 269, ст. 3

²¹³² ЗИН, чл. 27, ст. 1-4.

²¹³³ М. Стефановић, Д. Миловановић, Ј. Стефановић, И. Драгошан, *op. cit.*, стр. 244.

²¹³⁴ *Ibid.*, стр. 245.

експедитивности, с обзиром да поступак изрицања корективних мера траје одређено време, након чега се надзираном субјекту оставља рок за добровољно поступање, при чему евентуално изјављена жалба има, по правилу, суспензивно дејство, тако да овој мери може недостајати некада неопходна хитност.²¹³⁵

4.5.3. Мере за санкционисање незаконитости/репресивне мере

Репресивне мере представљају различите врсте механизма управљених на сузбијање незаконитости у раду послодавца које се сматрају посебно тешким. *Ratio legis* ових мера, како истиче проф. Лубарда, треба тражити у интенцији законодавца да сузбије "рад на црно", да спречи обављање рада док траје непосредна опасност по живот и здравље запослених, да обезбеди запосленима право на зараду, као и да обезбеди законитост доношења програма решавања вишкова запослених. Поред тога, репресивне мере се предвиђају и за случај да послодавац у остављеном року не поступи по решењу инспектора рада којим су изречене корективне мере.²¹³⁶

У страним правима постоје различите врсте репресивних мера, међу којима су најчешће (1) изрицање новчаних казни, (2) покретање прекршајних поступака, (3) одређивање забране обављања одређених радњи, ангажовања одређених лица или употребе одређених средстава, (4) иницирање покретања кривичног поступка, (5) изрицање забране обављања делатности послодавцу, (6) повлачење датих сагласности, (7) одузимање издатих дозвола²¹³⁷.

Упркос широкој могућности одабира, домаћи законодавац је као једину санкцију за кршења Закона о раду, па тиме и незаконит престанак радног односа, предвидео могућност покретања прекршајног поступка. Поред покретања прекршајног поступка, инспектор рада може против надзираног субјекта поднети и кривичну пријаву, што се у пракси ретко дешава²¹³⁸ и поднети Уставном суду *иницијативу за оцену уставности и законитости* општег акта послодавца и његово обустављање од извршења,²¹³⁹ дакле нема на располагању ниједну меру која је у његовој искључивој надлежности не само у погледу изрицања, већ и извршења.

²¹³⁵ Љ. Стојшић, *оп. cit.*, стр. 403.

²¹³⁶ Б. Лубарда, Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, *оп. cit.*, стр. 760.

²¹³⁷ Љ. Стојшић, *оп. cit.*

²¹³⁸ Извештаји о раду Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступни на интернет страници Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

²¹³⁹ ЗИН, чл. 42, ст. 7.

Предлог за покретање прекршајног поступка инспектор рада ће поднети надлежном органу када у вршењу инспекцијског надзора открије незаконитост која је кажњива према Закону о раду или неком од посебних закона из области рада²¹⁴⁰. За прекршаје из ове области прописане су новчане казне, које изриче надлежни орган за прекршаје. Инспектор рада *нема овлашћење да изрекне мандатну казну за повреду одредби Закона о раду*, што проф. Јовановић излаже критици и оцењује да би *de lege ferenda* требало прописати могућност и услове за изрицање мандатних казни за одређене незаконитости у области рада, по угледу на Конвенцију МОП бр. 81 којом су такве могућности предвиђене²¹⁴¹. Ситуација је нешто поправљена доношењем Закона о инспекцијском надзору²¹⁴², који предвиђа могућност издавања *прекршајног налога због непоступања по налогу инспектора рада* за спровођење корективних мера.

Наиме, уколико надзирани субјект не поступи по изреченим корективним мерама или о спровођењу истих не обавести инспекцију, *инспектор подноси захтев за покретање прекршајног поступка*. За непоступање по налогу инспектора рада новчане казне прописују како сам Закон о инспекцијском надзору, тако и закони из области рада. Ова казна наплаћује се издавањем прекршајног налога, који представља вид *мандатне казне*²¹⁴³, чиме је инспектор рада стекао овлашћење да за ову врсту прекршаја, за разлику од прекршаја самог закона из области рада, на лицу места изрекне новчану казну.

Висина новчане казне која може бити изречена у прекршајном поступку зависи од од тежине прекршаја, који су класификовани у четири категорије, при чему за најлакше прекршаје, доња граница новчане казне за правно лице износи 50.000 динара, док је горња граница за најтеже прекршаје правног лица 2.000.000 динара²¹⁴⁴. Пропуштање доношења програма решавања вишка запослених и незаконит отказ уговора о раду сврстани су у категорију најтежих прекршаја. Наведена врста и тежина санкција траже да се запита да ли су способне да остваре циљ репресивних мера. Наиме, како се у теорији указује, систем санкција може да буде ефикасан само под условом да је (1) *озбиљан*, што се односи на тежину запрећених санкција, (2) *известан*, што значи да је брзо и ефикасно спроводив, без

²¹⁴⁰ ЗР, чл. 270; ЗИН, чл. 42, ст. 1-3.

²¹⁴¹ П. Јовановић, *Радно право*, *оп. cit.*, стр. 365.

²¹⁴² ЗИН, чл. 61а. Новчаном казном од 200.000 динара казниће се за прекршај извршеник - правно лице и треће лице - правно лице у поступку управног извршења решења донетог у поступку инспекцијског надзора, које онемогућава или отежава спровођење управног извршења, док су новчане казне за предузетник 100.000 динара, односно за физичко лице и одговорно лице у правном лицу 50.000 динара.

²¹⁴³ М. Стефановић, Д. Миловановић, Ј. Стефановић, И. Драгошан, *оп. cit.*, стр. 323.

²¹⁴⁴ ЗР, чл. 272-276.

могућности опструкција и (3) *прилагодљив околностима случаја*, што се обично постиже прописивањем распона у оквиру кога се, у зависности од профила учиниоца, те природе и околности учињеног прекршаја, санкција може прилагодити сврси, јер изрицање санкције није само себи циљ, већ изречена санкција треба да буде сразмерна озбиљности прекршаја, како би "са једне стране била схваћена као средство обезбеђења социјалне правде према оштећеном и јавности, а са друге као облик васпитне мере према оном коме је изречена."²¹⁴⁵ Чини се да домаћем праву недостају императиви *озбиљности и извесности*, јер прописане казне, као најгоре што може да "задеси" послодавца који крши закон на штету запосленог (поред одлуке суда у радном спору и евентуалног покретања кривичног поступка, што су дуги и неизвесни поступци), ни по врсти, нити по износу нису у довољној мери одвраћајући. Поред тога, с обзиром да инспектор нема могућност да наплати мандатну казну, већ да је казна наплатива тек по правноснажном окончању прекршајног поступка, дејство санкције је превише одложено да би васпитно деловало на послодавца, како у односу на незаконитост која је била предмет надзора, тако и *pro futuro*, при чему посебан проблем представља чињеница да јако велики број прекршајних поступака буде окончан обустављањем или казне не буду наплаћене због наступања застарелости, будући да апсолутна застарелост прекршајног гоњења и извршења прекршајне казне наступа две године по извршењу прекршаја (гоњење), односно правноснажности пресуде (извршење), без обзира да ли је прекршајни поступак у међувремену вођен и покушано спровођење извршења²¹⁴⁶, због чега у високом проценту случајева уопште не дође до спровођења репресивне мере према послодавцу, што индикују извештаји Инспектората за рад, који апострофирају да је потребно појачати мере на контроли спровођења репресивних мера²¹⁴⁷.

4.6. Одлагање извршења решења о отказу до окончања радног спора

4.6.1. Правно дејство

Као што је већ било речи, Закон о раду прописује само две конкретне инспекцијске мере које је, поред покретања прекршајног поступка, могуће одредити,

²¹⁴⁵ Љ. Стојшић, *оп. cit.*, стр. 403.

²¹⁴⁶ Закон о прекршајима ("Сл. гласник РС", бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 - одлука УС), чл. 84-85.

²¹⁴⁷ Извештаји о раду Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступни на интернет страници Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

од чега је једна од непосредног интереса за тему овог рада, будући да представља својеврсну *привремену меру, која се састоји у привременој реинтеграцији* запосленог у радни однос до правноснажног окончања радног спора.

Наиме, инспектор рада је овлашћен да својим решењем одложи извршење решења послодавца о отказу уговора о раду, уколико се стекну следећи услови: (1) да током инспекцијског надзора утврди да је право запосленог *очигледно повређено*, (2) да је запослени поднео *тужбу ради поништаја решења* о отказу и (3) да је запослени поднео инспекторату рада *захтев за одлагање решења* о отказу до правноснажне одлуке суда, у преклузивном року од *15 дана* од дана подношења тужбе.²¹⁴⁸

Инспектор рада је дужан да, уколико су кумулативно испуњени претходно наведени услови, донесе решење у року од 30 дана од дана подношења захтева запосленог, којим се *одлаже извршење решења о отказу до правноснажног окончања радног спора по тужби запосленог*. Против решења инспектора рада може се изјавити жалба министру у року од осам дана од дана достављања решења, која *нема суспензивно дејство*, али има деволутивно дејство, јер о жалби одлучује министар, односно по његовом овлашћењу другостепени орган Инспектората рада, у року од 30 дана од дана пријема жалбе. Против коначног решења *не може да се покрене управни спор*.²¹⁴⁹ Мишљења смо да, с обзиром на кратке рокове за решавање по жалби на решење о захтеву за одлагање извршења решења о отказу, нема никаквог оправдања одступање од начела суспензивности жалбе, посебно што ова врста привремене мере није детерминисана социјално-економским разлозима, а послодавац се непотребно ставља у неповољан организациони и административан положај уколико врати запосленог на рад до правноснажног окончања спора, а онда након кратког времена првостепено решење буде укинута и стога ће природно разматрати могућности непоступања по овој мери. Истовремено, није јасно због чега је запосленом ускраћено право на покретање управног спора уколико му захтев за одлагање

²¹⁴⁸ ЗР, чл. 271.

²¹⁴⁹ ЗР, чл. 272. До доношења Закона о изменама и допунама Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 75/14), запослени је имао право да води управни спор против решења инспектора рада којим је одбијен захтев за одлагање извршења решења о отказу. Тако је, примера ради, пресудом Управног суда, 9 У. 5236/2011 од 15.3.2012. године, констатовано: "*Из цитираних одредаби Закона произлази да, против коначног решења инспектора рада, којим је, на захтев запосленог, одложено извршење решења о престанку радног односа, послодавац не може покренути управни спор. Како је у конкретном случају инспектор рада одбио захтев тужилаца за одлагање извршења решења директора предузећа, којим је тужилац престао радни однос у предузећу до доношења правноснажне одлуке суда, а тужени орган одбио жалбу тужилаца на решење инспектора рада, Управни суд сматра да против решења туженог органа није искључено вођење управног спора, у смислу члана 272. став 4. Закона. Са наведених разлога ни су основани наводи туженог да је тужба недопуштена, с обзиром да је, по оцени Управног суда, дозвољено вођење управног спора против решења другостепеног органа којим је одбијена жалба запосленог, изјављена против решења инспектора рада, а којим је одбијен захтев запосленог за одлагање извршења решења о отказу уговора о раду.*" Наведеним законским изменама ово право је запосленима ускраћено, без јасног разлога за такво поступање.

извршења буде коначно одбијен, нити такво решење делује конзистентно циљу успостављања ове мере.

У сваком случају, из претходних разматрања јасно произилази да ова инспекцијска мера *има правну природу и дејство привремене мере*, будући да има све карактеристике привремене мере: (1) њоме се не одлучује о законитости отказа²¹⁵⁰, (2) има за циљ привремену заштиту права странке у поступку до његовог правноснажног окончања, (3) извршена је моментом достављања, чиме је одступљено од општег правила инспекцијског поступка да жалба има суспензивно дејство и (4) ограничен је број правних лекова и средстава који се могу изјавити против ње, тако да није дозвољен управни спор, чиме се одступа од општег правила о доступности управног спора. Њена специфичност је, са друге стране, то што се ова привремена мера доноси у управном поступку ради заштите права запосленог до правноснажног окончања судског поступка, што иако Законом о општем управном поступку није искључено као могућност²¹⁵¹, није карактеристично за било који други поступак.

Сматрамо да је неопходно задржати пажњу на првом услову за одређивање ове мере - "очигледном повредом права запосленог" из два разлога. *Први* је тај што наведена синтагма представља правни стандард са прилично широким могућом садржином. *Други* је тај што се наведени правни стандард може односити на повреду отказног поступка, за које суд у радном спору не може да одреди реинтеграцију у радни однос. Пођимо редом.

Под очигледном повредом права запосленог се у јуриспруденцији *Управног суда*, створеној управо у вези са инспекцијским одлагањима извршења решења о отказу вишку запослених, сматрају *повреде које се односе на поступак*, тако да инспектор рада неће одложити извршење решења о отказу уколико у инспекцијском надзору утврди да је радно место запосленог укинута, да је послодавац размотрио мере за запошљавање (не нужно и применио), да је донет програм (ако је за то постојала обавеза) у сарадњи са Националном службом за запошљавање и репрезентативним синдикатом и да исти садржи законом обавезне елементе, те плаћена отпремнина и доспеле зараде, накнаде зараде и друга примања, док сва остала питања може да решава искључиво надлежни суд.²¹⁵² Према ставовима инспекције рада, "право

²¹⁵⁰ Схватање да одлагање извршења решења о отказу представља неку врсту привремене мере је са овом аргументацијом изразио и Уставни суд Србије у одлуци Уж бр. 14/2008 од 3. децембра 2009. године.

²¹⁵¹ Закон о општем управном поступку ("*Сл. гласник РС*", бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење), чл. 115.

²¹⁵² Примера ради: Пресуда Управног суда, 11 У. 9175/2012 од 6.9.2012. године; Пресуда Управног суда, 12 У. 27129/2010 од 9.6.2011. године, у чијем образложењу овај суд наводи: "Код оваквог стања ствари, по оцени суда, правилно је поступио тужени када је нашао да је правилно првостепени орган утврдио да је послодавац донео решење о отказу уговора о раду тужиоцу на основу члана 179. став 1. тачка 9) Закона, сагласно наведеним

запосленог је очигледно повређено када је *видљиво да је дошло до повреде права*, односно када се до закључка о повреди права може доћи и без извођења обимнијег доказивања, а готово је извесно да ће и суд због повреде права запосленог, поништити одлуку послодавца. *Повреда мора да је зрубља*, односно да је битно утицала на законитост донете одлуке. Инспектор, по правилу, не изводи доказе *нити се упушта у материјалну страну спорног права*.²¹⁵³

Становишта суда и инспекције рада јасно опредељују да инспектор рада има право да запосленог привремено врати на рад до правноснажног окончања радног спора искључиво уколико је дошло до повреде правила отказног поступка.

С друге стране, сагласно изричитој законској одредби која је на снази од 2014. године, "ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог".²¹⁵⁴

Закључак је следећи: ако суд утврди да је послодавац формално погрешно, макар и грубо, једина санкција за послодавца је новчана накнада и то ограничена на износ до шест зарада. Истовремено, ако то исто утврди инспекција рада, послодавац ће бити санкциониран враћањем запосленог на рад и исплатом зарада до окончања спора. *Наведена неконзистентност захтева да се ова инспекцијска мера преиспита са аспекта новијих законских решења, јер нема много оправдања да потпуно исти чињенични основ - постојање формалне грешке у поступку - ствара две дијаметрално супротне правне последице, у зависности од тога да ли је одлучивао орган управе (са тежим последицама за послодавца) или суд (са далеко лакшим). Сматрамо стога да би, *de lege ferenda*, требало преиспитати оправданост постојања ове мере и евентуалног ревидирања услова за њено одређивање, посебно имајући у виду да привремену меру може да одреди и суд пред*

одредбама члана 153. Закона, јер је донео Програм о решавању вишка запослених у сарадњи са репрезентативним синдикатима и Националном службом за запошљавање. *С обзиром да је приликом вршења инспекцијског надзора поступајући по захтеву тужиоца утврдио да Програм садржи све елементе у складу са одредбом члана 155. Закона и да је поступак отказа уговора о раду због престанка потребе за радом запосленог спроведен у складу са Законом, тужени орган је, по налажењу суда, правилно закључио да је правилно одлучио првостепени орган када је утврдио да тужиоцу, као запосленом, отказом уговора о раду није очигледно повређено право, односно нису испуњени услови за поступање инспектора у смислу одредбе члана 271. став 1. Закона. Суд при том указује да се правилно констатује оспореним решењем туженог органа да оцена оправданости разлога за отказ уговора о раду, поступка доношења програма за решавање вишка запослених, начина исплате опремнине и друга питања која су из тога проистекла, представљају чињенице које надлежан суд решава у радном спору доносећи одлуку о законитости отказа уговора о раду."*

²¹⁵³ Горан Марковић, "Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду у светлу измена Закона о раду", у: Зоран Ивошевић (ур.) *Новине у прописима о надзору над применом прописа о раду*, Глосаријум, 2015, стр. 213.

²¹⁵⁴ ЗР, чл. 191, ст. 7.

којим се води радни спор, који има далеко шири увид у чињеничне и правне аспекте и знатно шири обим надлежности за оцењивање кључних чињеница за одређивање привремене мере.

4.6.2. Однос према привременој мери из судске надлежности

Као што је већ претходно било речи, суд у радном спору може на захтев запосленог, у складу са правилима Закона о извршењу и обезбеђењу, одредити привремену меру враћања запосленог на рад до правноснажног окончања спора.

Привремена мера коју у радном спору одреди суд и претходно разматрана инспекцијска мера представљају два сасвим различита и независна института која егзистирају паралелно, иако са истим последицама - привременом реинтеграцијом запосленог у радни однос до правноснажног окончања спора.

Притом, за одређивање судске привремене мере није довољно само утврђивање недостатка отказног поступка, већ и постојање индиција да ће изостанком привремене мере наступити знатна материјална штета за запосленог, или да послодавац неће претрпети штету, чиме се узима у обзир баланс интереса, као неопходан елемент оправданости одређивања привремене мере, што ову меру, у контексту претходно реченог, чини подеснијим средством, будући да се одређује на основу ширег и дубљег сагледавања чињеничних и правних питања и разматрања потребе за одређивањем привремене мере у склопу свих околности.

Поред тога, паралелна егзистенција две привремене мере два различита органа отвара низ потенцијалних питања и проблема у пракси. Примера ради, с обзиром да запослени има право да истовремено захтева и од суда и од инспекције рада да одреде привремену меру, како поступити ако инспекција рада на захтев запосленог одреди привремену меру, а суд одбије? Да ли је у том случају инспекцијско решење извршиво, упркос томе што је суд који води спор оценио да нема места привременој реинтеграцији? С обзиром на различите услове за одређивање привремене мере, сматрамо да би одговор био афирмативан, али могло би се и супротно аргументовати. Може се, међутим, замислити и још комплекснија ситуација, која би настала уколико инспекција рада на захтев запосленог донесе привремену меру, а суд на захтев послодавца одреди привремену меру забране реинтеграције, што је хипотетички могућа ситуација? Већ на само неколико примера јасно је да паралелна егзистенција две несродне привремене мере у надлежности два

различита органа не доносе висок степен правне сигурности и једноставност у примени, што је есенцијално за њихову делотворност, већ се овакав механизам пре може тумачити као потреба за заштитом запослених од губитка посла "по сваку цену", што иде на штету делотворности привремене реинтеграције, јер она мора бити одржива, у противном, урушава темеље и сврху института решавања вишка запослених.

5. Подесност и делотворност мера из надлежности инспекције рада у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем

5.1. Потенцијали инспекцијског надзора у превенцији и решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањем

И најстрожији закон дерогира његово неспровођење. Ова сентенца, која се приписује руском писцу и губернатору из деветнаестог века, Салтиков-Чедрину, звучи *a priori* толико логично и тачно, да јој се може приписати аксиомски карактер. Ипак, савремени руски теоретичари су, у жељи да тестирају тачност наведеног, спровели истраживања корелације између функционисања судова и инспекције рада, броја спорова и параметара тржишта рада, пре свега (не)запослености и дошли до опрезног закључка да, упркос свим проблемима у израчунавању и процени резултата, економерни докази говоре у прилог потврђивања Салтиков-Чедринове хипотезе.²¹⁵⁵

С обзиром да закони могу бити поштовани или игнорисани у различитој мери, стварни начин спровођења закона позитивно или негативно утиче на његову примену. Строги закони праћени недовољно ефикасним спровођењем доносе правну несигурност и утичу на све аспекте економског, почитичког и социјалног живота²¹⁵⁶.

Инспекција рада, са својом основном надлежношћу - надзором над спровођењем закона и предузимањем мера за унапређење поштовања закона, отклањање незаконитости и кажњавање прекршилаца, самим тим има незаменљиву улогу не само у заштити права и интереса запослених, већ и *превенцији спорова*, будући да је повреда закона од стране учесника радног односа један од основних узрочника

²¹⁵⁵ Vladimir Gimpelson, Rostislav Kapeliushnikov, Anna Lukiyanova, "Employment Protection Legislation in Russia: Regional Enforcement and Labour Market Outcomes", *Iza Discussion Paper Series*, no. 4484/2009, стр. 1, 21.

²¹⁵⁶ *Ibid.*, стр. 1.

индивидуалних и правних колективних радних спорова. Поред тога, важна функција инспекције рада као предлагача измена законске регулативе такође има важну превентивну улогу, с обзиром на потенцијал инспекције рада да сагледа практичне проблеме у примени прописа и најчешће узроке настанка спорова, што може у одређеном степену редуковати настанак спорова.

Међутим, инспекција рада може имати још важнију улогу у превенцији спорова уколико се њене иницијалне надлежности, утврђене међународним стандардима, додатно прошире, о чему говоре примери добре праксе из страних права, у системима у којима су инспекцији рада поверена овлашћења да (1) цени ваљаност социјалног програма сачињеног у поступку колективног отпуштања са аспекта адекватности мера предвиђених за спречавање или смањење броја отказа, односно ублажавање негативних последица отказа, или (2) учествује у колективним преговорима чији предмет могу бити питања од изузетне важности за колективна отпуштања, или (3) даје претходне сагласности на опште акте послодаваца, или (4) издаје претходне сагласности на акте о престанку радног односа у односу на одређене категорије запослених, посебно када су у питању откази из економских разлога.

Поред тога, инспекција рада, због своје стручности и ауторитета, праћеним прерогативима државног империјума и изрицања санкција, може бити важан фактор брзог и ефикасног решавања већ насталих индивидуалних и колективних спорова, о чему илустративно говоре примери поверавања инспекторима рада улоге медијатора и арбитра, присутни у одређеном броју страних права.

5.2. Подесност и делотворност општих мера из надлежности инспекције рада у домаћем праву

Потенцијали инспекције рада нису на задовољавајући начин искоришћени у домаћем праву, будући да у постојећем правном оквиру Инспекторат за рад има искључиво базичне надлежности предвиђене универзалним радним стандардима, обогаћене у односу на незаконите престанке радног односа само једном додатном мером - одлагањем извршења решења о отказу.

Међутим, ни ове основне надлежности Инспектората рада не треба потценити, будући да би инспекцијске мере могле имати за циљ превенцију незаконитих отказа у поступцима решавања вишкова запослених, па тиме и спорова тим поводом, с обзиром да инспекција рада има право да током поступка решавања

вишка запослених и без најаве изврши инспекцијски надзор и да наложи послодавцу да, под претњом санкција, отклони незаконитости у поступању.

Проблем је, међутим, што ни те основне мере које инспектор рада може да одреди - превентивне, корективне и репресивне, нису праћене довољно строгим, разноврсним и ефикасно спроводивим санкцијама за повреде закона. Као што је већ било речи, основни теоријски постулат ефикасности превентивних мера, на којим је домаћи законодавац инсистирао приликом доношења Закона о индустријском надзору, је постојање довољно убедљивих санкција, чије само стављање у изглед може да оснажи "лепу реч" инспектора, односно његов предлог/налог у правцу отклањања незаконитости и даљег поступања. Домаће право нема адекватан систем санкција за повреде Закона о раду, до којих може доћи у поступцима решавања вишка запослених, будући да као основну санкцију предвиђа покретање прекршајног поступка у коме се могу изрећи новчане казне у распонима од 50.000 до 2.000.000 динара. Акцесорно, инспектор рада може поднети против послодавца кривичну пријаву или иницијативу за оцену уставности и законитости општег акта, али то су недовољно одвраћајуће мере. Додатни проблем представља поступање у пракси, које указује да механизми имплементације инспекцијских мера нису обезбеђени, будући да очигледно не постоји координисано деловање инспекције рада и прекршајних органа, а сам инспектор рада нема довољно ефикасне механизме да спроведе репресивне мере, с обзиром на ограничену употребу мандатних казни. Ситуација постаје јаснија када се погледају подаци из извештаја Инспектората за рад за 2015, 2016. и 2017. годину²¹⁵⁷, на основу којих је изведена доња табела.

Табела бр. 5

	Укупно надзора	Корективне мере по Закону о раду	Поднете прекршајне пријаве	Застарели поступци	Просечна изречена новчана казна по послодавцу (дин.)
2015.	32.692	4.690	1.165	335	137.531,42
2016.	53.069	10.416	1.670	393	130.452,13
2017.	53.424	5.262	1.337	473	114.470,00

²¹⁵⁷ Извештаји о раду Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, јавно доступни на интернет страници Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.

Сматрамо посебно алармантним податке о просечном износу изречене новчане казне по послодавцу и учешћу застарелих прекршајних поступака у броју поднетих прекршајних пријава, будући да ти подаци указују да је *изложеност послодавца прекршајној ситуацији финансијски ограничена на износ динарске противвредности од око 1.000 евра на годишњем нивоу, при чему постоји око 30% шансе да се чак и тај симболичан износ казне избегне*, пошто око трећине покренутих прекршајних поступака буде обустављено због наступања застарелости. Чини се да ови подаци не траже даљи коментар.

Да закључимо: у домаћем праву не постоји довољно развијен систем санкција за спровођење инспекцијских мера, које би биле довољно делотворне да у поступцима решавања вишка запослених превенирају повреде закона и потенцијалне спорове који проистекну из повреде права запослених у тим поступцима, будући да (1) запрећене санкције нису довољно разноврсне по својој природи и негативним последицама по послодавца који крши закон, нити довољно високе да их послодавци не би третирали као економски прихватљив ризик кршења закона, с обзиром да казна за недоношење програма и незаконите отказе износи од 800.000 до 2.000.000 динара²¹⁵⁸, што погоршава чињеница да (2) не постоје ефикасни механизми спровођења санкција, будући да износ просечно изречене новчане казне кореспондира свега двоструком износу најниже запрећене казне за најлакше прекршаје, а 20 пута је нижи од максимално запрећене законске казне, при чему око трећине прекршајних поступака застари и тиме се оконча без санкције за послодавца.

Додатни проблем, специфичан за поступке решавања вишка запослених, састоји се у томе што, упркос генералном овлашћењу инспектора рада да наложи отклањање незаконитости, не постоји јасан законски основ за поступање инспектора рада у вези са повредама колективних радних права, изузев ограничене надлежности у случају штрајка у складу са Законом о штрајку, што представља својеврстан недостатак у случају да послодавац одбија да призна синдикату својство репрезентативности, које је услов за партиципацију синдиката у поступку колективног отпуштања.

²¹⁵⁸ ЗР, чл. 273, ст. 1, т. 5 и 6.

5.3. Подесност и делотворност привремене мере враћања на рад до окончања радног спора у домаћем праву

У оквиру претходних разматрања већ је било речи о условима за одређивање и природи ове инспекцијске мере, те нејасном месту и односу ове мере у систему санкција предвиђених за незаконит отказ радног односа.

Пре свега, треба приметити да ова врста мере по природи ствари нема функцију превенције спорова, јер је настанак спора управо услов њеног одређивања. Она нема ни непосредну функцију решавања насталог спора, јер није усмерена на решавање спорног односа, с тим што би евентуално могла посредно имати тај ефекат, уколико би послодавац на основу одређивања привремене мере схватио да су велики изгледи да спор у крајњој инстанци изгуби уз значајне трошкове, па одлучио да након реинтеграције запосленог по решењу инспектора, отказ стави ван снаге, мада се то у пракси ретко дешава. Суштински, њена искључива непосредна улога је радно-социјалног карактера и она као таква непосредно служи одржавању радно-професионалног статуса запосленог до окончања спора, чиме се избегавају проблеми реинтеграције у случају поништаја отказа, као и обезбеђивању социјално-економске збринутости запосленог током трајања спора, што може бити веома значајно у периодима високе незапослености.

Ипак испитивање подесности и делотворности ове мере са наведених аспеката захтева њено додатно сагледавање из два угла, односно одговоре на питања: (1) да ли иста на прави начин одражава баланс интереса и да ли је одржива са аспекта послодавца и (2) да ли је механизам њене имплементације разумљив и једноставан за примену.

Прво питање се намеће као последица неопходности да се уважи специфичност разлога колективног отуштања и у том контексту сагледа тежина привремене мере враћања запосленог на рад. Наиме, послодавац који се због наступелих технолошких, економских или организационих промена конфронтирао са потребом да смањи укупан број запослених по правилу *нема где да врати те запослене* ни организационо ни просторно, јер је угасио радна места, а често чак и целе организационе јединице у којима су послови запослених обављани. Поред тога, буџет зарада је пројектовао на мањи број запослених који су му реално потребни у процесу рада, а како је претходно ангажовао значајна средства за исплату отпремнина, често *нема резервне ресурсе за исплату зарада запосленима које инспекција врати на рад.* Притом, *запослени који се враћа на*

рад по решењу инспекције рада задржава отпремнину, будући да о законитости отказа, од кога зависи право на отпремнину, тек треба да буде одлучено правноснажном пресудом, тако да послодавац ни са те стране не може да створи ресурсе за исплату зарада. Коначно, с обзиром да је основ за враћање на рад по инспекцијском решењу, како смо видели, очигледна повреда отказног поступка, за очекивати је да је мултиплицирана, јер колективно отпуштање подразумева типску процедуру, услед чега број потенцијалних запослених за враћање на рад може да буде веома висок. Све ово може резултирати угрожавањем супстанце, са потенцијално девестирајућим последицама за опстанак послодавца, што је потпуно супротно основној универзално прихваћеној сврси института вишка запослених: да се прилагођавањем броја запослених адаптира тржишним условима, одржи конкурентност, а тиме и опстанак. Стога се мора поставити питање оптималног баланса између потребе за заштитом запосленог у односу на оптерећење које се намеће послодавцу. У том контексту важно је имати на уму да разлог одређивања ове мере није тежак социјално-економски положај запосленог (који је, штавише, повољнији у односу на друге основе отказа, јер је запосленом исплаћена отпремнина), већ формална грешка која је начињена у отказном поступку.

Други критички аспект ове привремене мере везан је за чињеницу да њена нетипичност и недовољна законска уређеност, стварају у пракси бројне проблеме приликом спровођења ове мере, како за саме запослене, тако и за послодавце.

Пре свега, нејасно је који правни однос настаје решењем инспектора између послодавца и запосленог, наиме да ли се само ревитализује иницијално заснован радни однос прекинут отказом или се успоставља сасвим нови радни однос привременог карактера, односно до окончања спора. Из синтагме "одлагање извршења решења о отказу" закључује се да се отказ привремено ставља ван правне снаге и повлачи из правног промета, што би ишло у прилог закључку да је реч о реанимацији радног односа и његовом наставку до правноснажног окончања радног спора, као да уговор о раду никада није отказан, након чега ће, зависно од одлуке суда, отказ трајно бити повучен из правног промета или ће отказ стати на правну снагу и запосленом трајно престати радни однос. С друге стране, чињеница да је отказ реално произвео правно дејство, односно да је запосленом који је утврђен вишком исплаћена отпремнина и да је он одјављен са социјалног осигурања, може произвести и закључак да се са запосленим на основу решења инспектора привремено заснива нови радни однос.

Од одговора на наведено питање зависи (1) механизам, односно правни инструмент враћања запосленог на рад, (2) правне последице одбијања запосленог да се врати на рад и (3) накнадни престанак радног односа током трајања радног спора по неком другом правном основу везаном за способност и понашање запосленог или потребе послодавца. Наиме, уколико би одговор на основно питање био да се наставља радни однос као да отказа није ни било, што би правила граматичке херменеутике налагала, произилази следећи закључак: (1) запослени се на рад враћа одмах, односно први радни дан по пријему решења инспектора, без потребе да га послодавац посебно позива; послодавац је дужан да му обезбеди исте послове, ако и даље постоје, а ако су укинута, дужан је да му понуди премештај на друге одговарајуће послове и привремено га упути на плаћено одсуство док траје законски рок за изјашњење о тој понуди, (2) ако се запослени не јави на рад одмах по пријему привремене мере или одбије понуду за премештај на друге послове, послодавац му може отказати уговор о раду због изостанка са рада, односно одбијања анекса и (3) послодавац може да запосленог накнадно отпусти из било ког разлога везаног за његову способност, понашање или потребе послодавца. С друге стране, уколико је одговор на основно питање да се успоставља нови, привремени радни однос, тада су одговори на претходне три дилеме сасвим другачији, јер: (1) запослени се враћа на рад тек на основу уговора о раду на одређено време за време трајања спора, који је послодавац дужан да му понуди одмах по извршности решења инспектора, за обављање било којих одговарајућих послова, а без потребе да се труди да му обезбеди оне које је претходно обављао, чак и ако постоје, (2) уколико запосленом не одговарају понуђени послови, слободан је да одбије закључење уговора о раду, без икаквих штетних последица и (3) запосленом током радног спора може престати радни однос само из разлога који се односе на способност и понашање запосленог, али не и потребе послодавца, јер је запослени у радном односу на одређено време и у том статусу не може бити утврђен вишком, а и легитимитет промене услова рада би био веома споран.

Врховни касациони суд у својој релативно оскудној јуриспруденцији по овом питању инклинира становишту да је реч о заснивању новог радног односа на одређено време током трајања спора, оцењујући у више својих одлука правилним поступање послодавца који у извршењу решења инспектора рада нуди запосленом

нови уговор о раду на одређено време²¹⁵⁹, те заузимајући чак и став да послодавац не може запосленог који је враћен на рад решењем инспекције утврдити вишком, јер је реч о радном односу на одређено време²¹⁶⁰. С друге стране, у овоме није сасвим конзистентан, с обзиром да је у другом спору, где је запослена била враћена судском привременом мером на рад до окончања спора, након чега је отпуштена као вишак, оценио да је проглашење вишком и потоњи отказ било законито²¹⁶¹.

Претходна разматрања јасно указују да је питање имплементације ове инспекцијске мере прожето сувише крупним правним празнинама, које умањују њену потенцијалну делотворност и сасвим непотребно стварају простор за грешке које, уместо да умање штетан ефекат насталог спора, могу резултирати новим споровима. Поред тога, свака правна празнина ствара широку платформу за злоупотребе, посебно од стране послодаваца, што треба превенирати. *De lege ferenda*, сматрамо да сва наведена питања треба пажљиво размотрити и ову привремену меру, уколико се оцени оправданом и потенцијално вредном, учинити јаснијом и једноставнијом за примену. Мишљења смо да приликом разматрања оправданости постојања ове инспекцијске мере треба имати у виду овлашћење суда који одлучује о радном спору да по службеној дужности или на предлог запосленог одреди привремену меру, при чему суд има (1) комплетнији увид у чињенично и правно стање у погледу предмета спора и (2) овлашћење да испита економску оправданост њеног одређивања са аспекта угрожености запосленог, што судску привремену меру свакако чини подеснијим средством, док паралелно постојање инспекцијске и судске привремене мере и њихова евентуална контрадикторност могу унети значајну правну несигурност и неделотворност оба правна средства.

Потенцијалну неделотворност ове инспекцијске мере индикују и подаци Инспектората за рад за 2015, 2016. и 2017. годину о броју решења о одлагању извршења решења о отказу у односу на укупан број надзора примене Закона о раду на захтев запослених и укупан број отказа по основу вишка запослених, према евиденцији Националне службе за запошљавање²¹⁶² за наведени период.

²¹⁵⁹ Примера ради, пресуде Врховног касационог суда у предметима: Рев2 1574/2016 од 14.9.2017. године, Рев2 1017/2013 од 15.5.2014. године.

²¹⁶⁰ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 99/2015 од 08.07.2015. године.

²¹⁶¹ Пресуда Врховног касационог суда у предмету Рев2 402/2014 од 05.06.2014. године.

²¹⁶² Званични подаци Националне службе за запошљавање.

Табела бр. 6

	Надзори по захтеву запосленог	Откази по основу вишка запослених	Решења о одлагању извршења отказа	Одбачено/одбијено захтева за одлагање
2015.	8.680	40.516	357	нема података
2016.	7.003	32.708	371	нема података
2017.	5.564	27.768	310	77%

Овако ниско учешће ове мере у укупном броју поступака које запослени покрећу пред инспекцијом рада, посебно у односу на укупан број запослених коме на годишњем нивоу престане радни однос као вишку запослених, указује на недовољну заинтересованост запослених за подношење захтева за одлагање извршења решења о отказу, што може бити делимично проузроковано и разлозима на које је у претходном дискурсу указано, али можда и рестриктивном ставу инспектора рада према одређивању ове мере, о чему би могао да говори податак да је мање од четвртине поднетих захтева усвојено у 2017. години (за друге године не постоји доступна евиденција).

РЕШАВАЊЕ РАДНИХ СПОРОВА ПУТЕМ ИНДУСТРИЈСКЕ АКЦИЈЕ

1. Право на индустријску акцију

1.1. Појам и врсте индустријске акције

Појам индустријске акције²¹⁶³ је доста захтевно дефинисати, будући да иста представља генерички назив за веома диверсификоване видове радне борбе на страни представника рада и капитала, који се разликују у својим спољним манифестацијама и карактеристикама, али их обједињују заједничка суштина и циљ - да се привременим ускраћивањем обавезе вршења рада или другим видом ометања пословања примарног или секундарног послодавца (индустријска акција од стране радника), односно привременим ускраћивањем права на рад (индустријска акција од стране послодавца), створи одговарајући економски притисак на страну против које је индустријска акција усмерена, који ће је мотивисати да прихвати захтеве друге стране у колективном радном спору поводом кога је настала индустријска акција.

Индустријска акција представља, према томе, екстреман метод решавања радног спора, који има за циљ стварање додатног притиска у току колективних преговора или стварање притиска у ситуацији када супротстављене колективне интересе није могуће на други начин решити. У том контексту би се илустративно могла применити аналогија са Клаузевицевом дефиницијом рата као "наставка политике другим средствима" и рећи да је индустријска акција наставак/супституција социјалног дијалога другим средствима.

Врсте индустријске акције на страни рада су штрајк, пикетинг и бојкот, док на страни капитала постоји једна врста индустријске акције - искључење са рада или локаут.

²¹⁶³ Термин *индустријска акција* потиче из британске и америчке правне теорије (*industrial action*), у којој се примењује истовремено са терминима усклађене делатности (*concerted activities*), прекиди рада (*work stoppages*) и индустријски конфликти (*industrial conflicts*), које у својој терминологији прихвата и Међународна организација рада. Ипак, ови термини нису универзално прихваћени, тако да се у француској теорији за овај метод решавања радних спорова користи израз колективно деловање (*action collective*), који прихвата и Европска социјална повеља, а у немачкој теорији се исти назива право радне борбе (*Arbeitskampfrecht*) или равнотежа радне борбе (*Arbeitskampfbparität*). Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 976.

Поред наведених облика индустријске акције, који представљају дефинисане правне институте који се у страним правима могу, зависно од усвојене концепције на националном нивоу, сматрати допуштеним или недопуштеним, постоје и различити облици деловања који се условно могу назвати индустријском акцијом, будући да немају изражене карактеристике ниједне од класификованих видова индустријске акције, а претежно схватање је да су недозвољени, као што су "штрајк ревности" (*working to rule action*), "штрајк успореног хода" (*going slow*), "штрајк противног смера"²¹⁶⁴, на страни запослених или "стављање на црне листе" (*blacking*)²¹⁶⁵, на страни послодавца.

1.2. Субјекти права на индустријску акцију

Субјекти права на индустријску акцију на страни рада су (1) синдикати или (2) група запослених који нису синдикално организовани.

Савети запослених/радничка већа, који су субјекти *sui generis* колективног радног спора²¹⁶⁶, као ни индивидуални запослени, нису субјекти права на индустријску акцију.

Субјекти права на индустријску акцију на страни капитала су (1) послодавци и (2) удружења послодавца.

2. Штрајк

2.1. Појам штрајка

Правна теорија обилује дефиницијама права на штрајк које на ужи или шири начин појмовно одређују овај облик индустријске акције, међу којима је у домаћој теорији широко прихваћена дефиниција према којој штрајк представља привремени и усклађени колективни прекид рада од стране запослених у циљу престанка рада предузећа, а ради вршења економског притиска на послодавца или јавну власт да прихвати захтеве запослених/синдиката о питањима економско-социјалне природе која су предмет спора²¹⁶⁷.

²¹⁶⁴ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 219-221.

²¹⁶⁵ *Ibid.*, стр. 152.

²¹⁶⁶ Разлог забране саветима запослених/радничким већима да организују штрајк и помажу штрајкачима је концептуалне природе, будући да је савет запослених институција сарадње, а не конфронтације. Нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 986.

²¹⁶⁷ Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, "Савремена администрација", Београд, 1978, стр. 323.

Из свих постојећих дефиниција штрајка произилазе, како пише проф. Лубарда, следећа битна обележја овог института: (1) *начин остваривања* - привремени и колективни прекид рада, (2) *предмет* - питања која су предмет колективног преговарања (уже схватање) или питања економско-социјалне природе (шире схватање), (3) *усмереност* - против послодавца (уже схватање) или јавне власти (шире схватање) и (4) *циљ* - решавање колективног радног спора у корист запослених (уже схватање) и остваривање ширих економско-социјалних, професионалних или политичких интереса (шире схватање).²¹⁶⁸

Природа захтева који представљају могући предмет штрајка може бити веома различита и усмерена на остваривање професионалних интереса (којима се траже гаранције или унапређење радних и животних услова запослених), синдикалних интереса (којима се траже гаранције или унапређење права синдиката и њиховог руководства), или политичких интереса, који су за разлику од претходне две категорије, комплексни и предмет антагонизованих ставова у правној теорији и страним правима²¹⁶⁹.

Стога не треба да чуди да су проф. *Kahn-Freund* и проф. *Hepple* још седамдесетих година прошлог века апострофирали да *право на штрајк и слобода штрајка* представљају есенцијални састојак демократског друштва²¹⁷⁰, те да се у "јуриспруденцији" Комитета МОП за слободу удруживања, право на штрајк сматра *фундаменталним правом запослених и њихових организација и једним од есенцијалних средстава за унапређење и одбрану њихових економских и социјалних интереса*²¹⁷¹.

2.2. Правни режим штрајка у међународном и страним правима

Право на штрајк је на међународном, регионалном и националном плану универзално прихваћено као једно од основних социјалних права запослених и њихових организација²¹⁷². *Први међународни уговор универзалног карактера који је изричито признао право на штрајк је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1966. године*, који предвиђа да се начин остваривања овог права регулише законом, уз резерву да се извесна ограничења могу предвидети за припаднике војске, полиције

²¹⁶⁸ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 165.

²¹⁶⁹ В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 13.

²¹⁷⁰ Otto Kahn Freund, Bob Hepple, *Laws Against Strikes*, Fabian Research Series 305, London, 1972, стр. 2.

²¹⁷¹ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Geneva, 1996, т. 473-475.

²¹⁷² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 979.

и државне управе.

Право на штрајк није експлицитно признато универзалним радним стандардима, упркос различитим иницијативама да се то учини²¹⁷³, али је стога имплицитно признато кроз више конвенција МОР, које се заједнички називају Конвенције о слободи удруживања²¹⁷⁴: Конвенцијом бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права из 1948. године, Конвенцијом бр. 98 о примени принципа права организовања и колективног преговарања из 1949. године, Конвенцијом бр. 151 о слободи удруживања и поступцима утврђивања услова рада у јавном сектору и Конвенцијом бр. 154 о колективном преговарању²¹⁷⁵, на основу чега је Комитет експерата МОР за примену конвенција и препорука закључио да би забрана штрајка представљала значајно ограничавање могућности синдиката у развоју и одбрани интереса синдикалног чланства и права синдиката да организује своје активности, што је накнадно прихватио и Комитет МОР за слободу удруживања, признавши право на штрајк као легитимно средство за одбрану професионалних интереса²¹⁷⁶, тако да је у "јуриспруденцији" надзорних тела МОР право на штрајк експлицитно признато као фундаментално социјално право запослених и њихових организација²¹⁷⁷. Чињеница, међутим, да право на штрајк није изричито гарантовано као међународни радни стандард, пре неколико година је била повод жестоке опозиције представника послодаваца у МОР, који су поставили питање самог постојања и домашаја права на штрајк, што у корелацији са јуриспруденцијом Европског суда правде у споровима *Viking* и *Laval*, о којима ће касније бити више речи, може индиковати да је овако постављен концепт права на штрајк у међународним радним стандардима, иако широко прихваћен, ипак на "стакленим ногама", што га суочава са изазовом опстанка у систему модерних индустријских односа, обележених глобализацијом, економским кризама и драстичним променама у филозофији радних односа²¹⁷⁸.

²¹⁷³ В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 7.

²¹⁷⁴ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 160.

²¹⁷⁵ Реч штрајк се, како пише проф. Лубарда, спорадично помиње и у Конвенцији бр. 105 о забрани принудног рада и Препоруци МОР бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи, при чему су последња два инструмента једини акти МОР у коме се штрајк експлицитно помиње. Препорука бр. 92 у чл. 6 сугерише да стране у спору током поступка добровољног мирења и арбитраже треба да се уздрже од штрајка, а Конвенција бр. 105 у чл. 1, ст. 1, т. а) предвиђа да принудни рад не може бити санкција за учешће у штрајку. Нав. према: Б. Лубарда, *op. cit.*

²¹⁷⁶ N. Valticos, *op. cit.*, стр. 85-86.

²¹⁷⁷ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 473.

²¹⁷⁸ Опширније у: Lee Swepston, "Crisis in the ILO supervisory system: Dispute over the right to strike", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 29, no. 2 (2013), Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013. Иако тумачење права на штрајк као фундаменталног права, настало у "јуриспруденцији" надзорних тела МОР, никада није оспоравано пред Међународним судом правде, као јединим телом надлежним да донесе коначну одлуку о тумачењу Устава и Конвенција МОР, представници послодаваца су оценили да је наведено тумачење анахроно и прешироко, будући да толерише штрајкове солидарности и "дивље штрајкове", који имају разорно дејство и нису хармонизовани са принципима модерне економије и друштва.

На европском нивоу, право на штрајк је експлицитно признато и на нивоу Савета Европе и на нивоу Европске уније.

Европска социјална повеља (чл. 6), која историјски представља први међународни инструмент који експлицитно помиње ово право, *гарантује право на штрајк као интегрални део права на колективно преговарање и елемент права радника и послодавца на колективну акцију у случају сукоба интереса у складу са колективним обавезама које могу да проистекну из колективних уговора којима су претходно приступили*, које се може законом ограничити у мери која је неопходна у демократском друштву ради заштите права и слобода других или ради заштите јавног интереса, националне безбедности, јавног здравља, или морала. Оваква формулација наводи проф. Лубарду на закључак да Повеља признаје право на штрајк искључиво у интересним колективним радним споровима, те да концепт права на штрајк, утврђен Повељом, више изражава концепт штрајка као права синдиката него као фундаменталног права запослених.²¹⁷⁹

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода не садржи гаранције права на штрајк, као интегралног дела слободе окупљања и удруживања из члана 11 Конвенције, на ком становишту је деценијама стајао и Европски суд за људска права, оцењујући да право на штрајк не представља фундаментално социјално право²¹⁸⁰. Међутим, у својој новијој јуриспруденцији, овај суд је двема сукцесивним одлукама, донетим у споровима *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) и *Enerji Yap-Yol Sen v. Turkey* (68959/01), везаним за примену чл. 11 Конвенције, као и серијом потоњих одлука донетих у сличним случајевима, потврдио да *право на колективно преговарање представља есенцијални елемент права на удруживање, а да право на штрајк представља важан инструмент за заштиту права чланова синдиката*, услед чега се у правној теорији оцењује да је *право на штрајк признато судским путем и као право гарантовано Конвенцијом*²¹⁸¹.

Комунитарном Повељом о фундаменталним социјалним правима радника (т. 12 до 14) из 1989. године, право на штрајк је такође гарантовано као део права на колективно преговарање и елемент права на колективну акцију у случају сукоба интереса, које се ужива у

²¹⁷⁹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 159.

²¹⁸⁰ *Brian Bercusson* врло интересантно запажа дискрепанцу између легислативе и "јуриспруденције" МОП и Савета Европе, истичући да је МОП, који својим стандардима не гарантује право на штрајк, то право широко афирмисао у пракси Комитета за слободу удруживања, тумачењем одредаба Конвенције бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, док је Европски суд за људска права (ЕСЛП) испрва одбио аргументацију да је право на штрајк садржано у чл. 11 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЛП), иако тај члан, по узору на Конвенцију МОП бр. 87, гарантује слободу окупљања и удруживања. *Brian Bercusson, European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, стр. 32.

²¹⁸¹ Опширније у: *Albertine Veldman, "The protection of the fundamental right to strike within the context of the European internal market: implications of the forthcoming accession of the EU to the ECHR"*, *Utrecht Law Review*, 2013.

складу са националним законима и праксом, али и комунитарним правом, с тим што су државе овлашћене да пропишу услове и ограничења за остваривање овог права од стране припадника војске, полиције и државних органа.²¹⁸² Ипак, како примећује проф. Лубарда, Повеља фаворизује мирне методе решавања радних спорова у односу на штрајк²¹⁸³.

Право на штрајк, као део права на колективно преговарање и елемент права на колективну акцију у случају сукоба интереса, је експлицитно признато и Повељом о фундаменталним правима у ЕУ (чл. 28) из 2000. године.

Правни режим штрајка је у страним правима на различит начин уређен, тако да је у неким државама ово право подигнуто на ниво уставне гаранције (на пример, Русији²¹⁸⁴, Француској, Италији, Шведској, Португалу, Шпанији, Грчкој²¹⁸⁵, Хрватској²¹⁸⁶), у неким је признато законом (на пример, САД²¹⁸⁷), у неким је имплицитно признато (на пример, Луксембург, Белгија)²¹⁸⁸, у неким је судског порекла (на пример, Немачка²¹⁸⁹), док у неким државама чланицама уопште није могуће говорити о праву, већ слободи штрајка (на пример, Аустрија, Велика Британија, Данска)²¹⁹⁰.

2.3. Субјекти права на штрајк/сукоб концепција

У националним системима плуралистичких индустријских односа постоји различит приступ питању ко може бити организатор штрајка. Наиме, неспорно је да запослени имају право на учешће у штрајку, али не постоји јединствена концепција у погледу титулара права на организовање штрајка.

Право запослених на организовање штрајка признато је у правним системима који ово право не посматрају као колективно право синдиката, већ као *индивидуално право запослених које се остварује колективним деловањем*²¹⁹¹, односно "индивидуално право које

²¹⁸² Право на колективну акцију може бити ограничено искључиво законом и уз поштовање суштине права на колективну акцију и принципа пропорционалности, што подразумева да су ограничења неопходна за остваривање циљева од општег интереса за Европску унију и заштити права и слобода других. Brian Bercusson, *op. cit.*, стр. 223, 328.

²¹⁸³ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*

²¹⁸⁴ Zhanna Anatolyevna Gorbacheva, *Labour law and industrial relations in Russia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013, стр. 173-174.

²¹⁸⁵ В. Bercusson, стр. 328. Проф. Bercusson оцењује да се национална законодавства чланица ЕУ у којима право на штрајк не представља законску категорију лако могу наћи у ситуацији да судови експлицитно признају право на штрајк, с обзиром да је *право на колективну акцију, укључујући и право на штрајк, изричито признато комунитарном Повељом о фундаменталним правима у ЕУ*.

²¹⁸⁶ Ustav Republike Hrvatske, чл. 61.

²¹⁸⁷ А. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 411-412.

²¹⁸⁸ В. Bercusson, стр. 328.

²¹⁸⁹ М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 199-200.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, стр. 328.

²¹⁹¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 980.

се користи ради остваривања неиндивидуалних интереса²¹⁹², као што су, на пример, француско и италијанско право²¹⁹³. Овај концепт је хармонизован са схватањем права на штрајк као фундаменталног социјалног права запослених, будући да, како са правом истиче проф. Лубарда, признавање тог права искључиво синдикату претпоставља да запослени ради његовог остваривања треба претходно да се синдикално организују, чиме право на синдикално организовање постаје њихово основно социјално право, док право на штрајк губи ту природу²¹⁹⁴.

У погледу тога да ли је *услов законитог ступања у штрајк одлука већине запослених*, постоје различити ставови. Проф. Лубарда сматра да одлука већине представља еманацију принципа индустријске демократије и колективитета у остваривању права на штрајк.²¹⁹⁵ С друге стране, у "јуриспруденцији" надзорних тела МОП изражавају се ставови да *условљавање штрајка позитивним гласањем већине запослених у предузећу или већине чланова синдиката који доноси одлуку о ступању у штрајк није прихватљиво*, јер је *прекомерно и угрожава право на штрајк*²¹⁹⁶.

Искључиво право синдиката на штрајк почива на идеји о тесној повезаности и узајамној условљености права на синдикално удруживање, колективно преговарање и колективно деловање²¹⁹⁷. Ово схватање изводи право на штрајк из права на синдикално

²¹⁹² Lilli Carollo, Silvia Donà, Marta Filippi, Anna Rotta, Marianna Russo, "Contractual limits to the right to strike in the era of crisis. The Italian case with some comparative reliefs (France and the U.K.)", *Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"*, University of Catania, INT. 125/2015, стр. 7. Аутори сматрају да се колективност остваривања права манифестује кроз императив да се о ступању у штрајк мора донети колективна одлука. *Ibid.*, стр. 10.

²¹⁹³ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 334. Т. Треу, *op. cit.*: 239. У складу са овом концепцијом, право на ступање у штрајк има и мањина запослених, а предмет права на штрајк је веома широко дефинисан, тако да у француском праву предмет штрајка може бити остваривање било ког професионалног интереса запосленог, укључујући и социјалну и економску политику владе од непосредног утицаја на услове рада, док је у италијанском праву поставка још либералнија, тако да разлози штрајка, као ни облик штрајка, не чине штрајк незаконитим, све док исти није усмерен на насилну промену уставног поретка, што се сматра јединим разлогом незаконитости штрајка у општем режиму радних односа У француском и италијанском праву начин остваривања права на штрајк није уређен законом, већ је предмет јуриспруденције судова, који се веома протекционистички постављају по питању штрајка. Тако, у јуриспруденцији француског Касационог суда *Cour de Cassation*, оцењује се недопуштеним ограничавање права на штрајк колективним уговорима и стиписаном обавезе мира, док је у италијанском праву схватање права на штрајк као неограниченог права уз изузетак недопуштености употребе штрајка ради насилне промене уставног поретка, управо плод јуриспруденције италијанског Касационог (*Corte di Cassazione*) и Уставног (*Corte Costituzionale*) суда. Federico Fabbrini, "Europe in need of a new deal: on federalism, free market and the right to strike", *Georgetown Journal of International Law*, 2012, 1186.

²¹⁹⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 980. Проф. Лубарда оцењује да се концепт права на штрајк као основног социјалног права доследно и до краја изводи тек када му се призна ранг уставом зајемченог права. Интересантно, Комитет за слободу удруживања, у чијој је јуриспруденцији, заснованој на интерпретацији одредаби Конвенције МОП бр. 87 о слободи удруживања, право на штрајк управо и уздигнуто на пиједестал основног социјалног права, ипак не сматра да је конституисање овог права искључиво у корист синдиката на било који начин супротно наведеној конвенцији. *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 477.

²¹⁹⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 981. Доследно томе, проф. Лубарда сматра да би легализација штрајка који манифестује вољу мањине био не само супротан наведеним принципима, већ и опасан у својим последицама, будући да би то довело до анархичних и често бескорисних штрајкова, диктираних од стране мањине пасивној већини.

²¹⁹⁶ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 507-509, 511-512, 514.

²¹⁹⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 982.

организовање, које не би имало смисла без права на колективно преговарање и колективно деловање, из чега се изводи закључак да *право на организовање штрајка* може бити искључиво *право синдиката*, док *запослени имају право на учешће у штрајку*.²¹⁹⁸

Најрестриктивнији модел ове концепције штрајка постоји у немачком и пољском праву, као и у британском праву²¹⁹⁹, у којима је ова индустријска акција дозвољена само ако се иста организује са циљем унапређења преговарачке позиције синдиката у поступку закључења колективног уговора и остваривања циљева/интереса који могу бити предмет колективног уговора²²⁰⁰. Овакав модел негативно је оцењен у јуриспруденцији Комитета за слободу удруживања МОП, који истиче да *ограничавање права на штрајк само у односу на интересни колективни радни спор није у сагласности са међународним радним стандардима*²²⁰¹.

Далеко либералнији модел штрајка, иако заснован на истом концепту синдиката као искључивог титулара права на штрајк, присутан је у нордијским земљама, у шведском и финском праву, у којима је право на штрајк уставом гарантовано, али уз остављање широког простора да се начин остваривања и ограничење права на штрајк уреде колективним уговорима, без ограничавања могућег предмета/разлога штрајка и облика индустријске акције²²⁰².

2.4. Остваривање права на штрајк

Услови за остваривање права на штрајк се у страним правима разликују у зависности од прихваћеног концепта штрајка. Ипак, упркос свим концепцијским разликама, услови који су заједнички већини правних система су (1) гласање о штрајку и (2) најава штрајка.

²¹⁹⁸ *Ibid.*

²¹⁹⁹ Claire Kilpatrick, "Has polycentric strike law arrived in the UK? After Laval, after Viking, after Demir?" *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2014., стр. 303. У британском праву се синдикату може признати имунитет само ако је штрајк организован ради решења радног спора ('trade dispute') између запослених и послодавца, који се односи у целини или претежно на списак питања из области (1) услова запослења, физичких услова у којима запослени обављају рад, (2) пријема у радни однос, престанку запослења и суспензији једног или више запослених, (3) премештаја једног или више запослених у друге послове или друго место рада, (4) дисциплинског кажњавања, (5) чланства у синдикату, (6) услова за рад синдикалних представника и (7) механизма за обезбеђивање преговора или консултација послодавца и синдиката, укључујући и признавање преговарачких права синдикату. *Sir Bob Hepple* излаже критици овакво решење, које сваки штрајк који није у вези са једним или више могућих предмета колективног преговарања лишава имунитета и оцењује такво решење анахроним, с обзиром да је у модерном друштву, обележеном смањењем броја послова и зараде који су често последица шире економске политике, тешко повући црту између штрајка који има за циљ да убеди послодавца у потребу за одржавањем послова и одређеног нивоа зарада и штрајка против мера политике владе које детерминишу понашање послодавца у одређеном правцу.

²²⁰⁰ F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1189-1191; M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 199-200.

²²⁰¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 983.

²²⁰² F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1188.

2.4.1. Гласање о штрајку

Гласање о штрајку представља својеврстан референдум запослених²²⁰³, који има за циљ да спречи превелику фреквенцију штрајкова који немају довољну подршку међу запосленима, што није од значаја само за послодавца, већ и за синдикате у правним системима у којима штрајкачи примају накнаду зараде из синдикалних фондова²²⁰⁴. У правној теорији се упозорава да гласање о штрајку ипак треба разумети као право синдиката²²⁰⁵, а не оруђе послодавца и државе којим се спречава штрајк, јер сувише високо постављени услови у погледу потребног броја гласова за ступање у штрајк, отежавајући остваривање права на законити штрајк, стварају плодно тло за пролиферацију незаконитих штрајкова²²⁰⁶.

У "јуриспруденцији" надзорних тела МОП гласање о штрајку се не сматра ограничавањем права на штрајк, уколико је исто прилагођено својој сврси²²⁰⁷. С друге стране, ова тела оцењују да *није прихватљиво условљавање штрајка позитивним гласањем већине запослених у предузећу или већине чланова синдиката који доноси одлуку о ступању о штрајк*, посебно када се ради о већим предузећима и многољудним синдикатима и са разуђеном демографском структуром²²⁰⁸, јер је такво условљавање *прекомерно и угрожава право на штрајк*²²⁰⁹.

По изузетно комплексном поступку гласања тајним балотирањем, које у значајној мери ограничава остваривање права на штрајк, познато је британско право, у коме је, како се истиче у правној теорији, балотирање постало "омиљено

²²⁰³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1007.

²²⁰⁴ М. Weiss, М. Schmidt, *оп. cit.*, стр. 206.

²²⁰⁵ На пример такве врсте гласања налази се у немачком праву, у коме је, у складу са принципом пропорционалности (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*) који је Савезни радни суд установио 1971. године, ступање у законит штрајк подразумевало, између осталог, *претходно тајно балотирање чланова синдиката*. У међувремену је, са променом концепције штрајка, обавеза балотирања престала да постоји, али *сами синдикати, с обзиром на обавезу накнаде зараде штрајкачима, оптирају да одлуку о ступању у штрајк донесу на основу балотирања*, како би избегли непотребне трошкове учесних штрајкова који немају довољну подршку чланства. Опширније у: М. Weiss, М. Schmidt, *оп. cit.*, стр. 203-206.

²²⁰⁶ Bob Hepple, *Rethinking laws against strikes*, 2010,

<http://www.ul.ie/iair/sites/default/files/Sir%20Bob%20Hepple%20lecture%202010.pdf>, 07.02.2019, стр. 18.

²²⁰⁷ Тако, ова тела су оценила прихватљивим установљавање одређеног форума за одлучивање и тајно гласање (балотирање) о ступању о штрајк, као и прописивање минималног рока од три месеца између два гласања о штрајку, уколико је прво неуспешно окончано. *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O.*, т. 510, 514.

²²⁰⁸ Управо на овај проблем се указује у руској литератури, с обзиром да руске компаније често запошљавају по неколико хиљада запослених, разуђених на великој територији, а да је као услов за ступање у штрајк предвиђено да на генералној скупштини предузећа за ступање у штрајк гласа апсолутна већина запослених, тако да је одлуку о штрајку скоро немогуће донети. Z. A. Gorbacheva, *оп. cit.*, стр. 175-176.

²²⁰⁹ *Ibid.*, т. 507-509, 511-512, 514. Консеквентно, законско решење које прописује такве услове за ступање у штрајк, под претњом прекршајних санкција и распуштања синдиката, сматра се противним члану 3 Конвенције МОП бр. 87, која забрањује мешање јавне власти у активности синдиката.

средство" послодаваца за спречавање штрајкова, што је у том праву последица деструктивних рударских штрајкова с почетка осамдесетих година прошлог века, против кога се конзервативна влада Маргарет Тачер борила усвајањем сета рестриктивних закона, који ни до данас нису значајно измењени²²¹⁰, а по постављању комплексних услова гласања, такође са циљем ограничавања права на штрајк, присутно је и у аустралијском праву, у коме се индустријски конфликти сматрају неприхватљивим, што аустралијско право чини препознатљивим по развијености метода мирног решавања радних спорова.²²¹¹

Као потпуна супротност овим системима стоје француско и италијанско право, у којима се прописивање гласања о штрајку сматра неприхватљивим²²¹².

2.4.2. Најава штрајка

Најава штрајка има за циљ да се странама у спору обезбеди додатно време да, суочене са реалном могућношћу штрајка, покушају спор да реше мирним путем, као и да би се обавестила надлежна јавна власт која треба да реагује у штрајковима код којих постоје обавезна медијација или арбитража. Ова врста најаве штрајка уобичајена је, пре свега, у јавном сектору и виталним службама, као што је то случај у италијанском²²¹³, шведском, француском и јапанском праву, док је у приватном сектору, посебно у државама чланицама ЕУ, заступљенија *уговорна најава штрајка*, која се може стипулисати облигационим делом колективног уговора²²¹⁴, мада значајан

²²¹⁰ У британској доктрини се истиче да је поступак гласања о штрајку путем тајног балотирања тенденциозно уређен на јако комплексан начин и са мноштвом правних празнина које омогућавају грешку синдиката, тако да представља веома моћно средство послодаваца за спречавање штрајка, будући да судови и због најмањег пропуста у балотирању одређују привремене мере забране штрајка. В. Herple, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 3; С. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 305-308. Тако, на пример, суд је у спору *BA v. Unite*, одредио привремену меру јер су у балотирању учествовали запослени који су се пријавили за добровољни одлазак и којима би радни однос престао пре почетка штрајка, иако је и без њихових гласова за одлуку од штрајку гласало далеко више од половине запослених, што је услов за доношење те одлуке. У спору *EDF Energy Powerlink Ltd v. National Union of Rail Maritime and Transport Workers*, суд је одредио привремену меру због тога што синдикат, који има обавезу да обавести послодавца о категорији запослених који су учествовали у балотажи, није навео тачне називе радних места неких запослених, већ је навео да је реч о инжењерима/техничарима. У спору *Metrobus Ltd v. Unite*, суд је одредио привремену меру због неблаговременог обавештавања послодавца о резултатима балотирања, које треба да буде извршено "без одлагања", а послодавац је уместо истог дана када је надзорни орган добио коначне резултате, добио исте тек након два дана. Додатно отежавајућу околност чини чињеница да резултати балотирања важе свега четири недеље, те ако у том року није започет штрајк, синдикат је дужан да спроведе поновно балотирање, тако да привремена мера забране штрајка враћа цео поступак на почетак. F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1193.

²²¹¹ У аустралијском праву кворум за гласање је половина укупног броја запослених, а за ступање у штрајк треба да гласа половина изашлих на гласање. Chris White, "Workchoices: Removing the choice to strike", *Journal of Australian Political Economy*, 56/2005., стр. 71.

²²¹² Jean-Pierre Laborde, Jacques Rojot, *op. cit.*, стр. 333-334; T. Treu, *op. cit.*: 237-239; A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 422-424.

²²¹³ F. Fabbrini, стр. 1187.

²²¹⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1009-1011.

број држава прописује законску обавезу најаве штрајка и у приватном сектору, што је случај у шведском, финском²²¹⁵, британском²²¹⁶ и руском праву²²¹⁷.

Међународни радни стандарди у принципу допуштају најаву штрајка као услов за његово организовање, под условом да период од најаве до почетка штрајка не буде толико дуг да штрајк изгуби свој ефекат, при чему се у виталним делатностима ни прописивање рока од 40 дана између најаве и почетка штрајка не сматра супротним принципима слободе удруживања²²¹⁸.

2.5. Забрана и ограничавање права на штрајк

*Забрана и ограничавање права на штрајк су, у складу са међународним радним стандардима - Конвенцијом МОР бр. 87 из које се изводи право на штрајк²²¹⁹, Европском социјалном повељом и комунитарном Повељом о основним социјалним правима, допуштени искључиво у јавном сектору и/или јавном интересу - за професионалне припаднике војске и полиције, одређене категорије државних службеника и делатности од виталног значаја, у складу са препознатим националним интересом суверених држава. У том смислу, евентуално признавање права овим категоријама запослених на синдикално организовање неће се *a priori* сматрати и признањем права на штрајк²²²⁰.*

У "јуриспруденцији" Комитета МОР за слободу удруживања оцењује се, притом, да право на забрану и ограничење штрајка треба разумети крајње рестриктивно и у том контексту уско тумачити појам јавне службе и јавног интереса, тако да се штрајк може забранити или ограничити: (1) у јавном сектору - *искључиво државним службеницима који врше власт у име државе²²²¹* и (2) у виталним делатностима - *искључиво онима чији би прекид рада угрозио живот, личну безбедност или здравље целог или дела*

²²¹⁵ F. Fabbrini, стр. 1188-1189. У шведском праву штрајк се мора најавити најкасније седам дана пре почетка, а у норвешком 14 дана раније. Циљ најаве у оба правна система је покушај мирног решавања спора пре ступања у штрајк, због чега се у норвешком праву одлука о ступању у штрајк доставља истовремено и јавној служби за мирно решавање радних спорова.

²²¹⁶ C. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 303. Штрајк се мора најавити најкасније седам дана пре почетка.

²²¹⁷ Z. A. Gorbacheva, *op. cit.*, стр. 176. Штрајк се мора најавити најкасније 10 дана пре почетка.

²²¹⁸ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 504-505.

²²¹⁹ *Ibid.*, т. 533.

²²²⁰ *Ibid.*, т. 531.

²²²¹ *Ibid.*, т. 526, 534-536. По мишљењу Комитета за слободу удруживања, прешироком дефиницијом концепта државног/јавног службеника би се конституисала забрана или ограничење права на штрајк прешироком кругу радника. У том смислу се истиче да јавним службеницима у привредним друштвима чији је оснивач држава, треба признати право на колективно преговарање, заштиту од антисиндикалне дискриминације, па и право на штрајк, осим уколико прекид рада не би угрозио живот, личну безбедност или здравље целог или дела становништва. *Ibid.*, т. 532. С друге стране, могуће је забранити или ограничити право на штрајк представницима правосуђа и институција за извршавање судских одлука, јер они врше власт у име државе. *Ibid.*, т. 537-538.

становништва²²²².

Истовремено, по ставу овог тела, забрану/ограничавање права на штрајк треба да прате одређене компензаторне гаранције, којима ће се запосленима у рестриктивном режиму права на штрајк обезбедити ефикасно решавање радног спора, као што су непристрасан и брз поступак мирења или арбитраже, уз пуно учешће странака у спору током целог поступка и могућност потпуне и хитне имплементације обавезујуће арбитражне одлуке о начину решења спора, у случају да се мирење не оконча постизањем споразума²²²³, при чему се одговарајућим гаранцијама може сматрати и кореспондентна забрана локаута на страни послодавца²²²⁴.

Полазећи од наведених међународних гаранција права на штрајк, Комитет МОР за примену конвенција и препорука упозорио је на забрињавајућу праксу Европског суда правде (ЕСП) у чувеном "*Laval* квартету" ("*Laval quartet*")²²²⁵, којима је ЕСП строго ограничио могућност синдиката да прибегну индустријској акцији ради очувања националног нивоа зарада и спречавања социјалног дампинга²²²⁶. ЕСП је, не спорећи да право на штрајк представља интегрални део општих принципа комунитарног права, стао на становиште да остваривање тог права ипак мора бити избалансирано са принципима економских слобода признатих Уговором о функционисању ЕУ (*TFEU*), које могу бити ограничене само другим циљевима ЕУ са преовлађујућим јавним интересом, што имплицира да *остваривање права на штрајк мора у свакој држави чланици бити изложено тесту пропорционалности, којим се испитује да ли*

²²²² *Ibid.*, т. 516, 526, 536.

²²²³ *Ibid.*, т. 546-548, 551.

²²²⁴ *Ibid.*, т. 551.

²²²⁵ У питању су пресуде ЕСП у предметима *The Viking case* (C-438/05), *The Laval case* (C-341/05), *The Rüffert case* (C-346/06) и *Commission vs Luxembourg* (C-319/06), чији је заједнички именитељ то да су сви спорови настали у вези са прекограничним ангажовањем запослених из држава ЕУ у којима је ниво националних зарада нижи од нивоа који би послодавац плаћао запосленима на територији на којој се занста обавља посао. У најкраћем, *Viking* спор је настао око тога што је финска бродска компанија одлучила да у циљу снижавања трошкова радне снаге промени заставу брода који је редовно саобраћао на релацији Финска-Естонија, како би могла да ангажује јефтиније естонске раднике, што је резултирало најавом штрајка финских синдиката. У спору *Laval*, повод спора био је чињеница да је летонска компанија, која је била ангажована да изводи радове у Шведској, није пристала на закључење колективног уговора са шведским синдикатима, већ је у Шведску упутила летонске раднике, што је резултирало индустријском акцијом блокаде Лавалових градилишта од стране синдиката у спору са Лавалом, која је била праћена секундарном индустријском акцијом другог синдиката ради спречавања извођења електричарских радова на Лаваловим градилиштима. У спору *Rüffert*, немачка грађевинска компанија је на тендеру, расписаном од стране немачке покрајине Доња Саксонија, добила уговор за извођење грађевинских радова на затвору и као подизвођача ангажовала је пољску компанију, чији су запослени имали значајно нижи ниво зарада, због чега јој је отказан уговор о извођењу радова. Коначно, предмет спора *Commission vs Luxembourg* је била неадекватна имплементација Директиве о упућивању радника. Нав. према: Jonas Malmberg, "The impact of the ECJ judgments on Viking, Laval, Rüffert and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action", *European Parliament - Directorate General for internal policies*, Brussels, 2010, доступно на интернет страници: <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=EN>, 07.02.2019., стр. 5-6.

²²²⁶ В. Hepple, *Rethinking laws against strikes*, *op.cit.*, стр. 6-7.

разлози штрајка оправдавају ограничења гаранције слободe предузетништва и слободe протока услуга из чланова 49 и 56 Уговора о функционисању ЕУ²²²⁷.

Коментаришући импликације одлука ЕСП на националне прописе у погледу права на штрајк, Комитет МОП за примену конвенција и препорука је оценио да доктрина артикулисана у случајевима *Laval* и *Viking* може у значајној мери утицати на ограничавање права на штрајк на начин супротан Конвенцији, јер (1) кроз *тест пропорционалности омогућава ограничавање права запослених на штрајк* у интересу остваривања економских права гарантованих на нивоу ЕУ, што је *неприхватљиво са аспекта Комитета, који признаје концепт ограничења права на штрајк искључиво у виталним службама*, у којима прекид рада може угрожити живот, личну сигурност или здравље целог или дела становништва и (2) ствара реалну опасност банкротства синдиката услед обавезе накнаде штете у неограниченим износима, што представља препреку за остваривање права на штрајк. Комитет је посебно истакао да ограничење права на штрајк с обзиром на право предузетништва и слободан проток услуга између држава чланица прети да у постојећем контексту глобализације буде све чешће, посебно у неким секторима, као што је то, на пример, авијација, што ће запослене у тим секторима довести до катастрофалних последица, јер ће им онемогућити равноправне преговоре са послодавцима.²²²⁸

²²²⁷ B. Hepple, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 7; A. Veldman, *op. cit.*, стр. 106-107, 109. F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1206. Тест пропорционалности захтева испитивање (1) *потребности колективне акције*, односно да ли је колективна акција потребна и предузета са циљем заштите запослених чије су запослење или услови рада угрожени и то не апстрактно, већ конкретно и непосредно угрожени, односно изложени "озбиљној опасности", (2) *подесности колективне акције*, односно да ли колективна акција представља одговарајући метод за остваривање тих циљева и (3) принципа *ultima ratio*, који захтева да суд испита да ли су у конкретном случају стајала на располагању друга, мање инвазивна средства за решавање радног спора, те да ли су иста искоришћена пре ступања у штрајк. Тест пропорционалности, изражен кроз принцип *ultima ratio* није непознат ни у правима неких држава чланица ЕУ, на пример Немачке (раније) и Пољске, где се законитост штрајка оцењује са аспекта тога да ли је био неопходан ради остварења одређених циљева и да ли су сва средства претходно исцрпљена, тако да запослени немају право да ступе у штрајк само на основу своје одлуке о целисходности прибегавања том средству, због чега се у правној теорији истиче да се овим поступањем социјална права потчињавају економским слободама. У немачкој јуриспруденцији овај принцип је у међувремену напуштен. Нав. према: F. Fabbrini, стр. 1190-1191, 1207. M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 203-206.

²²²⁸ C. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 313-314; J. Malmberg, *op. cit.*, стр. 11; A. Veldman, *op. cit.*, стр. 115. Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука је овај критички осврт на праксу ЕСП дао управо поводом случаја неуспелог штрајка пилота *British airways* - BALPA. Напме, услед немогућности постизања договора о условима рада у новом огранку послодавца, синдикат BALPA је покренуо поступак балотаже ради доношења одлуке о ступању у штрајк, на шта је *British airways* реаговао упозорењем да је (1) штрајк незаконит с обзиром на одлуку ЕСП у споровима *Viking* и *Laval*, да ће (2) штрајк проузроковати штету у износу од 100 милиона британских фунти дневно, с тим што (3) обавеза накнаде штете неће бити лимитирана према британским прописима, с обзиром да се незаконитост утврђује према правилима комунитарног права, коме није компатибилно ограничавање износа одговорности за проузроковану штету. Наведене околности су резултирале одлуком синдиката BALPA о одустајању од штрајка, будући да је процењено да би судски поступак око законитости штрајка дуго трајао, уз висок ризик банкротства синдиката у случају проглашења штрајка незаконитим, при чему би и успех у спору против послодавца значио "Пирову победу", јер би трајање штрајка резултирало ангажовањем новог особља у француском огранку послодавца.

2.5.1. Ограничавање права на штрајк у виталним делатностима

2.5.1.1. Одређивање појма виталних делатности

Виталне делатности у контексту посебног режима права на штрајк су оне *чији би прекид рада угрозио живот, личну безбедност или здравље целог или дела становништва*²²²⁹. Комитет МОР за слободу удруживања посебно наглашава да је витална служба ужи појам од појма јавне службе, те да се *јавна предузећа не могу a priori сматрати виталним службама*, односно службама које обављају виталне делатности, већ да је неопходно испитати њихову делатност и у односу на то одредити режим права на штрајк²²³⁰.

Иако оцењује да се појам виталних делатности не може на универзалан начин одредити на међународном нивоу, будући да је исти условљен низом околности које карактеришу националне прилике²²³¹, Комитет је у својој јуриспруденцији покушао да направи демаркациону линију између виталних делатности и оних које то нису.

Тако, виталним делатностима *stricto sensu* би се могле сматрати: *здравство, електродистрибуција, водоснабдевање, телефонија и контрола лета*²²³². По оцени Комитета експерата МОР за примену конвенција у препорука, у овим делатностима могуће је не само ограничити, већ и забранити штрајк, наравно уз обезбеђивање одговарајућих компензаторних гаранција, као и у односу на део јавног сектора који нема право на штрајк²²³³.

С друге стране, *виталним делатностима у стриктном значењу се не могу сматрати: радио и телевизија, нафтна индустрија, делатности лука и пристаништа, банкарство, компјутерске службе за наплату пореза и акциза, робне куће и забавни паркови, металургија и рударство, транспорт, предузећа за расхладне уређаје, хотелијерство, грађевинарство, производња аутомобила, поправке авиона, пољопривреда, прехранбена индустрија, државна штампарска служба, државни монопол алкохола, соли и дувана, образовање, градски саобраћај и поштанске услуге*²²³⁴.

Ни листа виталних делатности у ужем смислу, као ни листа делатности које то нису, нису задате *numerus clausus*, већ су њима обухваћене делатности о којима је

²²²⁹ *Ibid.*, т. 516-526. Ову дефиницију најпре је 1983. године усвојио Комитет експерата МОР за примену конвенција и препорука, да би је потом прихватио и Комитет МОР за слободу удруживања. Нав. према: В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 20.

²²³⁰ *Ibid.*, т. 543.

²²³¹ *Ibid.*, т. 541.

²²³² *Ibid.*, т. 544.

²²³³ В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 23.

²²³⁴ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 545.

Комитет имао прилике да се изјасни, будући да се изјашњења дају у односу на природу и контекст конкретне ситуације коју Комитет испитује, а како се истиче, жалбе у односу на забрану штрајка у виталним делатностима се релативно ретко изјављују²²³⁵.

Но чак и ако одређена делатност није по својој природи витална делатност, таквом је може учинити штрајк који је прекомеран у свом трајању или обиму и који, стога, постаје претња животу, личној безбедности или здрављу целог или дела становништва²²³⁶. С друге стране, евентуалне дугорочне негативне последице по националну економију, штрајка у делатностима које се не сматрају виталним, не може бити разлог за ускраћивање права на штрајк запосленима у тим делатностима²²³⁷.

2.5.1.2. Минимум процеса рада током штрајка

С обзиром на изражен јавни интерес да делатности од виталног значаја функционишу без прекида, *право запослених у тим делатностима на штрајк је*, чак и ако није ускраћено, *ограничено обавезом обезбеђивања тзв. минимума процеса рада*, као услова за ступање у штрајк. Минимум процеса рада има за циљ обезбеђивање континуитета функционисања виталних служби, али не у пуном обиму, већ онолико колико је то од нужног виталног значаја. Обезбеђивањем минимума процеса рада обезбеђује се помирење легитимних интереса запослених (штрајк) и корисника услуга (јавног интереса), а у случају када је реч о јавним службама од виталног значаја и интерес државе, као њиховог оснивача²²³⁸.

Увођење минимума процеса рада по мишљењу Комитета МОР за слободу удруживања не односи се искључиво на (1) виталне службе у стриктном смислу те речи, односно оне које су нужне да би се избегла опасност по живот, личну сигурност и здравље целог или дела становништва, *већ и на (2) службе које stricto sensu нису од виталног значаја, али у којима штрајк, због обима или дужине, може изазвати стање акутне националне кризе и угрозити нормалне животне услове становништва, као и (3) јавне службе од фундаменталног значаја*²²³⁹, које, дакле, представљају виталне службе у ширем смислу. Службама од виталног

²²³⁵ B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *op. cit.*, стр. 21.

²²³⁶ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 541.

²²³⁷ B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *op. cit.*

²²³⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1013.

²²³⁹ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 556.

значаја у ширем смислу, сматрају се, на пример, транспорт путника и робе, нарочито у сегменту железнице, метроа и трајекта, као и у лучке и поштанске делатности²²⁴⁰.

Ниво минимума процеса рада треба да буде стриктно ограничен на операције које су неопходне како би се избегло угрожавање живота или нормалних животних услова целокупног или дела становништва²²⁴¹. Радне операције неопходне у минимуму процеса рада треба да буду јасно одређене, стриктно поштоване и благовремено саопштене запосленима на које се односе²²⁴². Утврђивање минимума процеса рада треба да буде засновано *на принципу трипартизма*, односно да у његовом дефинисању учествују представници синдиката, послодаваца и јавне власти²²⁴³, чиме се обезбеђује не само пажљива размена ставова о томе које операције се у датој ситуацији могу сматрати неопходним, већ се тиме избегава да обим операција у минимуму процеса рада не буде подигнут на толико висок ниво да лишава штрајк његовог корисног дејства²²⁴⁴. По мишљењу Комитета МОП за слободу удруживања, *евентуалне спорове по питању операција и броја запослених који су неопходни ради обезбеђивања минимума процеса рада, требало би да решава независно тело*, а ни у ком случају јавна власт, с тим што би *коначну одлуку* о томе да ли је одређени ниво минимума процеса рада био неопходан требало да донесе суд, на основу потпуног сагледавања свих релевантних чињеница везаних за структуру и функционисање конкретног ентитета у коме је организован штрајк и стварног утицаја штрајка²²⁴⁵.

*Од одређивања минимума процеса рада у виталним службама треба разликовати одређивање "технолошког минимума процеса рада"*²²⁴⁶, односно активности које је у одређеним делатностима неопходно обављати и у случају штрајка, како би се обезбедила безбедност живота и здравља, односно сигурност машина и опреме и превенција несрећа на раду (*minimum safety service*)²²⁴⁷.

2.5.2. Обавеза мирног решавања спора

Међународни радни стандарди изражени у Препоруци МОП бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи сугеришу *добровољно мирење и арбитражу* као

²²⁴⁰ *Ibid.*, т. 563-568.

²²⁴¹ *Ibid.*, т. 558.

²²⁴² *Ibid.*, т. 559.

²²⁴³ *Ibid.*, т. 557-558.

²²⁴⁴ *Ibid.*, т. 560.

²²⁴⁵ *Ibid.*, т. 561-562.

²²⁴⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1006.

²²⁴⁷ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 554-555.

превасходне начине решавања радних спорова, током којих би стране у спору требало да се уздрже од штрајка.

У општем режиму штрајка је могуће предвидети претходно добровољно мирење и арбитражу као услов за ступање у штрајк, *искључиво под условом* да се националним законодавством (1) *не предвиђа обавезна арбитража* у случају непостизања договора и да (2) обезбеди да поступци мирења и арбитраже који представљају услов за ступање у штрајк буду *спроведени у адекватном, непристрасном и хитном поступку*, у који су стране у спору укључене у свакој фази поступка²²⁴⁸. Такав вид мирења предвиђен је, примера ради, у шведском²²⁴⁹, немачком, британском, ирском, шпанском, италијанском и данском²²⁵⁰ праву. Проф. *Hepple* је изразио мишљење да би и у општем режиму штрајка било целисходно увођење поступка обавезног мирења као услова за спровођење штрајка, уз оцену да тај метод не би био супротан принципима слободе удруживања²²⁵¹, а такав модел је примењен у пољском и финском праву²²⁵².

У посебном режиму штрајка у виталним делатностима, могуће је, међутим, предвидети обавезно мирење и арбитражу, *који се конституишу у корист запослених, као нека врста компензаторних гаранција* које, по оцени Комитета МОП за слободу удруживања, морају бити обезбеђене запосленима којима је ограничено право на штрајк. Поступци мирења и арбитраже треба буду *адекватни, непристрасни и хитни поступци*, уз учешће страна у спору у свим фазама поступка²²⁵³, при чему обавезну арбитражу треба конституисати "ако и само ако" процес мирења не успе²²⁵⁴, у ком случају избор чланова арбитражног већа треба да буде заснован на начелу трипартизма²²⁵⁵.

2.5.3. Привремена забрана штрајка

Привремене мере којима се привремено суспендује штрајк у јавном сектору не сматрају се повредом синдикалних права²²⁵⁶.

С друге стране, изрицање привремених мера забране штрајка сматра се веома

²²⁴⁸ *Ibid.*, т. 500-501, 519-521.

²²⁴⁹ F. Fabbrini, стр. 1188.

²²⁵⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1011.

²²⁵¹ В. Hepple, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 19.

²²⁵² F. Fabbrini, стр. 1189, 1191.

²²⁵³ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 547.

²²⁵⁴ *Ibid.*, т. 551.

²²⁵⁵ *Ibid.*, т. 550.

²²⁵⁶ *Ibid.*, т. 539.

опасним у приватном сектору. У британској правној теорији се, тако, даје критички осврт на спремност судија Високог суда (*High Court*), које, традиционално хостилне према питању штрајка, без много преиспитивања одређују привремене мере забране штрајка са аргументацијом о процедуралним пропустима у балотирању и најави штрајка, чак и пре него што су резултати балотирања уопште познати²²⁵⁷. Оваквим поступањем не само да се послодавцима омогућава уплитање у поступак гласања о штрајку, већ се послодавци истовремено мотивишу да радије прибегавају суђењу са синдикатима него мирном решавању колективних радних спорова,²²⁵⁸ што резултира тиме да су привремене мере постале "омиљено" правно средство британских послодаваца и ефикасан начин за спречавање штрајкова, будући да у пракси изрицање привремене мере спречава одржавање најављеног штрајка и доводи синдикат у позицију да поново спроводи изузетно комплексан поступак гласања о штрајку (тајног балотирања), које може бити повод новог захтева послодавца за одређивање привремене мере. Прописивање драконских санкција за непоштовање привремене мере, у виду новчаног кажњавања и секвестрације имовине синдиката, обезбеђује да се синдикати придржавају забране штрајка, а велика вероватноћа њеног усвајања демотивише синдикате на ову врсту акције²²⁵⁹.

Привремене мере у општем режиму штрајка постоје и у другим правима, али не у тако маркантној мери и под много одређенијим условима. Примера ради, немачки радни судови одређују привремене мере под веома рестриктивним условима и то само уколико је штрајк очигледно незаконит. Ипак, како истиче проф. *Weiss*, оне ни у ком случају нису само од теоријског значаја, будући да их радни судови ипак у одређеним случајевима усвајају²²⁶⁰. У шведском праву, привремена мера се може захтевати само уколико је предмет најављене индустријске акције правни колективни радни спор, који током важења колективног уговора може решавати искључиво радни суд²²⁶¹.

2.5.4. Забрана штрајка у ванредним околностима

До привремене забране штрајка може доћи у ванредним околностима,

²²⁵⁷ В. Непле, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 3.

²²⁵⁸ *Ibid.*

²²⁵⁹ С. Килпатрик, *op. cit.*, стр. 309-311.

²²⁶⁰ М. Веис, М. Шмидт, *op. cit.*, стр. 221.

²²⁶¹ Никлас Бруун, Каролин Јохансон, *Sanctions for unlawful collective action in the Nordic countries and Germany*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014., стр. 269-270.

односно за време ратног стања или стања државне нужде/ванредног стања²²⁶².

Комитет МОР за слободу удруживања се изричито изјаснио да општа забрана штрајкова може бити оправдана (само) у време акутне државне нужде (*acute national emergency*) и за ограничен период времена²²⁶³. Под тиме се може сматрати и случај када је ванредно стање проглашено као одговор на покушај државног удара, те ће се забрана штрајка у том случају сматрати оправданом²²⁶⁴.

Истовремено, а ради избегавања злоупотреба, Комитет упозорава да се штрајкови у транспортним компанијама, железници, телекомуникацијама или електродистрибуцији, иако могу ометати нормалан живот заједнице, не могу сами по себи представљати разлог за проглашење ванредног стања/стања државне нужде и пратеће консеквенце²²⁶⁵.

2.5.5. Клаузуле очувања радног мира

У пракси колективног преговарања значајног броја земаља развијене тржишне привреде уобичајено је уговарање тзв. *клаузула мира* (*peace-keeping clause, no-strike clause*), које представљају елементе облигационог дела колективног уговора, чија је садржина *узајамно обавезивање потписника колективног уговора да током његовог важења не прибегавају решавању спорова методима индустријске акције*, чиме се постиже одржавање радно-социјалног мира током важења колективног уговора. Клаузула мира може бити уговорена као (1) *апсолутна*, односно искључивати могућност индустријске акције за решавање било ког спора око било ког питања које може бити предмет колективног преговарања, због чега се иста у делу правне теорије сматра недопуштеном, (2) *релативна* и односити се искључиво на спорове о питањима која су предмет закљученог колективног уговора²²⁶⁶, или (3) *процесна* и утврђивати решавање спорова искључиво методима мирења или арбитраже²²⁶⁷.

Организовање штрајка супротно обавези очувања мира доводи до противправности штрајка и повлачи грађанскоправну одговорност за штету коју претрпи друга уговорна страна²²⁶⁸.

²²⁶² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1003.

²²⁶³ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 527.

²²⁶⁴ *Ibid.*, т. 528.

²²⁶⁵ *Ibid.*, т. 530.

²²⁶⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 890-891.

²²⁶⁷ L. Carollo, S. Donà, M. Filippi, A. Rotta, M. Russo, *op. cit.*, стр. 12.

²²⁶⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1019.

Ове врсте клаузула представљају снажан мотиватор послодавцима за постизање компромиса са синдикатима у процесу закључења колективног уговора, будући да тиме обезбеђују несметано функционисање предузећа током важења колективног уговора. *Клаузула мира, међутим, не обавезује синдикат на апстиненцију од штрајка у случају (1) непоштовања колективног уговора од стране послодавца, (2) непоштене радне праксе од стране послодавца или (3) ако је циљ штрајка избегавање опасних услова рада, што представља додатан подстицај послодавцима да током важења колективног уговора поступају у доброј вери и не крше његове одредбе, односно да воде рачуна о добробити запослених.*²²⁶⁹

Ове врсте клаузула типичне су за системе плуралистичких индустријских односа у којима су синдикати титулари права на штрајк (Немачка, Шведска, Финска, Норвешка, Данска²²⁷⁰), будући да ова клаузула представља елемент колективног уговора. У тим системима клаузула мира, по правилу, *не представља само облигацију циља*, односно не обавезује социјалне партнере само на то да не прибегавају индустријској акцији за време важења колективног уговора, *већ и облигацију средства*, која се манифестује кроз ширење утицаја на чланство о обавези поштовања колективног уговора и *улагање максималних напора да се спречи започињање и спровођење индустријске акције*.

Изузетно, ове клаузуле могу бити уговорене и у системима индустријских односа који прихватају концепт запосленог као титулара права на штрајк, као на пример, у француском и италијанском праву, али се у тим системима тумаче веома рестриктивно. Наиме, у јуриспруденцији касационих судова обе државе постоји чврст став да клаузуле обавезе мира које су предмет колективног уговора не обавезују запослене, с тим што у погледу пуноважности ових одредби између самих потписника колективног уговора италијански Касациони суд заузима афирмативан став, док став француског Касационог суда није у потпуности јасан²²⁷¹.

У теорији радног права има мишљења да клаузула очувања радног мира постоји и када није изричито стипулисана колективним уговором, будући да произилази из начела *facta sunt servanda* и да је иманентна филозофији колективног уговарања²²⁷², а такво схватање присутно је и у одређеном броју страних права, где је

²²⁶⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 890, 1019.

²²⁷⁰ N. Bruun, C. Johansson, *op. cit.*, стр. 259.

²²⁷¹ L. Carollo, S. Donà, M. Filippi, A. Rotta, M. Russo, *op. cit.*, стр. 12, 14-15, 21.

²²⁷² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 890-891.

обавеза мира прописана законом (САД²²⁷³, Аустралија²²⁷⁴, Шведска, Норвешка, Финска), или је створена у јуриспруденцији судова (Немачка), односно пракси колективног преговарања (Данска)²²⁷⁵.

2.6. Врсте штрајка

У теорији постоје бројне класификације штрајкова, а у наставку ће бити дат преглед врста штрајкова које имају одређени теоријски значај и заступљеност.

Штрајк упозорења представља облик штрајка који се, по правилу, сматра законитим, а састоји се у краткотрајној обустави рада (сат до два, а најдуже дан) и има за циљ притисак на послодавца током колективних преговора, будући да се његовим организовањем послодавцу ставља у изглед штрајк већих размера у случају неприхватања штрајкачких захтева. Има велику предност у системима у којима се из синдикалних фондова штрајкачима исплаћују накнаде зараде (на пример, Немачка), јер су трошкови за синдикат значајно мањи него код редовног штрајка.

"Дивљи" (wild-cat) штрајк је облик штрајка који организују запослени и који се јавља против воље синдиката, који синдикат не признаје, односно чије вођење не преузима и не прихвата, због чега се исти назива и неодобреним штрајком²²⁷⁶. По правилу је забрањен у правним системима у којима је право на организовање штрајка у искључивој ингеренцији синдиката (Немачка²²⁷⁷, Пољска, САД), с тим што су могућа одступања у случају ступања у штрајк синдикално неорганизованих радника (САД)²²⁷⁸.

Штрајк са заузимањем предузећа је врста штрајка код кога запослени колективно прекидају рад, али остају на својим радним местима, чиме спречавају послодавца да привремено ангажује нове раднике и тиме настави процес рада у предузећу. У законодавствима која дозвољавају послодавцима да супституишу запослене током

²²⁷³ *Ibid.*, стр. 1018.

²²⁷⁴ С. White, *op. cit.*, стр. 75. Законска обавеза мира је апсолутног карактера.

²²⁷⁵ N. Bruun, С. Johansson, *op. cit.*, стр. 260-261. Законска обавеза мира је апсолутног карактера у шведском праву. У немачком праву претпоставља се само релативна обавеза мира, која подразумева забрану индустријске акције само поводом питања која су предмет колективног уговора и не ограничава синдикат у праву да ступи у штрајк солидарности. У норвешком праву апсолутна забрана се односи само на правне колективне радне спорове, а у финском не постоји забрана ступања у штрајкове солидарности.

²²⁷⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1018.

²²⁷⁷ Проф. Weiss наводи да су "дивљи" штрајкови, упркос забрани, присутни у Немачкој, посебно у бившој Источној Немачкој, где, штавише, играју значајну улогу. М. Weiss, М. Schmidt, *op. cit.*, стр. 202.

²²⁷⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.* Проф. Лубарда указује да се, *vice versa*, овај облик штрајка неће сматрати незаконитим у системима где је право на штрајк признато као индивидуално право запослених које се колективно остварује, осим ако је као услов законитости штрајка афирмативан став већине запослених, а мањина запослених ступа у штрајк. Поред тога, дивљим штрајком сматрао би се и штрајк савета запослених, будући да овом телу није признато право на организовање штрајка

штрајка (Велика Британија, САД), овај облик штрајка сматра се незаконитим, јер спречава послодавца да користи своју имовину,²²⁷⁹ а повредом имовинских права послодавца сматра се и у немачком праву²²⁸⁰.

Делимични, кружни и категоријални штрајк су облици штрајка у којима не учествују сви запослени код послодавца. Под делимичним штрајком сматра се штрајк у коме мањи део запослених ступа у штрајк ради заштите или остварења сопствених интереса, док већина нити је учествовала у одлучивању, нити ступа у штрајк. Кружни штрајк је облик штрајка у коме се наизменично прекида рад у различитим деловима предузећа. Категоријални штрајк је облик штрајка у који сукцесивно ступају запослени исте професионалне категорије.²²⁸¹

Штрајк "тримбоза" представља специфичан облик делимичног штрајка, у коме учествују само запослени у делу предузећа који је од виталног значаја за пословање предузећа у целини, док већина запослених наставља да ради и задржава своја примања. С обзиром да овај вид штрајка има изузетно штетне последице, будући да парализује рад предузећа, а послодавац има обавезу да већини запослених измирује зараду иако не генерише приходе, овај вид штрајка се, уколико није забрањен, сматра оправданим разлогом да послодавац прибегне тзв. одбрамбеном локауту у целом предузећу.²²⁸²

Штрајк солидарности је врста штрајка која се организује ради заштите професионалних интереса других запослених, а не запослених који ступају у штрајк. Могућа су два вида овог штрајка: (1) *штрајк интерне солидарности*, који се јавља у оквиру једног предузећа ради давања подршке неком од запослених код истог послодавца и (2) *штрајк екстерне солидарности*, код кога запослени не прекидају рад ради побољшања сопствених услова рада, већ ради давања подршке и солидарисања са запосленима који су ступили у штрајк код неког другог послодавца или у грани, у земљи или иностранству. Комитет за слободу удруживања је мишљења да би генерална забрана штрајкова солидарности представљала полигон за злоупотребе, као и да таква забрана није у складу са принципима слободе удруживања, због чега би запосленима требало дозволити ступање у ову врсту штрајка уколико је штрајк коме се пружа подршка законит²²⁸³.

Примарни и секундарни штрајк су облици штрајка који се разликују по томе

²²⁷⁹ *Ibid.*, стр. 1020.

²²⁸⁰ N. Bruun, C. Johansson, *op. cit.*, стр. 258.

²²⁸¹ *Ibid.*, стр. 1020-1021.

²²⁸² *Ibid.*, стр. 1021.

²²⁸³ *Ibid.*, т. 486, 489.

што примарни штрајк организују запослени код послодавца ради остварења сопствених економско-социјалних интереса код тог послодавца, док секундарни штрајк организују запослени против свог послодавца, како би тај послодавац извршио притисак на другог послодавца, који је у радном спору са својим синдикатом, да прихвати одређене захтеве. Секундарни штрајк се од штрајка солидарности разликује по томе што су штрајкачки захтеви непосредно усмерени на одређени начин решавања колективног радног спора код другог послодавца.²²⁸⁴

Генерални штрајк представља облик штрајка који се организује на гранском или националном нивоу ради заштите професионалних интереса од општег и заједничког значаја. У јуриспруденцији Комитета за слободу удруживања заузет је став да су штрајкови на националном нивоу легитимни уколико имају економске и социјалне циљеве, односно нису искључиво политичког карактера, те да би забрана генералног штрајка организованог на националном нивоу ради заштите запослених од радно-социјалних последица економских мера владе представљало озбиљну повреду слободе удруживања²²⁸⁵. Комитет посебно наглашава да генерални штрајк организован од стране синдиката са захтевом за повећање минималне зараде на националном нивоу, поштовање важећих колективних уговора и промену економске политике у правцу смањења цена и незапослености представља легитимно средство синдикалне борбе у оквиру редовних активности синдиката²²⁸⁶.

Политички штрајк је врста штрајка чији циљеви нису радноправне (економске или социјалне) природе, односно штрајк чији циљеви нису везани за одбрану колективних интереса професије, односно економске и социјалне интересе и права запослених. У погледу таквог облика штрајка став Комитета МОП за слободу удруживања је јасан - исти је недозвољен²²⁸⁷. Међутим, док је чисто политички штрајк недопуштен, таквим се не сматра штрајк организован у циљу критике мера владине економско-социјалне политике, будући да Комитет оцењује штрајк као важно средство за решавање важних питања економске и социјалне политике који су од директног утицаја на запослене, посебно у погледу запослења, социјалне заштите и животног стандарда²²⁸⁸. У страним правима се, са друге стране, однос

²²⁸⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1024. Секундарни штрајкови се у Великој Британији сматрају недозвољеним, док су у Шведској, Финској, Италији и Француској дозвољени. Нав. према: С. Kilpatrick, *оп. cit.*, стр. 304, F. Fabbrini, *оп. cit.*, стр. 1186, 1188.

²²⁸⁵ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 492, 493.

²²⁸⁶ *Ibid.*, т. 494.

²²⁸⁷ *Ibid.*, т. 481-482.

²²⁸⁸ *Ibid.*, т. 479, 480, 483, 495. Сходно томе, Комитет МОП за слободу удруживања је оценио дозвољеним штрајк који је организован поводом уредбе у вези са мирењем и арбитражом, иако је несумњиво усмерен против

према штрајковима који нису непосредно везани за материју колективних уговора, већ су усмерени на шире мере социјално-економске политике државе, разликује у зависности од прихваћеног концепта штрајка²²⁸⁹.

2.7. Престанак штрајка

Престанак штрајка може бити резултат *споразума страна у колективном радном спору*, постигнутог са или без учешћа треће стране.

До престанка штрајка може доћи и одлуком надлежног органа синдиката који је организовао штрајк или одлуком запослених који су организовали штрајк, када штрајк није организовао синдикат. Таква одлука може бити последица испуњења штрајкачких захтева или оцене синдиката/запослених да је штрајк постао нецелисходан метод решавања радног спора.

Коначно, штрајк може престати одлуком акта надлежног органа када је решење спора који је повод штрајка поверено арбитражи и прихваћена обавезност арбитражне одлуке, а исте последице наступају и ако је о радном спору који је био повод штрајку одлучивао надлежни суд.

2.8. Правне последице штрајка

2.8.1. Општа разматрања

Организовање штрајка има различите радноправне, грађанскоправне, казненоправне последице, у зависности од тога да ли је штрајк законит или незаконит. Питање утврђивања (не)законитости је веома осетљиво и, према ставу Комитета МОР за слободу удруживања, требало би да буде поверено независном

политике владе, а не као средство за решавање радног спора, с обзиром да је реч о мерама које по оценама синдиката непосредно утичу на њихова права. Такође, Комитет није сматрао недопуштеним ни штрајк којим је захтевано да се стане на пут стотинима убиства синдикалних лидера у одређеном периоду, оцењујући да је такав штрајк липитиман и да би забрана истог представљала озбиљну повреду слободе удруживања.

²²⁸⁹ Тако, у државама у којима је штрајк прихваћен као индивидуално право запосленог које се колективно остварује, штрајк против владе не сматра се политичким ако се тиче побољшања предлога радног и социјалног законодавства или предузимања других мера ради остваривања захтева економско-социјалне природе (усвајање одређених социјалних програма, програма запошљавања и слично), с тим што се у италијанском праву допушта и чисто политички штрајк, осим ако је усмерен на насилно рушење уставног поретка. Нав. према: F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1186. С друге стране, у државама у којима је штрајк прихваћен као право синдиката у функцији колективног преговарања, ове врсте штрајкова се, по правилу, сматрају незаконитим. Нав. према: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 988-991; С. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 303.

телу у које стране у спору имају поверења²²⁹⁰.

2.8.2. Радноправне последице штрајка

2.8.2.1. Импликације на континуитет радног односа штрајкача

Права и обавезе из радног односа се током штрајка привремено и у одређеној мери суспендују, у том смислу што запослени нема обавезу да ради, а послодавац нема обавезу да му исплаћује зараду.

Учешће у законитом штрајку нема за последицу престанак радног односа, тако да послодавац не може запосленом отказати уговор о раду због учешћа у законитом штрајку. Евентуални отказ уговора о раду запосленом, члану синдиката или синдикалном лидеру због учешћа у законитом штрајку *a priori* би се сматрао чином тзв. антисиндикалне дискриминације супротне Конвенцији МОП бр. 98 о правима радника на организовање и колективно преговарање²²⁹¹ и изложио послодавца терету доказивања да отказ није резултат дискриминације, у складу са Препоруком МОП бр. 143 о радничким представницима²²⁹². Правне последице поништаја или утврђења ништовности отказа датог због организације или учешћа у законитом штрајку (у зависности од правног система) се разликују и могу састојати у реинтеграцији и накнади штете или само у накнади штете, с тим што се у већини законодавстава синдикалним представницима признаје право на реинтеграцију, чак и када таква могућност није предвиђена као општа последица незаконитог отказа. Одбијање послодавца да организатора или учесника законитог штрајка врати на рад такође ће се сматрати антисиндикалном дискриминацијом и повредом слободе удруживања.²²⁹³

Vice versa, учешће запослених у незаконитом штрајку представља оправдани разлог отказа. Међутим, то правило није апсолутно, тако да је могуће да учешће у незаконитом отказу не буде основ за отказ уколико је незаконитост отказа последица пропуста у најави штрајка или приступања претходном мирењу, о којима штрајкач

²²⁹⁰ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 522.

²²⁹¹ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 591-592, 597.

²²⁹² По истој логици, у "јуриспруденцији" Комитета за слободу удруживања изражен је став да би се овом врстом дискриминације сматрао и отказ који је запосленом дат пре почетка штрајка, ако је за сврху имао опструкцију штрајка или кажњавање запосленог који је планирао организацију или учешће у штрајку. *Ibid.*, т. 593.

²²⁹³ *Ibid.*

није имао сазнања²²⁹⁴.

2.8.2.2. Питање ангажовања радника који би радили уместо штрајкача

Међународни радни стандарди предвиђају да се у општем правном режиму штрајка запошљавање замене за учеснике у штрајку сматра озбиљном повредом слободе удруживања и деловања, будући да садржи ризик дерогације права на штрајк од утицаја на слободу вршења синдикалних права²²⁹⁵. У том контексту Препоруком бр. 188 о приватним агенцијама за запошљавање се сугерише да не треба уступати раднике предузећима корисницима ради замене штрајкача у тим предузећима (т. б). Ови принципи ипак нису универзално прихваћени у националним системима, тако да постоје државе које ипак дозвољавају екстерно запошљавање у току штрајка, с тим што се модели разликују у погледу тога да ли се замене могу ангажовати на одређено или неодређено време и каква је судбина тих запослених и штрајкача у погледу наставка радног односа по окончању штрајка.²²⁹⁶

2.8.2.3. Радноправни статус нештрајкача

Запослени који не желе да узму учешће у штрајку имају право да наставе да раде, а послодавац је дужан да им омогући да раде и за обављени рад исплаћује зараду, осим у случају ако послодавац прибегне тзв. одбрамбеном локауту. Нештрајкачи настављају да раде на пословима за које су закључили уговоре о раду и послодавац није овлашћен да од њих захтева да обављају послове штрајкача како би тиме вршио интерну замену запослених који штрајкују и тиме надоместио празнине у процесу рада и истовремено обезбедио пуну уписаност нештрајкача²²⁹⁷.

²²⁹⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1038.

²²⁹⁵ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 570-577.

²²⁹⁶ Примера ради, француско право дозвољава запошљавање нових лица током штрајка, која заснивају радни однос на неодређено време, с тим што престанак штрајка и повратак штрајкача на рад представља озбиљан и стваран разлог за отказ уговора о раду тим запосленима. Америчко право такође дозвољава послодавцу ангажовање нових лица, али без права да их отпусти због окончања штрајка, тако да послодавац запошљавањем нових лица повећава број запослених, јер је дужан да штрајкаче по окончању штрајка врати на рад. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1030-1031.

²²⁹⁷ Могућност привременог премештаја нештрајкача, који на то пристану, на радна места нештрајкача, различито се решава у страним правима. У француском праву, на пример, није дозвољено вршити интерне замене штрајкача нештрајкачима, док немачко право то дозвољава. *Ibid.*, стр. 1032.

2.8.2.4. Зараде и друга примања у штрајку

Запослени немају право на зараду за време проведено у штрајку, будући да је право на зараду везано за обављени рад.

Материјални положај штрајкача који су чланови синдиката може бити олакшан накнадом целе или дела зараде из синдикалних фондова, који постоје у одређеним системима индустријских односа, као што је то случај у немачком праву.²²⁹⁸

Нештрајкачи имају право на зараду чак и ако због штрајка нису могли бити у целости уписани. Комитет за слободу удруживања посебно наглашава значај нефаворизовања запослених који нису у штрајку и истиче да повећавање зараде овим лицима представља дискриминаторско понашање које озбиљно угрожава права синдиката да слободно организују своје активности²²⁹⁹.

2.8.3. Грађанскоправне последице штрајка

Организовање и ступање у законит штрајк не ствара било какву грађанскоправну одговорност организатора и учесника у штрајку према послодавцу, будући да исто представља законито вршење права. Стога послодавац нема право да потражује штету коју послодавац непосредно претрпи због прекида рада, у виду привременог смањења прихода, губитка дела тржишта и слично, будући да не постоји елемент противправности, као основа за накнаду штете.

С друге стране, *организовање незаконитог штрајка* јесте основ за грађанскоправну одговорност за штету коју је претрпео послодавац, и то како на страни синдиката као организатора штрајка, тако и запослених, као учесника тог штрајка. У страним правима је ова врста одговорности ипак превасходно усмерена ка синдикату, како с обзиром на веће материјалне могућности синдиката у односу на запослене, тако и с обзиром на то да у односу на запослене постоји тежи облик санкције - отказ уговора о раду, тако да ће њихова евентуална грађанскоправна одговорност бити више симболична. Међутим, чак ни накнада штете коју послодавац може да потражује према синдикату неће бити интегрална, будући да се у страним правима пружа

²²⁹⁸ *Ibid.*, стр. 1044-1045. На накнаду зараде из синдикалних фондова, по правилу, немају право чланови синдиката који нису ступили у штрајк уколико током штрајка изгубе право због одбрамбеног локаута од стране послодавца, осим када је локаут последица кружног штрајка организованог од стране синдиката.

²²⁹⁹ *Ibid.*, стр. 1032.

извесна законска заштита синдикалним фондовима, прописивањем максималног износа накнаде штете и изузимањем одређене имовине синдиката од могућности пленидбе, као и широким судским овлашћења да приликом одмеравања накнаде штете цене контекст у коме је до незаконитог штрајка дошло, ограничену економску моћ синдиката и циљ санкције. Такво поступање засновано је на идеји о неопходности синдиката за функционисање индустријских односа, који почивају на идеји социјалног дијалога, социјалног партнерства, филозофији преговарања и компромиса. Стога, *циљ накнаде штете није уништење синдиката кроз пленидбу свих њихових фондова*, већ само делимично обештећење послодавца уз одређени васпитни утицај на синдикат кроз изрицање санкције, *чиме се истовремено постиже да послодавац чини напоре да постигне споразум са синдикатом и што пре оконча штрајк*, будући да је свестан тога да интегралну накнаду штете према синдикату неће моћи да оствари.²³⁰⁰

У литератури се указује на велики потенцијални проблем коме синдикати држава чланица ЕУ могу бити изложени у прекограничним штрајковима, чија би незаконитост била утврђена у складу са ставовима Европског суда правде (ЕСП) у чувеним споровима *Viking* и *Laval*, будући да би се у том случају незаконити штрајкови сматрали повредом комунитарног права, што искључује ограничења накнаде штете прописана националним законодавствима и носи висок ризик банкротства синдиката, који је у анегдоталном спору синдиката британских пилота BALPA против *British airways* преломио синдикат да не ступи у штрајк²³⁰¹. Комитет експерата за примену конвенција и препорука је поводом овог случаја истакао да свеприсутна претња накнадама штете која би могла да доведе до банкротства синдиката, могућа у светлу одлука у предметима *Viking* и *Laval*, ствара ситуацију у којој се право на штрајк не може остварити, те да таква врста озбиљне претње по

²³⁰⁰ *Ibid.*, стр. 1040-1042. На пример, у *британском праву*, које је од краја седамдесетих година прошлог века веома рестриктивно према штрајку, максимални износ накнаде штете на коју синдикат може бити обавезан се одређује у зависности од броја чланова синдиката и износи 10 хиљада фунти (за синдикате са мање од пет хиљада чланова) до 250 хиљада британских фунти, с тим што се у случају одштетних захтева више послодаваца овај износ може мултиплицирати сразмерно броју послодаваца. Нав. према: С. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 310. Износ накнаде штете ограничен је и у *финском праву* на 28.300 еура, док у другим нордијским земљама не постоје одређени максимуми, већ суд има право дискреционе оцене, при чему се полази од тога да незаконита индустријска акција треба да буде економски санкционисана, али да санкције не треба да буду такве да угрозе континуитете уговорних односа између социјалних партнера и традицију колективног преговарања, због чега се исте не одмеравају само према износу штете насталом за послодавца, већ и другим факторима, као што су величина синдиката, као и другим олакшавајућим или отежавајућим околностима у складу са националним законима и праксом. Слично је и у *немачком праву* где не постоји законско ограничење грађанскоправне одговорности послодавца, због чега је хипотетичка одговорност значајна, те синдикати настоје да максимални износ штете утврде колективним уговором. Ипак, судови у пракси захтевају да послодавац докаже не само настау штету, већ и напоре у правцу смањења исте (ангажовањем замене штрајкача, распоређивањем запослених који нису у штрајку, одлагањем рокова испоруке и плаћања и слично), тако да у реалности накнаде штете, по правилу, не достижу превисоке износе. Нав. према: N. Bruun, С. Johansson, *op. cit.*, стр. 264-267, 271.

²³⁰¹ С. Kilpatrick, *op. cit.*, стр. 314; A. Veldman, *op. cit.*, стр. 110.

опстанак синдиката може сваку акцију да учини неважном и безначајном.²³⁰²

2.8.4. Казненоправне последице штрајка

Прекршајноправне последице штрајка се у страним правима углавном предвиђају за повреду обавеза најаве штрајка и организовања минимума процеса рада у виталним службама, с обзиром на нарочит јавни интерес организовања штрајка уз поштовање одређених правила, која имају за циљ минимизирање штетних последица штрајка по живот, здравље и безбедност становништва²³⁰³.

Према међународним радним стандардима учешће у законитом штрајку не представља кривично дело, тако да нико не би смео да буде кажњен због организовања и учешћа у законитом штрајку²³⁰⁴. Комитет за слободу удруживања, не аболирајући никога од одговорности за извршење кривичних дела у вези са штрајком, посебно наглашава да кривичноправну одговорност ипак треба да носе само организатори/учесници штрајка који су повредили *одредбе о забрани штрајка које нису супротне принципима слободе удруживања*²³⁰⁵. Комитет је у више наврата апеловао да затворске казне не би ни у ком случају требало одређивати према организаторима/учесницима мирног штрајка, чак и ако је он сам по себи незаконит, с обзиром да таква могућност садржи широку могућност злоупотреба, чиме би принципи слободе удруживања били озбиљно угрожени²³⁰⁶.

3. Штрајк у домаћем праву

3.1. Појам и субјекти штрајка

Штрајк се у домаћем праву дефинише као *прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада*²³⁰⁷.

Домаћи законодавац је оваквом формулацијом *веома широко поставио могуће циљеве и предмет права на штрајк*, тако да право на штрајк није ограничено само на питања која се тичу закључења и примене колективног уговора, већ и свих

²³⁰² С. Kilpatrick, *op. cit.*

²³⁰³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, стр. 1042.

²³⁰⁴ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 590.

²³⁰⁵ *Ibid.*, т. 598-599.

²³⁰⁶ *Ibid.*, т. 601-603.

²³⁰⁷ Закон о штрајку - у даљем тексту: ЗШ, чл. 1.

економско-социјалних питања која се рефлектују на радни и професионални положај запослених. Прихватање оваквог концепта штрајка хармонизовано је са међународним радним стандардима, који промовишу идеју да право на штрајк не треба да буде ограничено само на индустријске спорове који се могу решити потписивањем колективног уговора, већ да би запосленима и њиховим организацијама требало омогућити да се штрајком изразе у ширем контексту, манифестујући своје незадовољство економским и социјалним темама које погађају њихово чланство²³⁰⁸.

Одређени број домаћих аутора, очигледно инспирисаних немачко-пољским концептом теста пропорционалности и принципа *ultima ratio*, ипак сматра да давање широке слободе запосленима да штрајком бране своје професионалне и економске интересе кад год то оцене целесходним, представља недостатак важећег закона, јер ствара висок ризик организовања неразумних и неизгледних штрајкова (на пример, због једнодневне кашњења зараде), те оцењују да је потребно прецизније законско дефинисање професионалних интереса запослених који могу бити легитиман разлог штрајка, као и минималан ниво повређених интереса који би штрајк чинио адекватним методом за решавање радног спора, како би се наведени ризици избегли²³⁰⁹. У одређеној мери ова аргументација је тачна, што потврђује и јуриспруденција домаћих судова, у којој су забележени штрајкачки захтеви који се односе на промену управе послодавца, распуштање скупштине привредног друштва и изборе за нови сазив скупштине, покретање кривичне одговорности против лица задужених за ситуацију у предузећу и томе слични захтеви из ингеренција оснивача, односно власника капитала²³¹⁰. Неразумевање граница професионално-економских интереса у овако широкој дефиницији је веома ризично и за запослене и послодавце, јер може резултирати незаконитим штрајком и отказима запосленима несвесним нелегитимности својих захтева, а послодавцима непотребно нанети штету неоправданим прекидом рада. Ипак, треба имати у виду да, уколико предмет штрајка није ограничен на интересне колективне правне спорове који могу настати у вези са закључењем, изменом или престанком важења колективног уговора, сачинити листу питања која могу бити предмет штрајка представља изузетно

²³⁰⁸ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 484.

²³⁰⁹ Зоран Радуловић, Дејан Костић, "Prospects of the right to strike in Serbia", у *Linkages Between Education and Employment / The Third International Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE 2014), 15-17 October 2014 Belgrade Serbia*; Славко Каравидић, Жарко Пасућ, Ивани Силвер Куариџи (eds.), Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, 2014, стр. 248.

²³¹⁰ Боривоје Живковић, "Право на штрајк у закону и пракси", *Избор судске праксе*, 1/2012, стр. 28-29.

комплексан и, чини се, неизгледан посао, будући да је немогуће унапред предвидети све ситуације које могу бити повод штрајка.

Појмовно одређење штрајка у домаћем праву, као средства за заштиту професионалних и економских *интереса* запослених, намеће питање које врсте колективних радних спорова могу бити предмет штрајка: да ли искључиво интересни, или то могу бити и правни колективни радни спорови? Иако Закон о штрајку не предвиђа врсте колективних радних спорова које могу бити допуштен предмет штрајка, а строго језички гледано, пледира да је реч само о интересним споровима, у правној доктрини, јуриспруденцији судова и међу социјалним партнерима *прихваћено је екстензивно тумачење законских одредби о праву на штрајк и за случај правних колективних радних спорова*, што у пракси посебно важи за спорове у вези са зарадама и другим примањима запослених²³¹¹.

Не упуштајући се даље у оцену појма штрајка у домаћем праву, сматрамо да, када је реч о одређивању субјеката штрајка, домаћи законодавац ипак није имао јасан концепт.

Наиме, иако би се из законске дефиниције штрајка, која као титуларе права на штрајк помиње искључиво запослене, дало закључити да је у домаћем праву прихваћен концепт права на штрајк као *индивидуалног права које се колективно остварује*, такав закључак би био само делимично тачан, с обзиром да је законским одредбама које уређују питање овлашћења за доношење одлуке о ступању у штрајк, предвиђено да одлуку о ступању у штрајк и штрајк упозорења *код послодавца* доноси *орган синдиката одређен општим актом синдиката или већина запослених*, док одлуку о ступању у штрајк у *грани и делатности*, односно ступању у *генерални штрајк*, доноси *највиши орган синдиката* на гранском/секторском, односно националном нивоу²³¹².

Оваквим регулисањем домаћи законодавац је на специфичан и необјашњиво недоследан начин прихватио концепт дуплог колосека, тако да (1) титулари права на штрајк код послодавца могу бити већина запослених или синдикат код послодавца, док (2) титулари права на штрајк на гранском и националном нивоу могу бити искључиво синдикати, што говори о одсуству јасног и целовитог законског концепта права на штрајк²³¹³.

У том смислу, пре би се могло рећи да *домаћи законодавац прихвата концепт синдиката као титулара права на штрајк*, док само изузетно прихвата концепт штрајка као

²³¹¹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 47-48.

²³¹² ЗПП, чл. 3.

²³¹³ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 168.

индивидуалног права запосленог које се колективно остварује, када је реч о штрајку који се организује код послодавца.

Право да организује штрајк има, притом, сваки синдикат, тако да се репрезентативност не поставља као услов за остваривање права на организовање штрајка, што је конзистентно са прихваћеним концептом штрајка и његовим потенцијалним циљем и предметом, који не морају непосредно бити везани за закључење и примену колективног уговора.

С друге стране, запосленима је могућност остваривања права на штрајк ограничена, јер је условљена доношењем одлуке већине запослених о ступању у штрајк, чиме је у домаћем праву прихваћен став, изражен и у делу правне теорије, да штрајк као право које се остварује кроз колективитет треба да има свој демократски израз у вољи већине, којој се приклања воља мањине. Иако се овакво гледиште може теоријски успешно бранити аргументацијом о демократском карактеру индустријских плуралистичких односа и потреби за превенцијом анархичних штрајкова ради остваривања циљева које не подржава већина, а који због свог стихијског карактера могу нанети више штете него користи, подсетићемо и на овом месту да се *Комитет експерата за примену конвенција и препорука и Комитет за слободу удруживања МОП оштро и конзистентно противе условљавању законитости штрајка гласовима већине запослених у предузећу или већине чланова синдиката који доноси одлуку о ступању у штрајк, оцењујући да је такво ограничавање прекомерно и угрожава право на штрајк*²³¹⁴. Овај ризик треба посебно пажљиво сагледавати кроз призму друштвено-економских односа у Републици Србији, коју карактерише опадање синдикалне моћи и чланства запослених у синдикатима, те консеквентна криза социјалног дијалога. Наведено резултира чињеницом да у великом броју предузећа не постоје синдикати, а и ако постоје, немају довољан утицај на запослене, који су често синдикално неорганизовани. У том контексту, уколико се од синдикално неорганизованих запослених захтева да обезбеде гласове већине од укупног броја запослених да би законито ступили у штрајк, сви су изгледи да ће штрајк бити онемогућен, посебно у предузећима која имају дислоциране организационе делове по Републици Србији, где је, у одсуству синдиката, тешко повезати запослене ради размене ставова и синхронизованог деловања. Олакшавајућу околност у одређеној мери може представља чињеница да се штрајк може организовати и у делу послодавца²³¹⁵, те у том контексту посматрано,

²³¹⁴ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 507-509, 511-512, 514.

²³¹⁵ ЗПЗ, чл. 2, ст. 1.

може да се закључи да и већина запослених у организационом делу у коме се штрајк организује представља легитимну већину за законито организовање штрајка. Ипак, како ово није изричито прописано, већ се *implicite* закључује, питање минимално потребног броја запослених за легитимитет одлуке о ступању у штрајк је свакако питање о коме *de lege ferenda* законодавац треба да поведе рачуна, тако да услове за остваривање права запослених на штрајк "персонализује" према домаћем радно-социјалном профилу у актуелном историјском тренутку, што је услов успешне примене овог, као и сваког другог метода решавања радних спорова.

*Право на штрајк је у домаћем праву ускраћено (1) професионалним припадницима Војске Републике Србије*²³¹⁶, (2) *припадницима Безбедносно-информативне агенције*²³¹⁷ и (3) *полицийским службеницима који су запослени на радним местима на којима нема услова за обезбеђивање минимума процеса рада*²³¹⁸.

3.2. Врсте штрајка

Штрајк се може организовати на свим нивоима, односно (1) *код послодавца или у делу послодавца*, који може бити предузеће или друго правно лице, односно предузетник, (2) *у грани или делатности* или (3) *на националном* нивоу, као генерални штрајк²³¹⁹.

У домаћем праву допуштен је, дакле и делимичан штрајк, што значи да се, хипотетички, штрајк "тромбоза", који подразумева штрајк само у виталном делу предузећа и стога има најтеже последице по послодавца, због чега се у страним правима, по правилу, сматра оправданим разлогом за тзв. одбрамбени локаут, у домаћем праву не би сматрао незаконитим.

Домаће право експлицитно прописује допуштеност генералног штрајка, што је израз концепта (иако недоследног) штрајка као индивидуалног права запослених које се генерално остварује у циљу заштите свих економских и професионалних интереса

²³¹⁶ Закон о војсци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015, 88/2015 - одлука УС и 36/2018), чл. 14, ст. 5. Професионалном припаднику Војске Југославије престаје радни однос када се утврди да је организовао штрајк или учествовао у штрајку (ЗП, чл. 18, ст. 1).

²³¹⁷ Закон о безбедносно-информативној агенцији ("Сл. гласник РС", бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018), чл. 20.

²³¹⁸ Закон о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018), чл. 170, ст. 2. Нико од полицијских службеника нема право на штрајк у случају: (1) ратног стања, ванредног стања, ванредне ситуације или стања повећаног ризика; (2) насилног угрожавања уставног поретка Републике Србије; (3) проглашења елементарне непогоде или непосредне опасности од њеног настанка на подручју две или више полицијских управа Министарства или на целој територији Републике Србије и (4) других непогода и несрећа које ометају нормално одвијање живота и угрожавају безбедност људи и имовине.

²³¹⁹ ЗП, чл. 2, ст. 1.

по основу рада, због чега је легитиман и штрајк организован на националном или гранском нивоу у знак протеста због планираних измена радног и социјалног законодавства или економско-социјалних мера владе које имају утицај на статус запослених, који је у страним правима неретко забрањен, јер се сматра политичким штрајком.

Штрајк се у домаћем праву може организовати и као *штрајк упозорења*, који може трајати најдуже један сат²³²⁰.

Коначно, домаће право не сматра недопуштени штрајк са заузимањем предузећа, будући да прописује да "*ако се штрајк испољава окупљањем запослених, место окупљања учесника у штрајку не може бити ван пословних - радних просторија, односно ван круга пословног простора запослених који ступају у штрајк*"²³²¹. Како закон прописује да место окупљања морају бити пословне-радне просторије, а не садржи експлицитну забрану штрајкачима да остану на свом радном месту, намеће се закључак да се запосленом толерише да остане на свом радном месту.

С друге стране, Закон о штрајку не дозвољава штрајк солидарности, што произилази из законске дефиниције, према којој запослени ступају у штрајк ради заштите *својих* професионалних и економских интереса по основу рада. У правној теорији износе се замерке на рачун тог решења и истиче да је штрајк солидарности признат у великом броју европских законодавстава, те у том погледу предлаже интегрисање ове врсте штрајка у каталог будућег закона о штрајку²³²².

3.3. Правни режим штрајка

3.3.1. Општи режим штрајка

3.3.1.1. Уводне напомене

Право на штрајк је *гарантовано Уставом Републике Србије*, као право запослених, које се остварује у складу са законом и колективним уговором и које може бити ограничено само законом, сходно природи или врсти делатности²³²³.

²³²⁰ ЗП, чл. 2, ст. 2 и 3.

²³²¹ *Ibid.*, чл. 5, ст. 3.

²³²² Филип Бојић, "Право на штрајк у европском и домаћем законодавству", *Право и привреда*, бр. 7-9/2010, стр. 524-526.

²³²³ УРС, чл. 61.

Начин остваривања права на штрајк уређен је Законом о штрајку²³²⁴, као посебним законом, који *ratione materiae* уређује питање штрајка, као и кроз више посебних закона који, *ratione personae*, уређују питање права на штрајк и начина његовог остваривања за запослене у одређеним делатностима.

3.3.1.2. Услови за ступање у штрајк

3.3.1.2.1. Доношење одлуке о ступању у штрајк

Одлуку о ступању у штрајк доноси: (1) за штрајк и штрајк упозорења код послодавца - орган синдиката одређен општим актом синдиката или већина запослених; (2) за штрајк у грани и делатности - надлежни орган синдиката у Републици Србији и (3) за генерални штрајк - највиши орган синдиката у Републици Србији²³²⁵.

Када су организатор штрајка непосредно запослени/већина запослених, доношењу одлуке о ступању у штрајк мора претходити гласање о штрајку. Како са правом примећује проф. Шундерић, законодавац није прописао која је већина потребна за доношење одлуке запослених о ступању у штрајк, нити на који начин се одлука доноси²³²⁶, али формулација индикује да је реч о апсолутној већини запослених, чиме се запослени, као што је већ било речи, стављају у веома неповољан положај. Када је организатор штрајка синдикат, законодавац није ишао за тим да уређује поступак и потребну већину за доношење одлуке о ступању у штрајк, очигледно полазећи од тога да је реч о аутономији синдиката.

Одлуком о ступању у штрајк утврђују се: (1) захтеви запослених; (2) време почетка штрајка; (3) место окупљања учесника у штрајку ако се штрајк испољава окупљањем запослених и (4) штрајкачки одбор који заступа интересе запослених и у њихово име води штрајк²³²⁷.

Штрајкачки захтеви се, с обзиром на законску дефиницију штрајка, морају односити на заштиту сопствених професионалних и/или економских интереса запослених

²³²⁴ Важећи Закон о штрајку датира из 1996. године, односно предтранзиционог периода и сматра се како анахроним, тако и неприлагођеним међународним радним стандардима, што представља разлог дугогодишње иницијативе за доношење потпуно новог закона о штрајку. Иако је почетком 2018. године коначно објављен и стављен на јавну расправу нацрт новог Закона о штрајку, исти је био изложен општрим критикама од стране социјалних партнера, тако да је коначни предлог који би требало да уђе у скупштинску процедуру још увек у припреми.

²³²⁵ ЗШ, чл. 3.

²³²⁶ Боривоје Шундерић, *Коментар Закона о штрајку*, Београд, 2005, стр. 21.

²³²⁷ ЗШ, чл. 4.

који организују штрајк.

Време почетка штрајка одређено је моментом достављања одлуке о ступању у штрајк, с обзиром на минимални рок који мора да прође између најаве и почетка штрајка, који има за циљ покушај мирног решења спора и стога се не сме скраћивати, под претњом незаконитости штрајка.²³²⁸

Место окупљања учесника штрајка може бити искључиво у оквиру пословно-радних просторија, односно круга пословног простора запослених који ступају у штрајк²³²⁹. Уставност ове законске одредбе била је својевремено предмет оцене Савезног уставног суда, по иницијативи заснованој на аргументацији да се ограничавањем простора за штрајк ограничавају личне и политичке слободе грађана да се крећу, говоре и окупљају, али је Савезни уставни суд нашао да та аргументација нема основа²³³⁰. Без обзира на наведено, проф. Лубарда указује да овакво законско решење нема упориште у страним правима, осим у погледу краткотрајних штрајкова упозорења, будући да се коси са својинским овлашћењима приватних послодаваца на пословном простору, као и са слободом предузетништва, која у одређеном броју правних система даје право послодавцу да привремено ангажује тзв. *штрајкбрехере* на радним местима штрајкача, услед чега се у страним правима домаће решење сматра недопуштеним штрајком са окупацијом предузећа²³³¹.

3.3.1.2.2. Обавеза најаве штрајка

У општем режиму штрајка, штрајкачки одбор је дужан да штрајк најави најдоцније *пет дана* пре дана одређеног за почетак штрајка. Изузетно, штрајк упозорења може бити најављен *24 часа пре почетка штрајка упозорења*.

Најава штрајка врши се достављањем одлуке о ступању у штрајк, и то: (1) послодавцу - ако се штрајк организује код послодавца, (2) удружењу послодаваца и оснивачу - ако се штрајк организује у грани или делатности и (3) удружењу послодаваца, оснивачу и надлежном државном органу - ако се организује генерални штрајк²³³².

²³²⁸ Б. Живковић, "Право на штрајк у закону и пракси", *оп. cit.*, стр. 25-26.

²³²⁹ ЗП, чл. 5, ст. 4.

²³³⁰ Решење Савезног уставног суда У. бр. 292/98 од 29.09.1999. године. Нав. према: Б. Живковић, "Право на штрајк у закону и пракси", *оп. cit.*, стр. 29.

²³³¹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *оп. cit.*, стр. 264-265.

²³³² ЗП, чл. 5, ст. 1 и 2.

3.3.1.3. Обавеза покушаја мирног решења радног спора током штрајка

Штрајкачки одбор и представници органа којима је штрајк најављен дужни су да, од дана најаве штрајка и за време штрајка, покушају да споразумно реше настали спор. На позив страна у спору, у преговоре се могу укључити представници синдиката, ако исти није организатор штрајка, одговарајућих удружења послодаваца, ако исти није њима најављен, као и представници надлежних државних органа, односно органа локалне самоуправе.²³³³

Дакле, у општем режиму штрајка постоји обавеза мирног решавања спора који је повод штрајка, али не мирењем или посредовањем као законом уређеним методима мирног решавања радног спора, већ путем билатералних преговора страна у спору, који могу попримити специфичан трипартитни карактер, што није метод мирног решавања радних спорова познат домаћем праву, већ *нека врста рудиментарног посредовања*, која је очигледно резултат неусклађивања Закона о штрајку са касније донетим Законом о мирном решавању радних спорова.

Притом, иако закон декларише мирно решавање спора као обавезу страна у спору, суштински је *реч о потпуној добровољности*, будући да није предвиђен никакав правни механизам који би обезбедио обавезно мирење или посредовање.

3.3.1.4. Права и обавезе учесника колективног радног спора током штрајка

Штрајкачки одбор и запослени који учествују у штрајку дужни су да штрајк организују и воде на начин којим се (1) *не угрожава безбедност* лица и имовине и здравље људи, (2) *онемогућава наношење непосредне материјалне штете* и (3) *ологућава наставак рада* по окончању штрајка. Они (4) *не могу спречавати послодавца да користи средства* и располаже средствима којима обавља делатност, (5) *нити спречавати запослене који не учествују у штрајку да раде*.²³³⁴

У општем режиму штрајка *послодавац (1) не може запошљавати нова лица која би заменила учеснике у штрајку, осим ако је штрајк организован на начин који угрожава безбедност лица и имовине*. Такође, послодавац (2) *не сме да спречи запосленог да учествује у штрајку* нити да употребљава мере принуде ради окончања штрајка.²³³⁵

²³³³ ЗШ, чл. 6.

²³³⁴ ЗШ, чл. 7.

²³³⁵ ЗШ, чл. 15.

3.3.1.5. Права и обавезе представника јавне власти током штрајка

У општем режиму штрајка надлежна јавна власт, односно представници надлежних државних органа и органа државне самоуправе *могу се, на захтев странака, (1) умешати у настали спор као посредници* и у том капацитету покушати да помогну странама у спору да реше настали спор.

Поред тога, надлежни државни орган биће дужан и (2) *да предузме неопходне мере* предвиђене законом ако оцени да се штрајк организује и води на начин који би могао резултирати *наступањем непосредне опасности или изузетно тешких последица за живот и здравље људи или њихову безбедност и безбедност имовине* или друге неотклоњиве штетне последице. Посебно значајан државни орган је *инспекција рада*, која у вршењу инспекцијског надзора има право да донесе (3) *решење којим се налаже отклањање утврђених повреда*, уколико оцени да штрајк није организован у складу са законом²³³⁶.

3.3.2. Посебан режим штрајка

Посебан режим штрајка се у домаћем праву односи на виталне делатности у терминологији МОР, с тим што српски законодавац не користи наведени међународно прихваћени термин, већ користи израз *"делатности од јавног интереса"* или *"делатности чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера"*.

Овај режим штрајка карактеришу рестриктивнији услови за ступање у штрајк, као и повећан обим обавеза страна у колективном радном спору током самог штрајка, како би се обезбедило да исти не нанесе шире негативне друштвене последице.

Однос законских правила о општем и посебном режиму штрајка је такав да ће општа правила важити у делу у коме нису искључена, односно супституисана одредбама о посебном режиму штрајка.

3.3.2.1. Одређивање виталних делатности у домаћем праву

Делатности од јавног интереса су ex lege следеће делатности: електропривреда, водопривреда, саобраћај, информисање (радио и телевизија), ПТТ услуге, комуналне делатности,

²³³⁶ ЗП, чл. 16 и 17.

производња основних прехранбених производа, здравствена и ветеринарска заштита, просвета, друштвена брига о деци и социјална заштита.

*Делатности чији би прекид рада по природи посла, у случају штрајка, могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера су: хемијска индустрија, индустрија челика и црна и обојена металургија.*²³³⁷

Листу законом одређених виталних делатности може проширити орган управе, доношењем управног акта којим се одређују (1) *делатности од посебног значаја за одбрану и безбедност Републике Србије* (министарство одбране) и (2) *послови неопходни за извршавање међународних обавеза Републике Србије* (могућа конкуренција различитих органа управе у зависности од надлежности).

Већ на први поглед је јасно да је списак делатности које се у домаћем праву сматрају делатностима од виталног значаја знатно шири од делатности које се таквима сматрају према међународним радним стандардима, према којима се виталним службама у ужем смислу сматрају искључиво оне чијим прекидом могу бити угрожени живот и лична сигурност или здравље целокупног или дела становништва, којима се у "јуриспруденцији" Комитета МОР за слободу удруживања сматрају *здравство, електродистрибуција, водоснабдевање, телефонија и контрола лета*²³³⁸.

С друге стране, радио и телевизија, металургија и рударство, пољопривреда и прехранбена индустрија, градски саобраћај и поштанске услуге, које је домаћи законодавац уврстио у *ex lege* круг виталних делатности, не сматрају се виталним службама у ужем смислу.²³³⁹ *Подсећамо да међународни радни стандарди дозвољавају проширење посебног режима штрајка и на делатности које stricto sensu нису од виталног значаја, али у којима штрајк, због обима или дужине, може изазвати стање акутне националне кризе и угрозити нормалне животне услове становништва, као и јавне службе од фундаменталног значаја*²³⁴⁰, каквим се сматрају, на пример, транспорт путника и робе, нарочито у сегменту железнице, метроа и трајекта, као и у лучке и поштанске делатности, али уз обавезу рестриктивног тумачења приликом одређивања виталних делатности у ширем смислу и неопходних операција током штрајка²³⁴¹.

Домаћи законодавац очигледно није узео у обзир потребу за рестриктивном квалификацијом појма виталних делатности, нити је направио било какву градацију

²³³⁷ ЗШ, чл. 9, ст. 2-4.

²³³⁸ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 544.

²³³⁹ *Ibid.*, т. 545.

²³⁴⁰ *Ibid.*, т. 556.

²³⁴¹ *Ibid.*, т. 563-568.

између могућности остваривања права на штрајк у виталним делатностима у ужем смислу и онима које могу постати виталне због свог обима или трајања. Посебно проблематичан аспект законског уређења представља постојање бланкетне норме, која даје овлашћења органима управе да управним актом категоризују одређене делатности као виталне.

Овако "растегљив" појам одређивања виталних делатности није изум домаћег права, будући да Комитет експерата МОП за примену конвенција и препорука извештава да бројне државе садрже одредбе којима се забрањује или ограничава штрајк у виталним делатностима, одређујући појам виталних делатности на најразличитије начине. Ипак, Комитет сматра једним од најекстремнијих модела законско решење које постоји у домаћем праву, а по коме орган управо може да својим актом учини одређену делатност виталном, чиме се могућа ограничења штрајка до те мере широко постављају, да чине штрајк у виталним делатностима лишеним сваког смисла.²³⁴²

3.3.2.2. Услови за ступање у штрајк

3.3.2.2.1. Посебна правила о најави штрајка

У посебном режиму штрајка, најава штрајка мора бити извршена *најдоцније 10 дана пре почетка штрајка* (уместо пет у општем режиму штрајка). Најава се врши не само достављањем одлуке о ступању у штрајк (што је довољно у општем режиму штрајка), већ и *изјаве организатора штрајка о начину обезбеђивања минимума процеса рада*²³⁴³.

Круг адресата којима се упућује најава штрајка се разликује у односу на општи режим, тако што је придружен надлежни орган локалне самоуправе, што има смисла, с обзиром да је суштина посебног режима штрајка управо обезбеђење сигурности људи и имовине, као и услова рада, тако да локална заједница има право да са штрајком буде благовремено упозната. С друге стране је, потпуно необјашњиво, из круга *numerus clausus* наведених адресата изостало удружење послодаваца, које је у општем режиму штрајка адресат најава код гранског и генералног штрајка, те сматрамо да је реч о пропусту приликом редакције законског текста, будући да управо удружење послодаваца може бити друга страна у гранском колективном

²³⁴² В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.*, стр. 21.

²³⁴³ ЗШ, чл. 10, ст. 1 и чл. 11.

радном спору у делатностима у посебном режиму штрајка (на пример, у случају штрајка у млекарској или пекарској индустрији), а у сваком случају, има право да буде непосредно упознато са штрајком на гранском и националном нивоу.

3.3.2.2.2. Одређивање минимума процеса рада

У посебном режиму штрајка, запослени не могу ступити у штрајк уколико претходно није утврђен (1) минимум процеса рада и (2) начин његовог остварења, односно тако организован штрајк би се аутоматски сматрао незаконитим.

Минимум процеса рада за јавне службе и јавна предузећа утврђује *оснивач*, а код послодаваца у приватном сектору утврђује *директор*, односно други статутарни заступник друштва, који су дужни да приликом доношења одлуке *узму у обзир мишљење, примедбе и предлоге синдиката*. Приликом утврђивања минимума процеса рада полази се преваходно од (1) *природе делатности* и (2) *степенa угрожености живота и здравља људи*, али се у обзир узимају и друге околности од значаја за остваривање потреба грађана, предузећа и других субјеката (годишње доба, туристичка сезона, школска година и др.).

Начин обезбеђивања минимума процеса рада утврђује се *општим актом који доноси послодавац*, у складу са колективним уговором, а *запослене који су дужни да раде за време штрајка ради обезбеђивања минимума процеса рада*, *одређује директор*, по прибављеном мишљењу штрајкачког одбора, најдоцније пет дана пре почетка штрајка.

Ако се најдоцније пет дана пре почетка штрајка не створе услови за обезбеђење минимума процеса рада, мере и начин за обезбеђење истог утврдиће *надлежни државни орган, односно надлежни орган локалне самоуправе*, најкасније до дана одређеног за почетак штрајка.²³⁴⁴

Очигледно је да *поступак утврђивања минимума процеса рада у домаћем праву не уважава међународне радне стандарде, који налажу да тај поступак треба да буде прожет начелима трипартизма*, док у домаћем праву одређивање минимума процеса рада одређује својим једностраним актом послодавац, само уз консултацију са синдикатом, чиме се једна од страна у спору без икаквог оправдања фаворизује. У том контексту је неприхватљиво и решење према коме минимум процеса рада, уколико не буде одређен код послодавца, може одредити надлежни државни орган, односно орган локалне самоуправе, јер иако није експлицитно наведено да је реч о

²³⁴⁴ ЗШ, чл. 10.

управној власти, такав закључак се намеће, чиме се управи дају неприхватљиво висока овлашћења са аспеката "јуриспруденције" надзорних тела МОР.

Поред тога, ово законско решење је несагласно и са Уставом Републике Србије, који гарантује право на штрајк и прописује да се исто може ограничити само законом, сходно природи или сврси делатности, што се директно дерогира бланкетном нормом Закона о штрајку, која упућује да се минимум процеса рада, који представља услов за ступање у штрајк у посебном режиму, утврђује једностраним актом послодавца ниже правне снаге од колективног уговора. Проф. Лубарда указује да је готово истоветна одредба Закона о штрајку из 1991. године проглашена неуставном, са следећим образложењем: "Како се само законом може прописати и утврдити начин остваривања слобода и права грађана, кад је то неопходно за њихово остваривање, па тако и остваривање права на штрајк, по мишљењу Уставног суда директор не може утврђивати начин на који се право на штрајк може остварити".²³⁴⁵ Управо са оваквим образложењем Уставни суд је оценио неуставном Уредбу о штрајку полицијских службеника, непосредно се позвавши и на одредбе чл. 11 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, које предвиђају могућност ограничења слобода удруживања искључиво законом. На жалост, Уставни суд није искористио прилику да се изјасни и о томе да ли је одређивање минимума процеса рада на начин извршен у неуставној Уредби, којом је било прописано да у минимуму процеса рада мора бити ангажовано 90% запослених у организационом делу у коме је штрајк организован и да прекиди рада могу трајати најдуже 30 минута, представљао повреду права на штрајк.²³⁴⁶

Наведени аргументи, чак и без детаљније анализе, наводе на несумњив закључак да (1) прешироко одређивање појма виталних делатности и (2) безначајна улога синдиката у одређивању минимума процеса рада, носе висок ризик обесмишљавања права на штрајк и чине неопходним да *de lege ferenda* нови закон о штрајку промовише начело трипартизма у одређивању појма виталних служби и минимума процеса рада.

Поред наведеног, проф. Лубарда с правом указује на то да је, упркос веома екстензивном одређивању појма виталних служби у којима је обезбеђивање минимума процеса рада услов за ступање у штрајк, домаћи законодавац пропустио да пропише обавезу обезбеђивања тзв. технолошког минимума процеса рада (*minimum safety service*), који међународни радни стандарди признају као услов штрајка

²³⁴⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1014-1015.

²³⁴⁶ З. Радуловић, Д. Костић, *op.cit.*, стр. 2

у делатностима која немају обележје виталних, али је одређени минимум процеса рада неопходан ради обезбеђивања сигурности опреме и машина, односно избегавања ненадокнадиве штете (на пример, у случају гашења топионице стакла), те предлаже да се *de lege ferenda* размотри увођење технолошког минимума процеса рада, поред минимума процеса рада у виталним делатностима (*minimum operational service*).²³⁴⁷

3.3.2.3. Обавеза покушаја мирног решавања спора

Закон о штрајку прописује обавезу страна у спору и представника јавне и локалне власти да, поред начелне обавезе преговарања у циљу мирног решења радног спора, у посебном режиму штрајка најкасније до дана одређеног за почетак штрајка понуде предлог за решавање спора и да са тим предлогом упознају запослене који су најавили штрајк и јавност.²³⁴⁸ Треба приметити да је, као и у општем режиму штрајка, ова обавеза декларативна, будући да није праћена механизмима за њено извршење, нити санкцијама у случају неизвршења.

Закон о мирном решавању радних спорова, с друге стране, прописује обавезу мирног решавања колективног радног спора у делатностима које су у посебном режиму штрајка. Обавеза се односи на приступање поступку мирења, подношењем предлога за мирење у року од три радна дана од дана настанка спора, а у случају изостанка таквог предлога, поступак мирења покреће по службеној дужности Републичка агенција за мирно решавање радних спорова²³⁴⁹. Поступак мирења у складу са овим законом траје 30 дана од дана отварања расправе, у ком периоду стране у спору треба да учине максималне напоре да постигну решење, који се на захтев страна у спору може продужити за још 30 дана²³⁵⁰.

Иако сврсисходност обавезног мирења налаже одлагање штрајка до окончања поступка мирења, на шта упућује и Препорука МОП бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи (чл. 6), ниједна одредба било ког од ова два закона не прописује да је обавезно мирење разлог за одлагање почетка штрајка.

Наведена неконзистентност указује на одсуство јасног законског концепта права на штрајк и необично постављање услова за остваривање тог права. Наиме,

²³⁴⁷ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1006.

²³⁴⁸ ЗШ, чл. 12.

²³⁴⁹ ЗМРРС, чл. 18 и 19.

²³⁵⁰ ЗММРС, чл. 28.

како указује проф. Лубарда, у страним правима је уобичајено да се обавезно мирeње или посредовање спроводи пре ступања у штрајк, као услов за остваривање тог права, док домаћи законодавац прописује обавезу посредовања (у општем режиму штрајка) и мирeња (у посебном режиму штрајка) током трајања штрајка, што значи да окончање мирног поступка решавања спора није услов за остваривање права на штрајк, услед чега се поставља питање сврхе обавезног мирeња, нарочито у посебном режиму штрајка. Даље, критици се излаже и решeње по коме се предлог мирног решeња спора очекује од штрајкачког одбора, који је предлог дао кроз штрајкачке захтеве и везан је одлуком о ступању у штрајк.²³⁵¹ Поред тога, мишљења смо да је постојеће законско решeње по коме улогу миритеља има надлежни орган или орган локалне самоуправе (с обзиром на овлашћење да предложи начин решeња спора), јако тешко бранити из барем два разлога: (1) према међународним радним стандардима, ову улогу не треба да има државни орган, већ независно тело; (2) чини нејасним начин мирeња, с обзиром да је ово решeње Закона о штрајку директно супротно законском решeњу прописаном касније донетим Законом о мирном решавању радних спорова, према коме се обавезно мирeње спроводи од стране лиценцираних миритеља Републичке агенције за мирно решавање радних спорова. Све претходно наведено захтева да се *de lege ferenda* ускладе Закон о штрајку и Закон о мирном решавању радних спорова у односу на спровођење поступка мирeња, као и да се домаћи законодавац определи (1) да ли ће обавезно мирeње/посредовање третирати као услов за остваривање права на штрајк, што је уобичајено у страним правима и у складу је са принципима удруживања утврђеним међународним радним стандардима или (2) ће поступак мирeња/посредовања третирати само као паралелни фасилитатор решавања радног спора који, међутим, ни на који начин не утиче на остваривање права на штрајк, што је већ садржано у постојећем законском решeњу.

3.4. Престанак штрајка

Закон о штрајку предвиђа два модалитета престанка штрајка: (1) споразумом страна у спору или (2) одлуком синдиката, односно већине запослених, о престанку штрајка²³⁵².

²³⁵¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, оп. cit., стр. 1012.

²³⁵² ЗПЗ, чл. 8, ст. 1.

Законом није изричито прописана могућност престанка штрајка арбитражном или судском одлуком донетом у колективном правном или интересном радном спору, али свакако да и "пресуђење" спора представља ваљан правни основ за окончање штрајка.

3.5. Правне последице учешћа у штрајку

3.5.1. Учешће у законитом штрајку

Организовање и учешће у законитом штрајку *не може за последицу имати престанак радног односа запослених, нити представљати основ за његову грађанскоправну одговорност (у односу на синдикате то није изричито прописано),²³⁵³ нити бити основ било какве казненоправне одговорности.*

Запослени који учествује у штрајку остварује основна права из радног односа, осим права на зараду, а права из социјалног осигурања - у складу са прописима о социјалном осигурању.²³⁵⁴ На рачун лапидарне синтагме о "остваривању основних права из радног односа" може се ставити низ замерки, јер је велики број важних материјалних питања оставила отвореним, међу којима ћемо издвојити она која сматрамо најважнијим.

*Прво, остаје нејасно да ли запослени за дане проведене у штрајку имају право на накнаду трошкова везаних за рад, конкретно трошкова превоза, исхране у току рада и регреса за годишњи одмор. По овом питању не постоји илустративна судска пракса, већ само спорадична службена мишљења министарства рада, које заузима став да запослени (1) *има право на трошкове превоза само за дане када је своје право на штрајк остваривао окупљањем у пословно-радним просторијама²³⁵⁵*, као и да (2) *има право на трошкове регреса за годишњи одмор пропорционално дужини годишњег одмора на који је стекао право, а на коју не утиче чињеница штрајка²³⁵⁶*, али да (3) *нема право на накнаду трошкова за исхрану током рада, без обзира да ли право на штрајк остварује окупљањем у радном простору или останком код куће, са аргументацијом да је право на "топли оброк" део зараде, на коју запослени у штрајку нема право²³⁵⁷.**

Друго, нејасан је статус запослених који пре ступања у штрајк или током

²³⁵³ ЗП, чл. 14, ст. 1.

²³⁵⁴ ЗП, чл. 14, ст. 2.

²³⁵⁵ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-774/2010-02 од 28.10.2010. године.

²³⁵⁶ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00228/2008-02 од 15.5.2008. године.

²³⁵⁷ Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-323/2007-02 од 17.5.2007. године.

штрајка стекну законски основ за одсуство са рада због привремене спречености са рада у смислу прописа о здравственом осигурању или право на годишњи одмор.

Према службеном мишљењу министарства рада, запослени који је *пре ступања у штрајк започео са коришћењем одсуства због привремене спречености за рад у складу са прописима о здравственом осигурању има право на накнаду зараде и не сматра се штрајкачем*²³⁵⁸, што сматрамо да не би требало да буде случај са запосленим који током штрајка стекне право на одсуство са рада по овом основу. Такође, мишљења смо да би право на коришћење годишњег одмора на које је члан штрајкачког одбора или учесник штрајка стекао право, требало да буде суспендовано за време штрајка, без обзира да ли је коришћење годишњег одмора започето пре почетка штрајка или би требало да започне током штрајка, по аналогији са прекидом коришћења годишњег одмора уколико наступи основ привремене спречености за рад.

Треће, остаје нејасно да ли се споразумом о престанку штрајка може договорити да ће послодавац активним учесницима штрајка надокнадити изгубљене зараде у целини или делимично. Наведено апострофирамо, јер овакви аранжмани нису неуобичајени у пракси, а *Уставни суд Србије стоји на становишту да се право штрајкача на накнаду зараде не може уговорити*, оцењујући да би таква одредба колективног уговора била супротна императивној норми Закона о штрајку, која прописује да учесник штрајка нема право на зараду, без остављања могућности да се ово питање другачије уреди²³⁵⁹.

Четврто, остаје потпуно нејасно која права из социјалног осигурања остварује запослени који учествује у штрајку, будући да *Закон о штрајку садржи бланкетну норму којом упућује на прописе из социјалног осигурања, при чему ниједан од тих прописа ни имплицитно не уређује то питање, тако да постоји потпуна правна празнина у погледу врста доприноса које би послодавац требало да уплати, као и основице за обрачун доприноса*, с обзиром на чињеницу да запосленима не исплаћује зараду. Министарство рада и Инспекција рада стоје на (усменом) становишту да је послодавац дужан да исплати све доприносе, без обзира што не исплаћује зараде, док се у литератури може наићи на ставове да је послодавац дужан да исплати само доприносе за пензијско и инвалидско осигурање²³⁶⁰ на најнижу прописану основицу²³⁶¹, што се изводи аналогијом са раније важећим

²³⁵⁸ Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 130-05-38/2005-02 од 30. јуна 2005. године.

²³⁵⁹ Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 115/2004 од 22. септембра 2005. године, објављена у "Сл. гласнику РС", бр. 100/2005 од 21. новембра 2005. године).

²³⁶⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1037. З. Радуловић, Д. Костић, *оп. cit.*, стр. 250

²³⁶¹ З. Радуловић, Д. Костић, *оп. cit.*

Законом о основама пензијског и инвалидског осигурања, који је експлицитно прописивао да се период трајања штрајка признавао у стаж осигурања, иако запослени током штрајка није остваривао право на зараду.

Без упуштања у детаљну анализу овог питања, јасно је да ова количина правних празнина, када се узму у обзир сви претходно разматрани недостаци правног режима штрајка, захтевају ургентна *de lege ferenda*, будући да правна неизвесност у погледу материјалних права за време штрајка има потенцијал да додатно обесхрабри запослене да ступе у штрајк, обесмишљавајући тиме ово право.

Запосленима који не учествују у штрајку, послодавац је дужан да обезбеди да раде и да им исплаћује зараду као и у редовним условима, али *без права да за нештрајкаче предвиди повољнију зараду или друге повољније услове рада за запослене који не учествују у штрајку*, будући да је домаћи законодавац, у складу са међународним радним стандардима, такву могућност изричито искључио.²³⁶² Обавезу исплате зараде послодавац има и према запосленима који су, упркос израженој вољи за ступањем у штрајк, обавезни да у посебном режиму штрајка раде у циљу обезбеђивања минимума процеса рада.²³⁶³

Послодавац нема право да врши екстерна запошљавања ради замене учесника законитог штрајка, али му *није забрањено да одсуство штрајкача са рада компензује интерним премештајима запослених* који нису ступили у штрајк, за шта *постоји и одговарајући правни механизам*, ако су послови штрајкача и нештрајкача еквивалентни у погледу потребних професионалних квалификација, уз обавезу послодавца да привремено премештеном нештрајкачу исплати зараду оног радног места која је за њега повољнија²³⁶⁴.

3.5.2. Учешће у незаконитом штрајку

3.5.2.1. Радноправне последице

Организатори штрајка, односно учесници у незаконито организованом штрајку не уживају заштиту од радноправне одговорности, односно дисциплинске

²³⁶² ЗП, чл. 15.

²³⁶³ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 6882/2013 од 4.12.2013. године; Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00473/2011-02 од 27.7.2011. године.

²³⁶⁴ У складу са чл. 15 ст. 1 Закона о штрајку, забрањено је само запошљавање нових лица ради замене учесника у штрајку, док у складу са чл. 172а Закона о раду послодавац има право да запосленог у случају неодољне потребе за обављањем одређених послова, послодавац може запосленог да на исте премести решењем, без обавезе понуде за закључење анекса, под условом да је реч о одговарајућим пословима, да премештај не траје дуже од 45 радних дана и да запослени задржи зараду са својих матичних послова, ако је иста повољнија.

одговорности и отказа због повреде радне обавезе²³⁶⁵.

У складу са изричитим законским одредбама, *члан штрајкачког одбора или учесник у штрајку* који штрајк организује и води на начин којим се (1) *угрожава безбедност лица и имовине или здравље људи* или који (2) *спречава запослене који не учествују у штрајку да раде*, односно (3) *онемогућава наставак рада* по окончању штрајка или (4) *спречава послодавца да користи средства* и располаже средствима којима послодавац обавља делатност, чини повреду радне дужности за коју се може изрећи мера престанка радног односа.

Додатно, запослени у делатностима које су у посебном режиму штрајка, који *одбије да изврши налог послодавца издат ради обезбеђивања минимума процеса рада*, чини повреду радне дужности за коју се може изрећи мера престанка радног односа²³⁶⁶, у ком случају се послодавцу, *изузетно од генералне забране, признаје право да ангажује нове раднике ради замене штрајкача који одбијају да раде на пословима неопходним за обезбеђење минимума процеса рада*²³⁶⁷.

3.5.2.2. Грађанскоправне последице

Учешће у незаконитом штрајку представља истовремено и *основ грађанскоправне (материјалне) одговорности* синдиката и запослених за штету нанету послодавцу²³⁶⁸.

Домаће право не садржи ближе одредбе о обиму материјалне одговорности, из чега се може закључити да је иста неограничена, те да би послодавац могао да потражује целокупан износ стварне штете и измакле добити због незаконито организованог штрајка.

3.5.2.3. Казненоправне последице

Организовање и учешће у незаконитом штрајку представља пре свега основ прекршајне одговорности. Прекршајно одговорни могу бити организатори и учесници штрајка, као и послодавац.

Основе прекршајне одговорности организатора и учесника штрајка

²³⁶⁵ ЗШ, чл. 14, ст. 3.

²³⁶⁶ ЗШ, чл. 18, ст. 2-3.

²³⁶⁷ ЗШ, чл. 15, ст. 1.

²³⁶⁸ ЗШ, чл. 14, ст. 3 у вези става 1.

представљају (1) *спречавање запослених који не учествују у штрајку да раде* и (2) *одбијање сарадње/ поступању по налозима послодавца ради обезбеђивања минимума процеса рада*²³⁶⁹.

Основе прекршајне одговорности послодавца представљају (1) *непрописивање/необезбеђивање минимума процеса рада*, (2) *нова запошљавања ради замене учесника у штрајку*, (3) *спречавање учешћа у штрајку*, (4) *употреба принуде ради окончања штрајка*, (5) *предвиђање повољније зараде или других погодности за запослене који не учествују у штрајку*²³⁷⁰.

Незаконито организовање и вођење штрајка може бити и предмет кривичноправне одговорности, превасходно организатора штрајка, који чини кривично дело "*Злоупотреба права на штрајк*" уколико је тај штрајк резултирао конкретном *опасношћу по живот или здравље људи или имовину већег обима или ако су услед тога наступиле друге тешке последице*, што је у складу са међународним радним стандардима који препоручује да миран штрајк, чак и ако је незаконит, не буде санкционисан затворском казном²³⁷¹.

Незаконито спречавање штрајка такође може бити предмет извршења кривичноправне одговорности послодавца, који чини кривично дело "*Повреда права на штрајк*", уколико *силом, претњом или на други противправан начин спречи или омета запослене да организују или учествују у законитом штрајку или отпусти једног или више запослених због њиховог учешћа у законитом штрајку који је организован у складу са законом или их на други начин доведе у неповољан положај*²³⁷².

4. Друге врсте индустријске акције запослених

4.1. Бојкот

4.1.1. Појам бојкота

Бојкот (*boycott*) представља облик пратећег колективног деловања запослених у штрајку, који се састоји у томе што синдикат, који је у колективном радном спору

²³⁶⁹ ЗШ, чл. 20. За ове прекршаје забрањена је новчана казна у распону од 40.000 до 50.000 динара.

²³⁷⁰ ЗШ, чл. 19. За ове прекршаје забрањене су казне у распонима од: 800.000 до 1.000.000 динара за послодавца који је правно лице, 400.000 до 500.000 за предузетника и 40.000 до 50.000 за одговорно лице код послодавца који је правно лице.

²³⁷¹ Кривични законик - КЗ ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016), чл. 167. За извршење овог кривичног дела забрањена је затворска казна до три године.

²³⁷² КЗ, чл. 166. За ово кривично дело забрањена је новчана казна или затвор до две године.

са својим послодавцем, позива пословне партнере свог послодавца (примарни послодавац) или другог послодавца који одржава пословну сарадњу са послодавцем (секундарни послодавац) да не купују производе и не користе услуге примарног и/или секундарног послодавца док траје колективни радни спор.

4.1.2. Врсте бојкота

Могуће је више класификација бојкота, али најзначајнија је на примарни и секундарни бојкот. *Примарни бојкот* синдикат предузима против свог (примарног) послодавца, позивањем пословних партнера примарног послодавца да током штрајка не купују његову робу и не користе његове услуге. У страним правима примарни бојкот је углавном допуштен ако је штрајк због кога је организован законит (на пример, у америчком и немачком праву). *Секундарни бојкот* је вид индустријске акције који синдикат примарног послодавца предузима против другог (секундарног послодавца) и састоји се у позиву пословним партнерима секундарног послодавца да за време штрајка код примарног послодавца, са којим секундарни послодавац наставља сарадњу, не купују робу и не користе услуге секундарног послодавца. Националним прописима је, по правилу, забрањен, јер је усмерен против послодавца који није укључен у колективни радни спор (на пример, у британском, америчком и италијанском праву). Неће се, ипак, сматрати секундарним бојкотом индустријска акција усмерена против секундарног послодавца уколико су примарни и секундарни послодавац повезана лица у ширем смислу те речи (по основу својине, контроле или интегрисаних процеса, тзв. доктрина пословног савезништва - *ally doctrine*).²³⁷³

4.2. Пикетинг

4.2.1. Појам пикетинга

Пикетинг (*picketing*) или штрајкачка стража је облик колективног деловања синдиката/запослених, који може представљати пратеће деловање током штрајка

²³⁷³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1046. Неће се, ипак, сматрати секундарним бојкотом индустријска акција усмерена против секундарног послодавца уколико су примарни и секундарни послодавац повезана лица у ширем смислу те речи (по основу својине, контроле или интегрисаних процеса, тзв. доктрина пословног савезништва - *ally doctrine*).

или самосталну индустријску акцију, а изражава се у окупљању групе запослених у близини/испред улаза у круг пословних просторија послодавца, у циљу мирног одвраћања запослених од рада за послодавца и ради обавештавања јавности о природи колективног радног спора и оправданости захтева запослених, односно синдиката²³⁷⁴.

Пикетинг је, пре свега, карактеристика англосаксонског права и своје порекло има у чињеници да је, због израженог карактера својинских овлашћења приватног послодавца, запослени у штрајку не могу остати у кругу пословних просторија послодавца, који има право не само да у пуном капацитету користи своја средства за рад и пословне просторије, већ често и да ангажује штрајкбрехере на радним местима штрајкача (на пример, америчко и канадско право)²³⁷⁵.

4.2.2. Врсте пикетинга

У правној теорији и националним системима постоје различите класификације пикетинга, при чему је значајна превасходно подела на примарни и секундарни пикетинг. *Примарни пикетинг* организује синдикат са послодавцем са којим је у колективном радном спору (примарни послодавац), испред просторија тог послодавца и уз учешће запослених тог послодавца. *Секундарни пикетинг* организује синдикат примарног послодавца са којим је синдикат у колективном радном спору, испред пословних просторија секундарног послодавца који сарађује са примарним послодавцем, како би се извршио утицај на секундарног послодавца да током трајања радног спора прекине пословну сарадњу са примарним послодавцем и исти се, по правилу, сматра недопуштеним, осим када су примарни и секундарни послодавац повезана лица²³⁷⁶.

4.3. Питање допуштености бојкота и пикетинга у домаћем праву

Право на штрајк је једини вид индустријске акције који је предмет уставних и законских гаранција у домаћем праву. С обзиром да бојкот и пикетинг нису предмет регулисања, оправдано се поставља питање да ли су ови видови

²³⁷⁴ *Ibid.*, стр. 1047.

²³⁷⁵ *Ibid.*, стр. 1053.

²³⁷⁶ Опширније у: *Ibid.*, стр. 1050-1052.

индустријске акције имплицитно дозвољени или, пак, забрањени у правном поретку Републике Србије.

Чини се да *формулација Устава, као акта највише правне снаге, индикује могућу забрањеност бојкота*, из следећих разлога. *Прво*, члан 49 Устава забрањује свако изазивање и подстицање сваке неправедности, мржње и нетрпељивости. *Друго*, члан 84 Устава прописује да сви имају једнак правни положај на тржишту. *Треће*, члан 90 Устава посебно забрањује радње усмерене против здравља, безбедности и приватности потрошача, као и све нечасне радње на тржишту. Стога би се позивање трећих лица да не купују робу/користе услуге послодавца, само на основу једностраног становишта једне од страна у колективном радном спору, могло сматрати нелегитимним нарушавањем равноправности послодавца и довођењем у његов неједнак положај на тржишту, као и нарушавањем приватности потрошача. Сматрамо да би тим пре са аспекта Уставних одредби био забрањен секундарни бојкот.

Што се тиче пикетинга, проф. Лубарда са правом запажа да је *недозвољеност пикетинга чак имплицитно садржана у закону*. *Прво*, одредбом члана 5 став 3 Закона о штрајку прописано је да "*ако се штрајк испољава окупљањем запослених, место окупљања учесника у штрајку не може бити ван пословних - радних просторија, односно ван круга пословног простора запослених који ступају у штрајк*"²³⁷⁷. *Друго*, чланом 7 став 3 Закона о штрајку прописано је да "*штрајкачки одбор и запослени који учествују у штрајку не смеју спречавати запослене који не учествују у штрајку да раде*". Стога, имајући у виду да су обележја пикетинга (1) окупљање испред пословног простора послодавца и (2) "убеђивање" других запослених да не треба да раде, закључује се да, како есенцијално истиче проф. Лубарда, у домаћем законодавству не само да није признато право на пикетинг, већ нема ни слободе пикетинга²³⁷⁸.

Недопуштеност пикетинга у домаћем праву могуће је објаснити наслеђем из предтранзиционог периода, када су се запослени, уместо у друштвеним предузећима, окупљали испред државних институција, као стварних центара моћи од којих су очекивали испуњење штрајкачких закона, што је пракса коју је законодавац приликом доношења Закона о штрајку вероватно хтео да прекине. Ипак, у контексту углавном окончане приватизације, потребе заштите својинских права и слободе предузетништва послодавца, те коначно и легитимних права

²³⁷⁷ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *оп. cit.*, стр. 264.

²³⁷⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *оп. cit.*, стр. 1052.

радника да на одговарајући начин, путем мирног пикетинга, предузму колективну акцију усмерену на јачање солидарности и вршење притиска послодавца, у правној теорији се оцењује потребним увођење овог вида индустријске акције у домаћи правни систем²³⁷⁹.

5. Локаут

5.1. Појам локаута

Локаут (*lock-out*) се може дефинисати као облик индустријске акције којом послодавац, поводом колективног радног спора, привремено затвара место рада, односно искључује запослене са рада, са циљем да ускраћивањем зарада створи економски притисак на запослене/синдикат како би одређени колективни радни спор био решен у његову корист²³⁸⁰. Овај вид индустријске акције представља неку врсту привремене мере забране запосленима да дођу на рад код послодавца и да користе његова средства за рад, односно једностране суспензије уговора о раду, пошто се запосленима онемогућава да раде и зараде.²³⁸¹ У томе је уједно и највећа разлика између локаута и отказа уговора о раду, будући да локаут представља само привремени прекид радног односа, док отказом уговора о раду радни однос трајно предстаје. Локаут, такође, треба разликовати и у односу на упућивање запослених на одсуство због привременог прекида рада (*lay-offs/stand-down*), будући да је та врста одсуства узрокована привременим недостатком посла, док код локаута не постоји ни привремени престанак потребе за радом запослених, већ је искључење са рада последица намере послодавца да запослене онемогући да раде.²³⁸²

5.2. Правни режим локаута

Универзалним радним стандардима није предвиђено право послодавца на локаут, као што није експлицитно предвиђено ни право запослених на штрајк. Међутим, док се закључак о праву на штрајк, као фундаменталном социјалном праву, изводи из

²³⁷⁹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције*, *op. cit.*, стр. 264-265.

²³⁸⁰ Chris Briggs, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21/3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2005., стр. 482.

²³⁸¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1054-1055.

²³⁸² C. Briggs, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *op. cit.*, стр. 482.

Конвенције МОР бр. 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права, за симетрично закључивање у односу на локаут не постоји правни основ. Ипак, *МОР задржава прилично неутралан приступ праву на локаут*, не искључујући могућност признавања овог права националним законодавствима и пракси, што се може закључити из текста Препоруке МОР бр. 92 о добровољном мирењу и арбитражи, која сугерише уздржавање од штрајка и локаута до окончања поступка мирног решавања спора, као и из закључка Комитета МОР за слободу удруживања²³⁸³, који као једну од компензаторних гаранција за ограничавање права на штрајк у виталним службама предвиђа "кореспондентно искључивање" права послодавца на локаут²³⁸⁴.

Европски радни стандарди експлицитно признају право радника и послодавца на колективну акцију у случају сукоба интереса, декларишући га као интегрални део права на колективно преговарање и легитимно средство за решавање колективног радног спора у случају сукоба интереса.

Одредбе о правима радника и послодавца на колективну акцију у том смислу садржане су у *Европској социјалној повељи* (чл. 6), *Комунитарној Повељи о основним социјалним правима радника* (т. 12 до 14) из 1989. године и *Повељи о фундаменталним правима у ЕУ* (чл. 28) из 2000. године.

Ипак, *Европски комитет за социјална права не сматра право на локаут симетричним праву на штрајк* и не даје му атрибут фундаменталног социјалног права, те у том контексту истиче да, иако право на локаут представља главни и легитиман облик колективног деловања послодавца за заштиту својих интереса, посебно у случају злоупотребе права на штрајк којим се угрожава безбедност лица и имовина послодавца, *држава чланица која ратификује ЕСПИ није дужна да призна послодавцима право на локаут, а забрана локаута неће се сматрати супротном принципима Повеље*²³⁸⁵.

У страним правима поглед на локаут је врло различит и протеже се од забране локаута до његове афирмације, као права симетричног праву на штрајк. Примера ради, право на локаут није признато у Француској, Грчкој, Русији, Пољској, Србији, Црној Гори, док је законом признато у Канади, Шпанији, Мађарској, Хрватској, Словенији и скандинавским земљама, а судским путем признато у Немачкој, Италији, САД и Јапану²³⁸⁶.

²³⁸³ Препорука бр. 92, т. 6.

²³⁸⁴ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 551.

²³⁸⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1060.

²³⁸⁶ *Ibid.*, стр. 1058; С. Briggs, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *op. cit.*, стр. 483-484.

У аустралијској правној теорији начињен је интересантан покушај класификације правних система у односу на питање локаута, према којој је могуће идентификовати три различите групе индустријских система: (1) *системе који забрањују локаут* - јужнопацифички арбитрални модел и јужноевропски корпоративистички модел, (2) *системе плуралистичког еквилибријума* - модел чланица ОЕБС и (3) *системе који неограничено дозвољавају локаут* - јужнопацифички неолиберални модел.

Јужнопацифички арбитрални модел историјски је постојао у Аустралији и на Новим Зеланду, где је забрана локаута била директно везана за богато разрађене механизме *обавезног мирења и арбитраже*, док *Јужноевропски корпоративистички модел постоји у Португалу, Грчкој, Шпанији и Италији*, у којима је забрана (Португал и Грчка), односно веома рестриктиван однос према локауту (Италија и Шпанија) наслеђе фашистичких режима, где је забрана локаута била један од облика државне репресије над грађанским друштвом, аутономним организацијама и интересним конфликтима.²³⁸⁷

Модел плуралистичког еквилибријума, развијен међу чланицама ОЕБС, обухвата јако велики број различитих правних система и система индустријских односа, које повезује заједничко схватање да *локаут треба да буде правно признат, али дозвољен под тачно одређеним условима, односно ако је дефанзиван, ако представља ultima ratio и ако не резултира угрожавањем фундаменталног права радника на штрајк*, колективно преговарање и слободу удруживања²³⁸⁸, при чему је најрестриктивнији модел присутан у немачком праву, најлибералнији у америчком праву, док су остали системи негде између.²³⁸⁹

Неолиберални јужнопацифички модел присутан је у савременом систему индустријских односа Аустралије, а током деведесетих година прошлог века и Новог Зеланда и подразумева изузетно либералан режим локаута, који укључује офанзивне и временски неограничене локауте, а оно што овај модел битно разликује од било ког другог упоредног права у претходна два модела је то да *исти не мора имати за циљ само притисак на синдикате за закључење колективног уговора, већ и непосредни притисак на групу запослених да закључе колективни уговор са послодавцем, као притисак на индивидуалне запослене (чланове синдиката и несиндикализоване запослене) ради закључења индивидуалног уговора о раду*, тзв. *Australian Workplace Agreements (AWAs)*²³⁹⁰. *Новозеландски модел* је био

²³⁸⁷ C. Briggs, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *op. cit.*, стр. 486-487.

²³⁸⁸ Chris Briggs, "Lockout law in Australia: into the mainstream?", *Australian Centre for Industrial Relations Research and Training*, Sydney, 2005, стр. 26.

²³⁸⁹ C. Briggs, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *op. cit.*, стр. 488-494.

²³⁹⁰ C. Briggs, "Lockout law in Australia: into the mainstream?", *op. cit.*, стр. 4-24.

још екстремнији, па је дозвољавао тзв. делимични локаут ("*partial lockout*"), коме је послодавац могао прибећи најавом намере да једнострано одступи од колективног или индивидуалних уговора о раду и истовремено захтевати закључење колективног уговора, што ако запослени не прихвате може резултирати *делимичним локаутом, односно фактичком редукцијом услова рада без ефективног искључења запослених са рада*²³⁹¹.

У сваком случају, разлике у националним решењима условљене су различитим правним, социјалним, економским, етичким, па и политичким погледима на *легитимност локаута*.

Тако, *системи који признају право на локаут*, његову легитимност објашњавају потребом да се успостави симетрија између колективне акције запослених и послодавца, *у циљу очувања равнотеже моћи социјалних партнера и равнотеже средстава, односно потребом да се очувају поштени радни односи између страна у колективном радном стору* (САД, Канада, Немачка, Јапан, скандинавске земље). Међутим, чак ни ова филозофија не води неограниченом признавању права на локаут, већ се оно установљава преваходно као средство одбране од штрајка, дакле као одбрамбени (дефанзивни) локаут.²³⁹²

С друге стране, правни системи који забрањују локаут полазе од тога да локаут *не може да буде легитимно признат као еквивалент права на штрајк* (осим изузетно и само код незаконитог штрајка), *с обзиром на а priori постојећу неједнакост између послодавца и радника/синдиката која почива на економској надмоћи послодавца*, тако да се признавањем права на колективну акцију запосленима/синдикатима компензује супериоран положај послодавца и успоставља неопходан баланс, који би конституисањем права на локаут био нарушен, а колективна акција запослених/синдиката била лишена своје сврхе и делотворности²³⁹³. У том смислу се веома илустративно изјаснио Уставни суд Јужноафричке републике, који је, потврђујући право на штрајк као уставно право у овој држави, одбацио захтев за успостављање симетричног права на локаут, са образложењем да су право на колективно преговарање и право на штрајк средства неопходна запосленима, како

²³⁹¹ Rebecca Macfie, "Employer's use of lockouts under the Employment Contracts Act 1991: a new balance of power?", *New Zealand Journal of Employment Relations*, 1992., стр. 321-326. У складу са наведеним законом, локаут је био, запањујуће за модерне системе демократских плуралистичких односа, дефинисан као акт послодавца који се састоји у затварању, суспензији или прекиду целокупног или дела пословања, или целовитог или делимичног прекида запослења појединих запослених, или у прекиду свих или неких уговора о пружању услуга, или у одбијању ангажовања стално запослених код послодавца, са циљем притиска на запослене или помоћи другом запосленом да изврши притисак на своје запослене, да прихвате услове запослења или прихвате друге захтеве послодавца.

²³⁹² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1055, 1059.

²³⁹³ *Ibid.*, стр. 1055-1056, 1059.

би могли да се супротставе већој економској и друштвеној снази послодавца, док послодавцима локаут није неопходан, будући да имају на располагању цео арсенал економског оружја, као што су право на отказ, замену штрајкача, удаљавање штрајкача са радних места, као и право на једнострано наметање нових услова рада²³⁹⁴.

5.3. Врсте локаута

Класификацију локаута је могуће извршити према различитим критеријумима, међу којима издавајмо критеријум момента организовања у односу на штрајк, будући да исти детерминише и допуштеност локаута, те има највећи теоријски и практични значај. Према том критеријуму, могуће је разликовати превентивни/офанзивни, одбрамбени/дефанзивни или реторзиони локаут.

Превентивни/офанзивни локаут је врста локаута коме послодавац прибегава у току интересног колективног радног спора пре него што је до штрајка дошло, а управо са циљем спречавања штрајка. У страним правима овај облик локаута се по правилу сматра недопуштеним, јер представља повреду обавезе преговарања у доброј вери, будући да се започиње у тренутку када пословање предузећа није реално и озбиљно угрожено, због чега је послодавцима који прибегну овој врсти индустријске акције у страним правима забрањена прекршајна одговорност и обавеза накнаде изгубљене зараде радницима који су незаконито искључени са рада.²³⁹⁵

Одбрамбени/дефанзивни локаут је врста локаута којој послодавац прибегава када је штрајк већ започео, како би смањио штету која настаје као последица штрајка. По правилу се организује као противмера делимитичним, кружним и категоријалним штрајковима, посебно штрајку "тромбоза", који за послодавца представљају највећи економски терет, будући да истовремено има губитке услед престанка рада и додатно има обавезу исплате зарада запосленима који нису у штрајку, без обзира на њихову реалну непродуктивност. Стога је ова врста локаута често дозвољена и у индустријским системима који начелно забрањују локаут, као на пример у Француској.²³⁹⁶

Реторзиони локаут је облик локаута којим се штрајкачима онемогућава повратак на рад по окончању штрајка. Овај облик локаута је у највећем броју држава

²³⁹⁴ В. Неппле, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 14.

²³⁹⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1061.

²³⁹⁶ *Ibid.*, стр. 1061-1062.

забрањен и сматра се кршењем уговорних обавеза, а тако га посматра и Комитет МОР за слободу удруживања, који оцењује да би омогућавање послодавцу да одбије да по окончању штрајка врати на рад све или неке штрајкаче било неконзистентно остваривању права на штрајк и да у том случају треба запосленима признати право да пред независним судом или трибуналом оспоравају такве отказе²³⁹⁷.

5.4. Правне последице локаута

Правне последице локаута зависе од тога да ли се исти сматра законитим или незаконитим.

Последице законитог локаута су суспензија уговора о раду и мировање радног односа, чиме привремено престаје обавеза послодавца да запосленима обезбеди рад и исплаћује зараду, с тим што се може предвидети обавеза послодавца да исплаћује доприносе за обавезно социјално осигурање на основици минималне зараде. Законити локаут овлашћује послодавца да, у случају отпора запослених према напуштању радних места, судским путем захтева испражњење пословних просторија.²³⁹⁸

Последице незаконитог локаута су обавеза послодавца да запосленима исплати накнаду изгубљене зараде за време искључења са рада, као и да синдикату надокнади изгубљену чланарину, а у већем броју законодавстава се прописују и прекршајне санкције²³⁹⁹.

5.5. Питање дозвољености локаута у домаћем праву

У домаћем праву није дозвољен ниједан облик локаута, чак ни у случају незаконитог штрајка. Ово је резултат наслеђа из самоуправног периода, коме је концептуално неприхватљиво било признавање права друштвеног предузећа на локаут.

Изостанак могућности одбрамбеног локаута може довести послодавце у посебно тешку ситуацију у случају штрајка у виталним деловима предузећа, тзв. штрајка "тромбоза", који се толерише у домаћем праву и ствара обавезу за

²³⁹⁷ *Ibid.*, стр. 1062. *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 722.

²³⁹⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, стр. 1063-1064.

²³⁹⁹ *Ibid.*

послодавца да запосленима који нису у штрајку исплаћује зараде, упркос томе што због застоја рада у виталним деловима није у могућности да генерише приходе. У том контексту сматрамо да би требало *de lege ferenda* размотрити корекцију концепције, тако да се или ближе уреде услове за ступање у делимични штрајк и онемогући штрајк "тромбоза", или да се послодавцу остави могућност да, под веома рестриктивним условима, у случају ове или друге незаконите и штетне индустријске акције, ипак стекне могућност да у одређеном поступку оствари право на одбрамбени локаут. Имајући у виду висок степен дисбаланса између штрајкачке моћи запослених/синдиката и послодаваца, у корист послодаваца, могло би се размотрити решење да се право на локаут може у том случају остварити као нека врста судске привремене мере, како би се минимизирала могућност арбитрерних одлука и злоупотреба.

6. Подесност и делотворност индустријске акције у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањима

6.1. Уводне напомене

Испитивање *подесности* индустријске акције за решавање радних спорова у вези са колективним отпуштањима подразумева утврђивање *допуштености* индустријске акције као легалног и легитимног средства за (1) спречавање колективних отпуштања као нужних последица економских одлука власника капитала/управе предузећа и (2) решавање индивидуалних и колективних, правних и интересних радних спорова који могу настати у оквиру самог спровођења поступка колективног отпуштања.

Испитивање *делотворности* индустријске акције у решавању радних спорова у вези са колективним отпуштањима подразумева утврђивање *адекватности и ефикасности индустријске акције* у решавању радних спорова који настану у вези са тим процесима, са аспекта природе ових спорова и постојећег и перспективног друштвено-економског контекста у којима долази до колективних отпуштања.

6.2. Подесност индустријске акције за спречавање колективних отпуштања као последица економских одлука власника капитала/управе предузећа

Индустријска акција која се овде има у виду је колективно деловање запослених до кога долази због саме најаве управе да ће доћи до реструктурирања које ће резултирати колективним отпуштањима запослених. Дакле, ова индустријска акција настаје ван контекста било каквог конкретног индивидуалног или колективног радног спора, већ искључиво као последица противљења запослених и/или синдиката масовном губитку запослења, а тиме и опадању синдикалног чланства.

С обзиром да овај вид индустријске акције запослених има за циљ директно мешање синдиката и запослених у економске одлуке послодавца које се тичу управљања предузећем и које се у теорији радног права сматрају вршењем легитимних управљачких овлашћења, чије су границе омеђене одређеним степеном партиципације запослених у овим процесима, поставља се питање допуштености ове врсте индустријске акције, односно (не)постојања права на страни синдиката и запослених да поводом ове врсте одлука послодавца ступају у штрајк или покрећу други вид колективног деловања.

Наведено питање мора се поставити јер ове врсте индустријске акције не представљају реткост у пракси индустријских односа. Тако, крајем прве деценије овог миленијума, талас различитих видова индустријске акције запослених и синдиката је поплавио Европу, највише Француску, а повод су била колективна отпуштања, утврђивање отпремнина, затварање фабрика или њихово премештање на друге дестинације са нижим зарадама и животним стандардом²⁴⁰⁰. Тај талас није заобишао ни Србију, тако да је априла 2010. године, репрезентативни синдикат предузећа "Књаз Милош", које је један од симбола српске привреде, најавио штрајк након саопштења послодавца да ће доћи до отпуштања 106 запослених, тражећи да послодавац одустане од најављеног отпуштања²⁴⁰¹.

Одговор на питање дозвољености ове врсте индустријске акције није ни једноставан нити једнозначан и зависи преваходно од система индустријских плуралистичких односа присутних у одређеном националном законодавству и

²⁴⁰⁰ Lorenzo Bordogna, "Strikes in Europe: Still a Decade of Decline or the Eve of a New Upsurge", *The Indian Journal of Industrial Relations*, Vol. 45, No. 4/2010, стр. 658.

²⁴⁰¹ Нада Новаковић, *Раднички штрајкови и транзиција у Србији од 1990. до 2015. године*, Rosa-Luxemburg-Stiftung Southeast Europe и Институт друштвених наука, 2017, стр. 243.

концепције права на штрајк, као основног облика индустријске акције на страни запослених.

У страним правима у којима је концепт штрајка изведен из права на синдикално организовање и колективно преговарање, односно у којима је штрајк схваћен искључиво као средство за решавање интересних колективних радних спорова у вези са преговорима за закључење/ревизију колективног уговора, као што су то немачко и пољско право, штрајк чији је предмет спречавање спровођења економских одлука управе које резултирају колективним отпуштањима сматрао би се недопуштеним и у том погледу закључак је јасан.

Ситуација је, међутим, далеко комплекснија у системима у којима могући предмет штрајка превазилази оквире интересног колективног радног спора по питањима која могу бити предмет колективног уговора, већ захвата шире радно-професионалне и социјално-економске интересе запослених, без обзира да ли је искључиви титулар права на организовање штрајка синдикат, као што је то случај у шведском праву, или је право на организовање штрајка схваћено као индивидуално право запослених које се колективно остварује, као што је то случај у француском и италијанском праву.

Управо таква концепција постоји у домаћем праву, које могуће циљеве штрајка веома екстензивно поставља, као "професионалне и економске интересе по основу рада" запослених који организују штрајк. Несумњиво је да професионални и економски интереси по основу рада по дефиницији подразумевају тежњу за задржавањем радног односа на неодређено време и стабилних прихода од рада код послодавца. Поставља се, међутим питање, да ли се ти интереси могу легитимно супротставити интересу предузећа да одговори на одређене спољне или унутрашње факторе отпуштањем запослених, у мери која чини оправданом блокаду рада предузећа и нужно наношење материјалне штете? Ово питање је веома осетљиво и у непосредној вези са могућношћу ограничавања послодавца да одлучују о колективним отпуштањима и границама овлашћења судова да цене садржину тих одлука, о чему, видели смо, постоји низ изнијансираних ставова, међу којима ипак преовлађују они према којима одлучивање о колективним отпуштањима представља аутономно и суверено право послодавца, које трећа лица немају легитимитет или потребну експертизу да компетентно оспоравају.

Поред тога, гаранције права на рад и начело стабилности запослења не дају запосленом "право својине" на конкретног послодавца и радно место, иманентно

фордистичком концепту радних односа, већ му само гарантују заштиту од неоправданог отказа, гаранцијама заштите од престанка радног односа без ваљаног отказног разлога и спровођења прописаног отказног поступка. С обзиром да је предмет штрајка против колективног отпуштања усмерен на остваривање права на сталност радног места, односно заштиту од отказа као таквог, а не заштиту од неоправданог отказа, поставља се питање легитимитета таквог захтева, јер се штрајком жели постићи нешто што нема утемељење у закону.

С друге стране, есенцију радног права чине не само права, већ и интереси, посебно када је реч о колективним радним односима. Управо ти интереси чине покретачку снагу и битан еволутиван фактор који је историјски водио томе да норме радног права не остану "заковане у камену и заробљене у времену" и да се мењају сагласно променама у суштинском карактеру радних, друштвених и економских односа. У том контексту, легитиман интерес запослених да не остану без посла ако то није неопходно, на шта упућује и концепција ваљаних отказних разлога у међународном праву, те стварног и озбиљног разлога у француском праву, односно социјално оправданог отказа у немачком праву, чини оправданим стварање притиска на послодавца, путем индустријске акције, да још једном преиспита алтернативне могућности унапређења пословања, које ће у већој мери уважити потребу за очувањем запослења, тако да масовна отпуштања ипак буду *ultima ratio*.

Додатни легитимитет штрајковима чији је циљ спречавање колективних отпуштања у домаћем праву би се могао наћи у ниском нивоу гаранција права запослених за случај колективних отпуштања у односу на међународне радне стандарде и стандарде заштите који постоје у посматраним националним правима. Наиме, у ситуацији када послодавци имају врло екстензивна овлашћења за доношење одлука о технолошким, економским и организационим променама које резултирају престанком потребе за радом запослених, када судови те одлуке не преиспитују, осим у флагрантним случајевима злоупотреба на индивидуалном нивоу, а јединог адресата комуникације у вези поступка решавања вишка запослених представљају репрезентативни синдикати са безначајним овлашћењима у тим поступцима, колективна отпуштања постају једноставан механизам за решавање привремених проблема у пословању, посебно у ситуацији високе незапослености која омогућава послодавцима релативно једноставну супституцију радне снаге, што може представљати разлог да се овој врсти штрајкова да легитимитет, како би се стварањем притиска на послодавца створили услови да преиспита одлуку о

колективним отпуштањима. Ово тим пре што је ниво отпремнина које запосленима треба да обезбеде одређену социјално-економску сигурност до проналаска новог запослења низак, судски поступци спори, изгледи за привремену реинтеграцију запослених у радни однос до окончања спора релативно ниски, једнако као и изгледи да се у инфлацији незапослености пронађе нови посао у кратком временском року.

Као контраргумент наведеном стоје негативни ефекти штрајка у односу на друге, мање инвазивне методе решавања радних спорова. Наиме, квинтесенцијално обележје штрајка је стварање економске штете за послодавца, како би се исти "преломио" да прихвати захтеве штрајкача. У ситуацији када је пословање предузећа негативно, када не постоји здрава супстанца из које се могу финансирати губици који нужно настају штрајком, ризик по опстанак послодавца је изузетно висок, а крајња последица може бити финансијски колапс и губитак запослења за све запослене код послодавца, а не само одређени број који је послодавац иницијално утврдио као вишак.

Полазећи управо од могућих негативних импликација индустријске акције, Европски суд правде је сетом одлука донетих у чувеном "*Laval* квартету" ("*Laval quartet*"), развио *доктрину пропорционалности*, према којој остваривање права на штрајк, не спорећи његов фундаменталан карактер, мора бити избалансирано са принципима економских слобода, што имплицира да *остваривање права на штрајк мора бити изложено тесту пропорционалности, како би се утврдило да ли разлози штрајка оправдавају ограничења гаранције слободе предузетништва и слободе протока услуга* из чланова 49 и 56 Уговора о функционисању ЕУ, у ком циљу се мора испитати (1) *потребност колективне акције*, односно да ли је колективна акција потребна и предузета са циљем заштите запослених чије су запослење или услови рада угрожени и то не апстрактно, већ конкретно и непосредно угрожени, односно изложени "озбиљној опасности", (2) *подесност колективне акције*, односно да ли колективна акција представља одговарајући метод за остваривање тих циљева и (3) принцип *ultima ratio*²⁴⁰², који захтева да суд испита да ли су у конкретном случају стајала на располагању друга, мање инвазивна средства за решавање радног спора, те да ли су иста искоришћена

²⁴⁰² Тест пропорционалности, изражен кроз принцип *ultima ratio* није непознат ни у правима неких држава чланица ЕУ, на пример Немачке (раније) и Пољске, где се законитост штрајка оцењује са аспекта тога да ли је био неопходан ради остварења одређених циљева и да ли су сва средства претходно исцрпљена, тако да запослени немају право да ступе у штрајк само на основу своје одлуке о целисходности прибегавања том средству, због чега се у правној теорији истиче да се овим поступањем социјална права погчињавају економским слободама. У немачкој јуриспруденцији овај принцип је у међувремену напуштен. Нав. према: F. Fabbri, стр. 1190-1191, 1207. M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 203-206.

пре ступања у штрајк²⁴⁰³.

С друге стране, правни теоретичари који су апологете права на штрајк излажу општој критици доктрину пропорционалности, оцењујући да њена примена сама по себи представља ограничавање права на штрајк које носи у себи висок степен правне несигурности и ствара широк простор за мешање суда и политике у индустријске односе²⁴⁰⁴, посебно имајући у виду да Европски суд правде није дао јасне индиције и смернице које би обезбедиле поуздану процену теста пропорционалности²⁴⁰⁵, те у том смислу указују на "драматичан значај" јуриспруденције Европског суда за људска права, који је у двама сукцесивним одлукама, донетим у споровима *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) и *Enerji Yarı-Yol Sen v. Turkey* (68959/01), насталим у вези са ограничавањем права на колективно преговарање и штрајк у турском јавном сектору, као и у серијом потоњих одлука донетих у сличним случајевима, потврдио да *право на колективно преговарање представља есенцијални елемент права на удруживање* из чл. 11 Европске конвенције за заштиту људских права (ЕКЉП), *а да право на штрајк представља важан инструмент за заштиту права чланова синдиката*²⁴⁰⁶, те да, стога, *остваривање права на штрајк може бити ограничено актом извршне или судске власти искључиво под условима прописаних одредбом чл. 11, ст. 2 ЕКЉП*, односно ако је "прописано законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне сигурности, спречавања нереда или криминала, заштиту здравља или морала или ради заштите права и слобода других"²⁴⁰⁷.

Сумирајући сва претходна разматрања, долазимо до закључка да индустријска акција може представљати допуштено средство радне борбе против најављених масовних отпуштања, посебно у прихваћеном концепту штрајка у домаћем праву, у коме је штрајк дефинисан као средство за заштиту професионалних и економских интереса по основу рада, неvezано од постојања конкретног радног спора који би био повод штрајку. Ипак, мишљења смо да *de lege ferenda*, у овој врсти штрајкова треба прописати обавезну фазу мирења као услова законитог ступања у штрајк, тако да до окончања законског рока за мирење није могуће ни ступити у штрајк нити покренути поступак решавања вишка, како би се кроз компетентан и конструктиван дијалог

²⁴⁰³ В. Hepple, *Rethinking laws against strikes*, *op. cit.*, стр. 7; А. Veldman, *op. cit.*, стр. 106-107, 109. F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1206.

²⁴⁰⁴ А. Veldman, *op. cit.*, стр. 114-115.

²⁴⁰⁵ Claire Kilpatrick, "Has polycentric strike law arrived in the UK? After Laval, after Viking, after Demir?" *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2014., стр. 295-296.

²⁴⁰⁶ В. Hepple, *Rethinking laws against strikes*, нав. дело, стр. 10-11; А. Veldman, нав. дело, стр. 110-111; J. Malmberg, нав. дело, стр. 10-11.

²⁴⁰⁷ А. Veldman, нав. дело, стр. 111-113.

постигло разумевање ситуације и дошло до обострано прихватљивог решења. Такође, домаћим правом би се могла експлицитно признати пуноважност уговарања "клаузула очувања радног мира" у оквиру колективних уговора, које би штрајк због решавања вишка запослених у складу са законом и колективним уговором, током важења колективног уговора чиниле аутоматски незаконитим. Иако у правној теорији има мишљења да је законом могуће ближе одредити разлоге који чине индустријску акцију легитимном²⁴⁰⁸, чини се да је ово утопијска замисао и да није реално могуће постићи такву номотехничку виртуозност којом би се успоставио оптималан баланс интереса и повукла општа демаркациона линија између легитимних разлога штрајка и оних који то нису, а да се притом не унесе висок степен правне несигурности и предмет штрајка не ограничи искључиво на питања закључења колективног уговора, по угледу на немачко право.

6.3. Подесност индустријске акције за решавање индивидуалних радних спорова у поступцима колективних отпуштања

С обзиром да право на организовање штрајка не представља индивидуално право запослених, што значи да га појединац не може остваривати чак ни у системима који право на штрајк гарантују као индивидуално право запослених које се колективно остварује²⁴⁰⁹, поставља се питање да ли се штрајк може организовати од стране колективитета, односно синдиката или групе запослених, ради решавања индивидуалних радних спорова у поступцима колективних отпуштања. До ове врсте спорова може доћи током поступка колективног отпуштања у вези са применом критеријума за селекцију вишка запослених, применом мера за запошљавање, обрачуном отпремнине или индивидуалним отказним поступком у системима који исти предвиђају у оквиру поступка колективног отпуштања (на пример, немачко и хрватско право), или након поступка, када запослени коме је отказан уговор о раду оспорава сам отказ.

У националним системима који право на штрајк признају као ексклузивно

²⁴⁰⁸ F. Fabbrini, *op. cit.*, стр. 1224, 1233-1234. Fabbrini предлаже да се, по угледу на Вагнеров закон, донет у оквиру Рузвелтовог *New Deal* програма, на комунитарном нивоу донесе закон којим би се установила законитост индустријске акције синдиката и запослених ради заштите њихових економских интереса, који би требало да садржи разлоге и форму који индустријску акцију чине легитимном, као и посебну процедуру коју су синдикати дужни да спроведу пре ступања у штрајк, чиме би се избегле ситуације у којима би се законитост штрајка излагала судској оцени пропорционалности и принципа *ultima ratio*, установљених *Viking* and *Laval* стандардима. Опширније у: *Ibid.*, стр. 1236-1257.

²⁴⁰⁹ J.P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 333.

право синдиката изведено из колективног преговарања и ограничено на интересне колективне радне спорове у вези закључења или ревизије колективног уговора, ово питање се и не поставља, јер је сасвим јасно да индивидуални радни спорови не могу представљати допуштен предмет штрајка.

Стога се ово питање теоријски може поставити у односу на системе који могући предмет права на штрајк постављају екстензивније, као што је то случај у домаћем праву, тако да се штрајком могу штитити различити професионални и економски интереси запослених по основу рада, а не само колективна права и интереси.

Иако одговор на ово питање делује на први поглед једноставан и у овим системима, јер се легитимност штрајка заснива на његовој подобности за остваривање колективних, односно "неиндивидуалних" интереса, чињеница да колективна отпуштања обухватају већи број запослених, који се могу наћи у истоврсној чињеничној и правној ситуацији која је повод настанка већег броја индивидуалних спорова, ствара одређену критичну масу која се условно може сматрати колективитетом, што чини одговор на питање комплекснијим него што то на први поглед делује.

Свакако да одговор на наведено питање може бити различит у законодавствима и пракси различитих држава, али у односу на домаће право, сматрамо да би одговор на питање допуштености ове врсте штрајка био условљен тиме да ли штрајк организује непосредно "колективитет" погођен сопственим радним споровима или штрајк организује синдикат или група запослених који нису ни у каквом спору са послодавцем, односно немају свој лични интерес за ступање у штрајк.

С обзиром да је у домаћем праву услов за ступање у штрајк код послодавца одлука синдиката или већине запослених, те да запослени могу организовати штрајк ради заштите сопствених професионалних и економских интереса, чини се да би наведени "колективитет" могао да законито ступи у штрајк у вези са својим индивидуалним радним споровима²⁴¹⁰, али само уколико има критичну масу, односно представља већину запослених.

С друге стране, сматрамо да штрајк организован од стране синдиката или

²⁴¹⁰ У америчкој судској пракси је оцењен допуштеним штрајк мање групе синдикално неорганизованих запослених који су ступили у исти поводом неадекватних услова рада на свом радном месту, дакле штитећи само збир сопствених индивидуалних интереса, који се не тичу осталих запослених у предузећу. A. L. Goldman, R. L. Corrada, *op. cit.*, стр. 422.

већине запослених, који нису ни на који начин инволвирани у радне спорове који су повод штрајка, не би био допуштен, будући да би имао обележја штрајка интерне солидарности²⁴¹¹, који домаће право не предвиђа као могући облик штрајка.

6.4. Подесност индустријске акције за решавање колективних радних спорова у поступцима колективних отпуштања

Поводом колективних отпуштања може настати низ колективних радних спорова, интересних и правних, у вези са закључењем/ревизијом колективних уговора, којима се уређује питање критеријума за селекцију запослених, мера за запошљавање или отпремнина, као и партиципацијом синдиката или представника запослених по низу питања везаних за информисање, консултовање или саодлучивање (у немачком праву).

Индустријска акција је, извесно, допуштен метод решавања интересних колективних радних спорова који настану између синдиката и послодавца, у свим системима индустријских односа. *Sui generis* интересни колективни радни спор, који би могао настати у вези са колективним отпуштањима између савета запослених и послодавца, по различитим питањима партиципације, не може бити решаван путем индустријске акције, будући да савет запослених, као тело сарадње са послодавцем, није титулар права на индустријску акцију, због чега се настали спорови, како смо видели, решавају мирним методима, укључујући и обавезну арбитражу у немачком праву.

С друге стране, правни колективни радни спорови у неким системима индустријских односа не могу бити решавани путем индустријске акције, већ искључиво пред надлежним судом. То, међутим, није случај у домаћем праву у коме, иако то није експлицитно прописано, постоји опште прихваћен став да је штрајк подесан метод за решавање како интересних, тако и правних колективних радних спорова.

²⁴¹¹ Б. Лубарда, *Решавање колективних радних спорова - Методи и Институције, оп. cit.*, стр. 211. Штрајк интерне солидарности је, по правилу, у страним правима допуштен када се пружа подршка неком раднику, а у исто време истичу професионални захтеви свих радника. С друге стране, штрајк интерне солидарности биће недопуштен, уколико се исти организује због отпуштања радника, осим ако је очигледно незаконито, или отпуштања синдикалног представника мимо прописане процедуре.

6.5. Делотворност индустријске акције у споровима везаним за колективна отпуштања

Иако је, као што је претходно било речи, Европу крајем прошле декаде задесно талас најразличитијих врста индустријске акције запослених, инициране колективним отпуштањима запослених, од штрајкова до екстремно нелегалних видова испољавања незадовољства²⁴¹², истраживања показују да жеља запослених за колективним деловањем показује тренд континуираног пада, почев од седамдесетих година прошлог века²⁴¹³, и то не само у Европи, већ и на глобалном нивоу²⁴¹⁴, са повременим искакањима детерминисаним спорадичним догађајима. Штавише, статистички подаци о броју изгубљених радних дана, броју штрајкача и учесталости штрајкова, показују стрм пад штрајкачких активности у првој декади овог миленијума не само у односу на последње три деценије двадесетог века, већ и у односу на комплетан период после Другог светској рата, чак и у оним државама које су према штрајку историјски биле најтолерантније²⁴¹⁵. С обзиром да су четири деценије континуиране депресије штрајкова биле обележене економским успонима и релативним променама политичких режима и легислативе, а да тенденције штрајка, осим изнимно и краткотрајно, нису мењане, води закључку да низлазна путања овог вида индустријске акције представља константу и да се не треба надати

²⁴¹² L. Bordogna, *op. cit.*, стр. 658-659. Аутор наводи два примера из 2009. године, први, када су директора холдинг компаније која је најавила отпуштања 1.200 запослених из робних кућа у два града Француске, који је био сат времена заточен у таксију у центру Париза, опкољен незадовољним радницима и други, случај *Caterpillar*-ове фабрике у Греноблу, где су радници држали преко ноћи закључане, као таоце, четири менаџера, због најаве отпуштања 700 радника, што је око 25% запослених те компаније на подручју Француске и износи да је у истом периоду било још сличних епизода у неколико предузећа.

²⁴¹³ *Ibid.*, стр. 663. Истраживања на узорку седам европских држава и САД (Немачка, Италија, Француска Шведска, Данска, Холандија, Велика Британија, САД) показују да је број штрајкова у првој декади овог миленијума опао у САД за 25% у односу на деведесете године прошлог века, док је тај проценат у Италији износио скоро 50%, више од 50% у Немачкој, Шведској и Холандији и спао на петину у Данској, док се једино у Великој Британији одржао на непромењеном нивоу, с тим што је исти 12 пута нижи него осамдесетих и 20 пута нижи него седамдесетих година прошлог века. Број штрајкача је у односу на исти референтни период мало опао у Холандији, опао за 1/3 у Данској, за 1/4 у Италији, преполовио у Немачкој и смањно за више од 1/2 у Шведској и САД, док се удвостручио у Великој Британији, иако је и даље значајно испод просечног броја штрајкача у периоду од педесетих до осамдесетих година прошлог века. Учесталост штрајкова се смањила у свим посматраним државама, посебно у Шведској, Великој Британији и Италији, док се значајно повећала у Данској, која важи за штрајку најсклонију државу, са показатељима значајно изнад Велике Британије и Латинске Америке у "златном добу" штрајкова.

²⁴¹⁴ Keith Ewing, "Laws Against Strike Revisited" у: *The Future of Labour Law - Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Catherine Barnard, Simon Deakin, Gillian Morris (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 42. Аутор наводи да је ниво штрајкова у Великој Британији нижи него у последњих 100 година. Број изгубљених радних дана је износио 282.000 у 1998. годину, док је 1972. године тај број износио 14.077.000. Штавише, број изгубљених дана у 2002. години износио је свега четвртину у односу на било коју годину владавине Маргарет Тачер.

²⁴¹⁵ L. Bordogna, *op. cit.*, стр. 664.

променама, будући да су економске закономерности учиниле своје²⁴¹⁶. Пад заступљености штрајкова прати и заокрет у конфигурацији штрајкачког сектора. Наиме, док је у прошлости стожер штрајкачких активности био сектор производње, тежиште се помера на сектор услуга, посебно јавни сектор, што се објашњава чињеницом да је исти најизложенији реструктурирању, те да штрајк у овом сектору има потенцијал ефикасног решавања проблема због негативних последица штрајка на трећа лица које држава жури да неутралише, при чему штрајк не изискује велики број штрајкача и изгубљених дана, што није случај у сектору производње²⁴¹⁷.

Пад заступљености штрајка као средства радне борбе на први поглед делује необично, имајући у виду да се човечанство конфронтира са глобалним порастом незапослености и несигурности запослења, те присутне резове зарада и пензија и повремене социјалне тензије. У правној теорији се оцењује да је цео конгломерат разлога резултирао видљивим и континуираним трендом опадања индустријске акције, а као главни разлози се издвајају: (1) пораст животног стандарда који је довео до пораста личних финансијских обавеза запослених (подизања хипотекарних кредита ради решавања стамбеног питања), (2) стабилније економске прилике и заустављање инфлаторних кретања, (3) опадање синдикалног чланства²⁴¹⁸, (4) развој метода мирног решавања радних спорова, (5) криза колективног преговарања, (6) губитак навике за штрајком, (7) глобализација која је донела географску удаљеност запослених од доносилаца одлука и (8) рестриктивна законска регулатива, као што је случај у британском праву још из периода конзервативне владе Маргарет Тачер.²⁴¹⁹

Ипак, као највећи проблем проф. *Hepple* је апострофирао мобилност капитала, робе и услуга, која обесмишљава штрајкове, будући да је капитал способан да мења дестинације, тако да захваљујући својој транснационалности може да се ефикасно "евакуише" са локалитета са високим трошковима радне снаге и штрајку наклоњеним радницима на друге локације, чиме радници који су покушали да проблем реше штрајком остају без посла. Једини начин да се радници томе успешно супротставе би била транснационална индустријска акција, изражена превасходно

²⁴¹⁶ *Ibid.*, стр. 665; William Brown, Sarah Oxenbridge, "Trade Unions and Collective Bargaining: Law and the Future of Collectivism", у: *The Future of Labour Law - Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Catherine Barnard, Simon Deakin, Gillian Morris (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 71.

²⁴¹⁷ L. Bordogna, *op. cit.*, стр. 666-669.

²⁴¹⁸ Синдикално чланство је у Великој Британији опало са 52% у периоду од 1970-1979. године на 29% у периоду 2000-2003. године, док је број штрајкова на 1.000.000 запослених спао са 240 на 22. Нав. према: W. Brown, S. Oxenbridge, *op. cit.*, стр. 67.

²⁴¹⁹ K. Ewing, *op. cit.*, стр. 42. Аутор наводи да је ниво штрајкова у Великој Британији нижи него у последњих 100 година. Број изгубљених радних дана је износио 282.000 у 1998. годину, док је 1972. године тај број износио 14.077.000. Штавише, број изгубљених дана у 2002. години износио је свега четвртину у односу на било коју годину владавине Маргарет Тачер.

кроз штрајкове интернационалне солидарности, секундарне штрајкове и секундарне бојкоте, али за разлику од капитала, она остаје омеђена националним оквирима, будући да у том погледу суверенитет држава посебно долази до изражаја, тако да се на трансакционалну индустријску акцију гледа са подозрењем и са аспекта националних система, који у погледу те врсте акције имају битно различита уређења и често је забрањују, што је случај и у правном систему Републике Србије, као и са аспекта међународних стандарда, који у том погледу не постоје нити у погледу материјалноправног уређења интернационалне индустријске акције, нити у погледу решавања сукоба националних закона у погледу оцене допуштености индустријске акције.²⁴²⁰ Пример негативног односа према интернационалној индустријској акцији дошао је до пуног изражаја у већ више пута поменутих споровима *Viking* и *Laval*, у којима не само да је Европски суд правде, изложивши спорне акције тесту пропорционалности, дошао до закључка да су исте биле недопуштене, већ су синдикати били изложени неограниченим износима накнаде штете, будући да је закључено да се на интернационалну индустријску акцију на комунитарном нивоу не могу применити ограничења финансијских обавеза синдиката утврђена националним законима. У истом контексту, неки аутори додају да било какав штрајк остаје без ефекта уколико нема утицај на тржишну конкурентност послодавца, што је све теже постићи у ери интернационализације, као и конкуренције која долази од стране несиндикализованих предузећа којима се "аутсорсују" послови²⁴²¹.

Депрецијација штрајкова је видљива и у посматраним системима индустријских односа²⁴²², при чему је посебно упадљива у Француској која, по мишљењу тамошњих теоретичара, постаје, насупротив општем уверењу, "најнештрајкачкија" земља у Европи. Опадање учесталости штрајкова у Француској је посебно интересантно са аспекта оцене делотворности штрајка на спорове у вези са колективним отпуштањима, будући да су затварања фабрика и масовна отпуштања била у прошлости, уз зараде, најчешћи разлог штрајкова. Француски аутори објашњавају ову тенденцију превасходно (1) лошом ситуацијом на тржишту рада, (2) високим степеном конкуренције прекарних облика рада, (3) веома ниском синдикализованошћу запослених, посебно у приватном сектору, а чини се да би се ту могла додати и ниска стопа успешности штрајкова, будући да око 30% штрајкова

²⁴²⁰ B. Hepple, *Labour laws and global trade*, *op. cit.*, стр. 186-189.

²⁴²¹ W. Brown, S. Oxenbridge, *op. cit.*, стр. 70.

²⁴²² J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*, стр. 341-343, T. Treu, *op. cit.*, стр. 235-237, M. Weiss, M. Schmidt, *op. cit.*, стр. 200-202.

окончава неуспехом штрајкачких захтева²⁴²³, о чему је већ било речи поводом неуспеха француским радника да спрече затварања фабрика и њихово пресељење на друге, трошковно оптималније локације (случај *Renault, Hoover*).

Уверење о опадању учесталости штрајкова постоји и у нашем праву, иако о томе не постоје никакви званични статистички подаци, што се објашњава чињеницом да не постоји законска обавеза пријављивања штрајкова, као ни обједињена евиденција штрајкова у посебном режиму у којима је тражена асистенција државних органа, односно локалне самоуправе. Инспекторат рада, који је надлежан за надзор над применом Закона о штрајку, има само податке о броју штрајкова у којима је поступала по пријавама запослених или послодаваца, с тим што та евиденција не садржи енумерацију штрајкачких захтева, тако да је недистинктивна по питању штрајкова који су организовани у вези са вишковима запослених. Према извештајима Инспектората рада за 2015, 2016. и 2017. годину, инспекција је обавила 168 надзора у 2015. години, 78 надзора у 2016. години и 69 надзора у 2017. години.²⁴²⁴ Из извештаја није могуће закључити да ли је опадање броја надзора из године у годину последица смањења укупног броја штрајкова у Републици Србији или је само било мање пропуста у организацији и спровођењу штрајка које је инспекција требало да отклони. Према извештајима Инспектората рада, штрајкачки захтеви су се углавном односили на неисплаћене зараде, при чему су многи штрајкови организовани код послодаваца који и иначе не раде и не остварују профит, те је и могућност притиска штрајкача на послодавце минимална или никаква, будући да послодавац није заинтересован да задржи запослене који су у штрајку (протесту), те често долази и до масовних отпуштања. Од тога је велики број штрајкова организован у приватизованим предузећима, због лоше приватизације која је довела до краха пословања. Инспекторат рада је посебно констатовао да су многи штрајкови прерасли у протесте запослених који су се одвијали ван круга фабрике – односно места рада, што показује да интенција законодавца да штрајкаче ограничи на "фабрички круг", у ком циљу је, како тумачи проф. Лубарда, пикетинг искључен као могућ облик индустријске акције, није у стварном животу показала резултате и да незадовољство радника није могуће држати уоквирено у "четири зида послодавца", што потврђује потребу да се *de lege ferenda* пикетинг правно уреди као допуштен облик индустријске акције и тиме не

²⁴²³ J. P. Laborde, J. Rojot, *op. cit.*

²⁴²⁴ Званични извештаји о раду Инспектората за рад за 2015, 2016. и 2017. годину.

игноришу чињенице живота, већ исте ставе у неопходан законски оквир.

Социолошка истраживања вршена за период од 1990. до 2015. године дају одређене индиције о разлозима опадања учесталости штрајкова у Републици Србији, оцењујући да је исто системски детерминисано, кроз одабране моделе приватизације и системску маргинализацију синдиката, који су постали само формални "социјални партнер" послодавцима и држави и заузели пасиван став у процесима приватизације, коју су све веће синдикалне централе подржале, понудивши властима након 2000. године споразум о сарадњи и практично одустајање од озбиљних синдикалних акција, што је одредило и понашање синдикалних лидера према радницима у штрајку, тако да се њихова улога свела "на улогу посматрача отпуштања радника, без стварног покушаја да се то отклони или умањи"²⁴²⁵.

Стога штрајкови организовани у периоду од 2001. до 2009. године, који су непосредно били мотивисани приватизацијом и пратећим отпуштањима великог броја запослених, због чега се део штрајкачких захтева односно на (1) убрзавање или успоравање приватизације, (2) сачињавање или унапређење социјалних програма, али и (3) спречавање најављених вишкова запослених, где су посебно предњачиле Железнице Србије и ЈАТ, није имао одговарајућу подршку ни синдиката, али ни државе, која не само да својим интервенцијама није помогла стварном решавању проблема, већ је у одређени штрајковима, на пример у ЈАТ-у, директно интервенисала ангажовањем штрајкбрехера и другим притисцима на окончање штрајкова. Материјални захтеви запослених који су се односили на зараде и друга права из радног односа су само делимично испуњавани у штрајковима, а отпуштања штрајкови нису зауставили и без посла је остао велики број запослених²⁴²⁶.

Све ово је довело до губитка поверења радника у потенцијале штрајка и синдикално руководство, што је, заједно са међусобним сукобима синдиката, резултирало изостанком солидарности и инкапсулирањем синдиката и радника, тако да у периоду од 2010. до 2015. године није организован ниједан општи или генерални штрајк, већ се штрајкови свODE на штрајкове/протесте радника у целом или делу предузећа, које су *већином организовали спонтано сами запослени, мимо синдиката*, чија је ефикасност, по правилу изостајала, осим у ситуацијама када је власт имала посебан интерес да подржи штрајк у одређеном предузећу²⁴²⁷. У том периоду се број

²⁴²⁵ Нада Новаковић, *op. cit.*, стр. 284.

²⁴²⁶ *Ibid.*, стр. 203-216.

²⁴²⁷ *Ibid.*, стр. 250, 270.

штрајкова повећао, али укупан број штрајкача опао, што показује одсуство солидарности и потпуну нехомогеност запослених у њиховим интересима и акцијама, што даље резултира тенденцијом да се одсуство критичне масе штрајкача компензује јавношћу, тако да се штрајкови из просторија предузећа селе на главне саобраћајнице и испред зграде Владе²⁴²⁸.

Закључак истраживања је да су, у целини посматрано, штрајкови открили изразито малу друштвену моћ "радничке класе", њено раслојавање и падање испод нивоа на коме би могла да створи притисак у циљу унапређења сопственог положаја, тако да је "у периоду од неколико деценија радничка класа Србије прешла круг од самоуправљача до гладног и вишеструко угроженог најамног радника"²⁴²⁹.

Поред наведених препрека за делотворност штрајкова, које су превасходно политичког и друштвено-економског карактера, што наравно има значај за наше проучавање у контексту материјалноправних извора, посебну брану делотворности штрајкова, од непосредно правног значаја, свакако има и начин уређења правног режима штрајка у домаћем праву.

Наиме, у контексту опадања синдикалног чланства и ауторитета синдиката, које је у првој половини ове декаде резултирало претежно самоиницијативним организовањем запослених, што социолошка истраживања показују као чињеницу живота, законско решење које прописује цензус од половине укупног броја запослених, као услов за ступање у штрајк, не само да је несагласно међународним радним стандардима израженим у "јуриспруденцији" надзорних тела МОП, већ апсолутно игнорише и актуелни радно-социјални контекст и значајно ограничава запослене у могућностима да законито организују штрајк.

Поред тога, посебан проблем представља већ поменуто екстензивно одређивање појма виталних делатности у посебном режиму штрајка, као и начин одређивања минимума процеса рада који је услов ступања у законит штрајк у тим делатностима. Наиме, стандарди МОП имплицитно указују да, иако између појма виталних делатности и јавних предузећа не постоји знак једнакости, виталним делатностима се сматрају превасходно јавне службе, чији застој доводи до значајног поремећаја у функционисању целог или дела становништва и ствара ризик по живот и здравље, што је и детерминисало стварање листе виталних делатности у ужем смислу и оних које то евентуално могу бити под одређеним условима, које обухватају

²⁴²⁸ *Ibid.*, стр. 287-290.

²⁴²⁹ *Ibid.*, стр. 292.

здравство, електродистрибуцију, водоснабдевање, телефонију и контролу лета²⁴³⁰ и евентуално, јавни транспорт, лучке и поштанске делатности²⁴³¹, као и јавне службе од фундаменталног значаја²⁴³². Истовремено, надзорна тела МОР истичу да се *виталним делатностима у стриктном значењу не могу сматрати* следеће делатности са листе коју је домаћи законодавац ставио у посебан режим штрајка и то: *радио и телевизија, нафтна индустрија, металургија и рударство, пољопривреда, прехранбена индустрија, образовање, градски саобраћај и поштанске услуге*²⁴³³. Домаћи законодавац је, тако, широким одређивањем делатности које *ex lege* улазе у посебан режим штрајка, који се ни по међународним радним стандардима нити по логици ствари, не може сматрати есенцијалним, у смислу опасности по живот, здравље и безбедност становништва, широко зашао у приватни сектор, с обзиром да у приватни режим штрајка сигурно спадају примера ради, аграрни сектор, те пекарска, млекарска индустрија и уљарска индустрија, а потенцијално и друге прехранбене индустрије, будући да је појам "производња основних прехранбених производа" веома непрецизан и могуће га је различито тумачити. Притом, ниједна од тих индустрија није део јавног сектора, тако да минимум процеса рада одређује приватни послодавац, који у својим рукама има, колоквијално речено, "и нож и погачу", будући да има искључиву надлежност да одреди ниво минимума процеса рада, начин његовог одржавања, као и личност запослених који ће радити у штрајку, при чему не постоје никакви правни механизми да се одлука послодавца оспори или преиспита. Последица тога је да послодавац може да одреди ниво минимума процеса рада од, примера ради, 90% у свим организационим деловима, што запослени морају поштовати, под претњом отказа због повреде радне обавезе, чиме се штрајк, иако не формално, фактички и суштински забрањује, будући да послодавац штрајком не трпи критичан економски притисак који би био фасилитатор решења спора и испуњења штрајкачких захтева. Други проблем екстензивног одређивања виталних служби је остављање могућности извршној власти да управним актом прошири листу виталних делатности на оне које се, дискреционо, оцењују "посебно значајним за одбрану и безбедност", односно "неопходним за извршење међународних обавеза". Поред већ изложене генералне опсервације, која се односи на то да је супротно међународним стандардима одређивати појам виталних делатности актима извршне власти, с

²⁴³⁰ *Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, т. 544.

²⁴³¹ *Ibid.*, т. 563-568.

²⁴³² *Ibid.*, т. 556.

²⁴³³ *Ibid.*, т. 545.

обзиром на висок ниво правне несигурности, арбитражности и ризик могућих злоупотреба, овде постоји и конкретан проблем. Наиме, иако наведене формулације могу на први поглед деловати као да се односе на јавни сектор, чињенице говоре да министарство одбране издаје потврде о "значају за одбрану и безбедност" предузећима из најразличитијих делатности у приватном сектору (на пример, прерада воде и поврћа, кондиторска индустрија), само на основу процене потенцијалне стратешке важности објеката у њиховом власништву, чиме је, потпуно неоправдано, велики број запослених изложен посебном режиму, односно фактичкој забрани штрајка, иако за тиме апсолутно нема потребе, јер у случају ванредног или ратног стања јавна власт има право реквизиције објеката за потребе војске, тако да минимум процеса рада у тим случајевима није ни потребан, а камоли неопходан, што према међународним радним стандардима треба да буде императив у његовом одређивању. Коначно, сврставање хемијске индустрије, индустрије челика и металургије у посебан режим штрајка, због могућности да застој у њима угрози живот или здравље људи или имовину веће вредности, те изједначавање ових индустрија са делатностима од јавног интереса у погледу одређивања минимума процеса рада, показује флагрантно неразумевање разлике између минимума процеса рада и технолошког минимума од стране домаћег законодавца. Технолошки минимум нема за циљ обезбеђивање одређеног "јавног сервиса", већ искључиво превенцију хаварија које би довеле до еколошке катастрофе и страдања људи и имовине, што представља есенцијалну разлику која детерминише неопходност засебног уређивања ових делатности у погледу услова за остваривање права на штрајк, јер у овим индустријама није циљ испоручивање робе и вршење услуга на одређеном минимуму, већ само базично одржавање инсталација у мери која је неопходна да се спречи настанак хаварија. Сврставањем наведених индустрија "у исти кош" са делатностима од јавног значаја, домаћи законодавац је неоправдано лишио значајни број радника, с обзиром на масовност ових индустрија, права на штрајк које је, притом, историјски и есенцијално везано управо за овај сектор.

Претходно описани недостаци наводе неке домаће ауторе на закључак да, упркос утиску да Република Србија, по достигнутом нивоу индустријске демократије не заостаје за развијеним европским државама, ситуација је у пракси сасвим другачија. Ово стога што радничка и послодавачка удружења нису у стању да реше ни сопствене, а камоли проблеме запослених, Социјално-економски савет постоји само формално, док се у пракси ретко састаје и нема утицаја на најважније одлуке за

положај запослених, док институције за безбедност и здравље на раду и мирно решавање спорова још увек развијају своје операције, без довољне подршке у раду, а Инспекторат рада балансира између проширења својих надлежности и недостатка особља и финансијских капацитета, што све заједно чини Републику Србију неповољним тереном за перспективни развој права на штрајк²⁴³⁴.

²⁴³⁴ З. Радуловић, Д. Костић, *оп. cit.*, стр. 262.

Део осми ЗАКЉУЧАК

1. Чињенице живота потврђују тачност сликовитог Хендриксовог (*Frank Hendrickx*) закључка да у савременом друштву "отпуштање пре треба разумети као чинилац функционисања тржишта него као последицу коју треба избећи". Право више нема моћ да постави границе кретању капитала и спречи предузећа да своје активности усмеравају ка ултимативној профитабилности пословања и тржиштима са нижим трошковима пословања, као начину за опстанак на турбулентном и висококонкурентном глобалном тржишту. Компетитивност је, притом, одавно превазишла корпоративни и попела се на етатистички ниво, будући да државе, изгубивши "криптонит" државних и царинских баријера, настоје да се у "глобалном селу" изборе за своје "место под сунцем" и спасу од банкрота, кога више ни оне нису поштеђене, преваходно обликовањем националних законодавстава, као ретког преосталог "капитала", према жељама потенцијалних инвеститора, што значи у правцу социјалног дампинга. Радно законодавство нашло се међу првима на удару тог таласа, чему су кључан допринос дале међународне финансијске институције, у првом реду Светска банка и Међународни монетарни фонд, које су својим *Doing business* извештајима поставиле парадигму да ригидни радноправни оквири представљају *a priori* негативан фактор за улагање и формирале ранг листе (не)препоручених дестинација за инвестирање према одређеним радним стандардима успостављеним националним законодавствима, где су међу најнегативнијим континуирано оцењивани комплексност поступака колективних отпуштања и трошкови престанака уговора о раду. Тако је почела "трка до дна" (*'race to the bottom'*), како је ову појаву цинично формулисао судија *Brandeis* још далеке 1933. године. Да кретање капитала и масовна отпуштања запослених ништа не може да спречи, показали су и право и живот. Наиме, норме којима би колективна отпуштања била условљена сагласношћу надлежног органа, или којима би судови стекли право да преиспитују пословне одлуке предузећа које су непосредан разлог колективних отпуштања, никада нису успеле да се интегришу у међународне радне стандарде, ни на универзалном нити европском плану, а национални правни системи који су садржали таква решења постепено их напуштају. Прави пример тога је Француска, која се најдуже и најтврдокорније опирала тенденцијама

"флексибилности" и захтевима за "дерегулацијом" норми радног права, али ипак није успела да спречи затварање фабрика од стране француских предузећа и страних инвеститора на територији Француске, (навешћемо само *Renault, Hoover, Caterpillar*), које нису могли да задрже ни закони, ни привремене мере, ни судске одлуке о новчаном кажњавању, ни масовни протести, ни индустријска акција - капитал има свој живот и стога разматрање спречавања његовог кретања и масовних отпуштања, као "коллатералне штете" глобалног тржишта и међународне конкуренције, у савременом друштву, на жалост, представља утопијску мисао, што потврђује нашу прву хипотезу.

2. Не оспоравајући легитимитет предузетничких одлука послодавца које воде колективним отпуштањима, захтеви социјалне правде и достојанственог рада ипак су историјски условили настанак и развој међународних радних стандарда, који су имали за циљ успостављање одређеног нивоа заштите запослених у поступцима колективног отпуштања, односно одређеног нивоа процесноправних и материјалноправних гаранција, преваходно (1) кроз успостављање обавезе послодавца да о намераваном колективном отпуштању благовремено обавести и консултује представнике запослених, са циљем постизања договора о предузимању мера којима би се спречила или у највећој мери смањила потреба за отпуштањима, односно ублажиле негативне последице отказа (мере за запошљавање), (2) кроз учешће надлежног тела јавне власти, коју је послодавац дужан да обавести о планираном колективном отпуштању, како би то тело могло да предложи мере за запошљавање и благовремено припреми програме активне политике запошљавања и социјалне престације за запослене погођене отказима, те у том циљу за одређени рок одложи отказе, (3) кроз обавезу послодавца да пре отказа потенцијалном вишку запослених размотри све могућности да им кроз мере за запошљавање обезбеди континуитет запослења, тако да отказ буде *ultima ratio*, (4) кроз обавезу послодавца да вишак запослених не утврђује арбитрерно, већ на основу објективних, транспарентних и унапред утврђених критеријума, (5) кроз обавезу послодавца да запосленом коме отказује уговор о раду обезбеди одговарајући отказни рок у циљу проналаска новог запослења и друга компензаторна права у виду отпремнине или других финансијских давања, као и (6) кроз гаранције права на правну заштиту од незаконитог отказа, подношењем тужбе суду или другом телу надлежном према националним прописима, уз пренос терета доказивања на послодавца или примену правила о терету доказивања уз учешће истражног начела. Република Србија, иако

је формално ратификовала и Конвенцију Међународне организације рада бр. 158 и Ревидирану европску социјалну повељу, акцептирала Препоруку Међународне организације рада бр. 166 и у оквиру еуроинтеграција преузела концепт колективних отпуштања из Директиве Савета 98/59/ЕЗ, суштински није признала запосленима ниво процесних и материјалних права садржан у овим стандардима. Кренимо редом.

У погледу (1) *одредби о информисању и консултовању представника запослених*, домаће право је одступило од свих наведених међународних стандарда, који предвиђају померање временских координата информисања и консултовања на коту у којој послодавац тек почиње да разматра увођење крупних промена у производњи, организационој структури или технологији које могу имати за последицу отказе запосленима, што треба да има за циљ правовремено еволуирање ситуације у моменту када је још увек могуће планирати реструктурирање предузећа на најбезболнији начин по запослене, дакле пре него што отпуштања постану неминовност, при чему консултације треба да трају онолико дуго колико је потребно представницима запослених да изнесу конструктивне предлоге. Ову временску детерминанту изричито прописује Препорука бр. 166 и на њој инсистирају "јуриспруденција" Комитета експерата за примену конвенција и препорука, као и јуриспруденција Европског комитета за социјална права и Европског суда правде. Представници запослених који су овлашћени на информисање и консултовање морају постојати и то могу бити или раднички представници утврђени у складу са Конвенцијом Међународне организације рада бр. 135 или, према изричитој одредби Ревидиране европске социјалне повеље, *ad hoc* представници, одређени само за партиципацију у колективним отпуштањима, а ако таквих нема, тада посебно одређени представници запослених којима непосредно прети опасност од колективног отпуштања. Домаћи законодавац је, упркос свим овим међународно признатим обавезама, прописао да се обавеза информисања и консултовања испуњава достављањем предлога програма решавања вишка запослених репрезентативном синдикату, што значи да представници запослених прву информацију о планираном вишку запослених добијају у моменту када је отпуштање тачно одређених запослених већ неминовно, након што је послодавац донео пословну одлуку, једнострано одлучио о критеријумима, одабрао запослене које ће отпустити и размотрио и применио/искључио мере за запошљавање, тако да више заправо нема о чему ни да се разговара, чиме поступак консултовања постаје само маргинална формалност, која нема моћ да промени одлуку послодавца, већ само

продужава рок отпуштања за 15 дана, колико је по закону репрезентативном синдикату остављено да се изјасни о предлогу програма, при чему не постоји чак ни законска обавеза одржавања састанка ради непосредног консултовања. Уколико код послодавца не постоји репрезентативни синдикат, за домаћег послодавца неће ни настати обавеза информисања и консултовања, што је концептуално неприхватљиво са аспекта свих међународних радних стандарда и посебно осуђивано од стране Европског суда правде, а изузетно опасно са аспекта драматичног опадања стопе синдикализације у Републици Србији. Иницијално низак ниво права на партиципацију додатно је депресирао чињеницом да домаћи законодавац није признао (односно, укинуо је раније постојећу) посебну заштиту синдикалних представника од отказа за време трајања мандата, предвиђену универзалним стандардима Препоруке Међународне организације рада бр. 143, тако да ови представници запослених могу бити утврђени вишком запослених без било какве посебне процедуре или потребних сагласности, чиме додатно губе интегритет и моћ да заштите права запослених у поступцима колективног отпуштања, што није случај ни у једном од посматраних права.

У односу на (2) *учешће надлежног тела јавне власти* у колективним отпуштањима, за разлику од претходног случаја, нема формалних повреда међународних стандарда, али нису искоришћене могућности одлагања отказа за одређени период, ради улагања стварног напора за проналазак новог запослења вишка запослених, што је стандард успостављен комунитарним правилима, у доброј мери усвојен у посматраним националним системима.

Питање (3) *мера за запошљавање вишка запослених* је у непосредној вези са поступком консултовања представника запослених, чији је смисао и есенцијална вредност, у складу са међународним стандардима, управо разматрање свих опција, преваходно за спречавање или смањивање броја отказа, па тек напослетку и разматрање мера за ублажавање последица отказа, што је могуће и изводљиво када се консултације спроводе на самом почетку планирања реорганизације, док су још увек све опције "на столу". Како у домаћем праву поступак консултовања практично и не постоји, јер је тешко тако назвати право репрезентативног синдиката (ако уопште постоји) да достави у року од 15 дана мишљење о потпуно испланираном колективном отпуштању, то не постоји правни оквир за квалитетно разматрање било каквих мера за запошљавање, изузев оних које је послодавац иницијално планирао, што је у пракси ретко случај. Ситуацију додатно погоршава чињеница да

домаћи законодавац мере за запошљавање спомиње дословце у три одредбе, наводећи *exempli causa* неколико могућих мера (премештај на друге послове, рад код другог послодавца, рад са непуним радним временом од најмање половине пуног радног времена и преквалификација или доквалификација), као део програма решавања вишка запослених и прописујући да обезбеђење мера за запошљавање представља правни основ за понуду измене уговорених услова рада (анекса уговора о раду), притом имплицитно искључивши право на отпремнину запосленом коме је послодавац обезбедио било какву меру за запошљавање, чак и ако ју је запослени одбио и предвидевши право првенства у новом запошљавању само у односу на послове које је запослени претходно обављао. Лапидарним уређење овако важног питања домаћи законодавац (а) није уважио универзалне радне стандарде садржане у Препоруци бр. 166, којом је сугерисан низ мера које би морао да предузме послодавац који планира колективно отпуштање и предвиђено право првенства при новом запошљавању не само у односу на послове које је запослени обављао, већ све оне за које има потребне квалификације, (б) значајно је спустио ниво заштите запослених у односу на стандарде заштите у француском, немачком и италијанском праву, која законским путем уређују врсте мера које је послодавац дужан да примени, дајући запосленом пуно право избора у односу на меру за запошљавање, без ризика губитка права на отпремнину, као и право првенства у запошљавању у односу на све послове за које је квалификован и (в) створио простор за арбитрерна поступања и злоупотребе права у примени мера за запошљавање и (г) обиљем правних празнина проузроковао велики број спорова чији су предмет мере за запошљавање.

Проблем је још и већи у односу на (4) *критеријуме за селекцију вишка запослених*, који се спомињу у свега две законске одредбе, тако што је прописано да су критеријуми обавезан део програма решавања вишка запослених и одређено који се критеријуми сматрају забрањенима. Наведеним приступом домаћи законодавац је (а) грубо игнорисао универзалне радне стандарде садржане у Препоруци бр. 166, који упозоравају да критеријуми морају буду унапред прописани, објективни и транспарентни, уважити у једнакој мери интересе предузећа и запослених и бити прописани законом, колективним уговором, правилником о раду, арбитражном или судском одлуком, а свакако не актом послодавца који истовремено садржи и комплетне податке о запосленима који су применом тих истих критеријума утврђени као вишак, (б) свео заштиту запослених на далеко нижи ниво од стандарда у посматраним правним системима, у којима су без изузетка критеријуми садржани у

закону, као императивни или допунско-диспозитивни, за случај да не буду стипулисани колективним уговором, (в) створио простор за арбитрерна поступања и креирање критеријума према кадровској структури коју жели да елиминира из радне средине и (г) обиљем правних празнина проузроковао велики број спорова чији су предмет критеријуми, који својим учешћем доминирају у укупном броју спорова у вези колективних отпуштања.

Домаћи законодавац (5) *није императивно прописао право на отказни рок* који треба обезбедити запосленима којима се као вишку запослених отказује уговор о раду, оставивши тиме простор да запосленима престане радни однос непосредно по ступању на снагу програма решавања вишка запослених, што се у пословној пракси неретко дешава, а у судској пракси толерише, иако је такво поступање у директној супротности са Конвенцијом бр. 158, која изричито предвиђа да се право на отказни рок не искључује, већ кумулира са отпремнином, односно другим компензаторним давањима.

Од међународних радних стандарда (6) *одступљено је на штету запослених и у погледу правила о терету доказивања*, будући да је терет доказивања подељен, без примене истражног начела (изузев у случајевима дискриминације, када је терет доказивања на послодавцу), што запослене доводи у неповољан положај у случају спора, будући да се терет доказивања пребацује на њих, на шта је Комитет експерата за примену конвенција и препорука у више наврата критички упозоравао, али домаћи законодавац није реаговао. До које мере је важно запослене заштитити применом правила о терету доказивања и у којој је мери, консеквентно, проблематично домаће позитивноправно решење, несумњиво говори став Европског комитета за социјална права, према коме у споровима поводом колективног отпуштања треба прописати истражно начело, уз право и обавезу суда да до детаља испита све околности у вези са одлуком послодавца о увођењу економских мера које резултирају отказима.

Списак права ускраћених домаћим радницима се, на жалост, на овоме не завршава. Наиме, иако је Република Србија у оквиру еуроинтеграција преузела комунитарни концепт колективног отпуштања, од примене заштитних правила о вишку запослених, супротно *acquis communautaire*, изузет је значајан број категорија запослених, који у комунитарном и посматраним страним правима оправдано уживају исту врсту заштите. Тако, у домаћем праву *неће се сматрати вишком запослених* и неће имати право ни на отпремнину, нити на социјална давања резервисана за

вишак запослених, запослени коме послодавац откаже уговор о раду јер му је због технолошких, економских или организационих промена у предузећу, понудио *измене уговора о раду* које су запосленом биле неприхватљиве. Такође, неће имати право ни запослени коме на иницијативу послодавца, мотивисану пословним потребама предузећа, престане радни однос *споразумно*. Коначно, из домаћаја заштитних правила о вишку запослених изузети су запослени у предузећима над којима је отворен *стечајни поступак* (осим када је усвојен план реорганизације), као и запослени који нису у радном односу на неодређено време ако им *престане радни однос пре истека* уговора.

Претходни дискурс потврђује хипотезу да је ниво индивидуалних и колективних права признатих запосленима нормама позитивног права на ниском нивоу, знатно нижем у односу на међународне и националне радне стандарде, услед чега запослени нису адекватно заштићени од незаконитих аката послодавца, а самим тим нису створене ни правне претпоставке за ефикасну судску заштиту и решавање спорова другим методима. Наиме, у ситуацији када запосленима уопште нису гарантована одређена права у поступцима колективних отпуштања која би им, у складу са међународно прихваћеним обавезама Републике Србије или стандардима који постоје у развијеним радним законодавствима, морала бити призната, недоступна је било каква судска заштита права, јер не постоји право које треба да се заштити, у ком је контексту излишно говорити о ефикасности заштите. Ефикасност заштите ће, међутим, изостати и у ситуацији када су одређена права запосленима формално призната, али је искључиво послодавац овлашћен да одлучује о начину вршења тих права, без икаквих законских смерница, без стварне обавезе консултовања са представницима запослених, или контроле и сагласности одређених актера, што је архитектура поступка коју је створио домаћи законодавац позитивноправним режимом, посебно упечатљива када је реч о утврђивању, врстама и начину примене критеријума и мера за запошљавање. Ово стога што у том случају, због обиља правних празнина и простора за арбитрерност у поступању, тежиште потенцијалног спора није на повреди гарантованих права, њиховом тумачењу и примени, већ на испитивању да ли је послодавац злоупотребио своја овлашћења, чиме се заштита права запослених враћа на своје прапочетке и правила о абузивном отказу, изнедрена у француској јуриспруденцији XIX века. У том контексту не треба посебно ни елаборирати каквој врсти инфлација спорова то води и колики су трајање и трошкови тих врста спорова, где судови, у циљу заштите положаја

запослених, индиректно креирају права која законом нису установљена, што је супротно основној философији континенталног судства.

3. Изостанак неопходног нивоа гаранција партиципативних права запослених у процесима колективних отпуштања у домаћем праву нипошто није случајан - он је само рефлексија кризе социјалног дијалога и колективног преговарања на свим нивоима, који је резултирао значајним опадањем како синдикалних, тако и индивидуалних права у оквиру крупне законодавне реформе извршене у области радног права 2014. године. Као разлози оваквог стања у први план се истичу непостојање респектабилних синдиката, објективна немогућност значајног броја домаћих послодаваца да испуне обавезе преко законског минимума, као и законска могућност послодаваца да сва права, обавезе и одговорности из радног односа уреде правилником о раду, као једностраним актом који је послодавац властан да донесе чак и без консултација са представницима запослених. У тим околностима, иако би се на први поглед могло закључити да су у домаћем праву обезбеђени механизми за подстицај колективног преговарања, с обзиром да постоји широка слобода синдикалног удруживања, да је утврђена релативно ниска граница за утврђивање репрезентативности синдиката, те да предмет колективног уговора могу бити сва питања из радног односа, укључујући и она која су релевантна за поступак решавања вишка запослених, чињеница да послодавац не трпи никакве консеквенце незакључивања колективног уговора чини да, у одсуству културе социјалног дијалога, *запосленима није гарантовано право, већ само слобода колективног преговарања*. Такав закључак потврђују чињенице да је у Републици Србији у целом посттранзиционом периоду од безмало 20 година закључен један једини колективни уговор на националном нивоу, док су грански колективни уговори закључивани чешће, али им је само у периоду важења општег колективног уговора давано проширено дејство, тако да је њихова примена ограничена на релативно узак круг запослених и послодаваца, с обзиром да већина домаћих послодаваца није члан Уније послодаваца која је потписник гранских колективних уговора. Овим је изгубљена значајна могућност "попуњавања" правних празнина које је закон оставио и унапређења положаја запослених кроз конституисање њихових права у поступцима колективног отпуштања путем аутономних правних извора. Не треба, наиме, заборавити, да су национални и грански колективни уговори са проширеним дејством посебну пажњу посвећивали проблематици решавања вишка запослених и у том смислу прописивали критеријуме за селекцију запослених, уређивали начин

примене мера за запошљавање, проширивали круг запослених заштићених од отказа, утврђивали отпремнине у вишем износу од законом прописаних и, што је посебно важно, уређивали механизме одржавања социјалног дијалога, чиме су представници запослених имали могућност да буду благовремено информисани и консултовани о економским и финансијским аспектима пословања предузећа и пословним одлукама од значаја за радно-социјални положај запослених, што је за последицу имало да предлог програма решавања вишка запослених није могао да се појави као "гром из ведра" неба, што је сасвим могуће у одсуству социјалног дијалога и кретања у законском оквиру. Ова врста партиципације запослених више не постоји, јер, иако је предвиђена Ревидираном европском социјалном повељом, није интегрисана у домаћи закон, који на врло паупалан начин предвиђа начелну обавезу послодавца да информисе синдикат о економским и радно-социјалним питањима од значаја за положај запослених и чланова синдиката, која није праћена успостављањем било каквих механизма партиципације, нити санкција за повреду овог права, тако да се не може говорити о гарантијама права на партиципацију већ о слободи партиципације, аналогно слободи колективног преговарања. Када се имају у виду и скромна партиципативна права прописана за поступке решавања вишка запослених, намеће се закључак да постојећим гарантијама колективних права на колективно преговарање и права запослених на партиципацију у Републици Србији нису обезбеђене правне претпоставке за ефикасан социјални дијалог којим би се обезбедила заштита права запослених у поступцима решавања вишка запослених и превенирали индивидуални и колективни радни спорови.

С друге стране, на значај колективног преговарања и партиципације запослених у овим процесима не упућују само међународни радни стандарди које је Република Србија прихватила, већ и примери добре праксе у посматраним правним системима. Тако, у француском и италијанском праву утврђивање критеријума и мера за запошљавање, па чак и правила партиципације у случају колективног отпуштања, представљају предмет колективног преговарања код послодавца. С обзиром да је закључење колективног уговора у домену аутономије воље, француски и италијански законодавац су предвидели подстицајне механизме, који послодавце мотивишу на закључивање колективних уговора, кроз могућност одступања од законом прописаних критеријума, мању изложеност могућностима забране колективног отпуштања (француско право), фискалне олакшице (италијанско право), те државне субвенције у реализацији мера за запошљавање, као и смањење

ризика спорова кроз споразумне раскиде уговора о раду са запосленима којима се обезбеђене мере за запошљавање предвиђене колективним уговорима (француско право). Немачко право, у коме је партиципација у поступцима колективних отпуштања резервисана за савете запослених, отишло је за корак даље, предвиђајући, поред информисања и консултовања, право на саодлучивање приликом доношења социјалног програма, уз успостављање обавезне арбитраже у случају изостанка договора. Као баланс су, са друге стране, успостављени механизми подстицаја на договор са саветима запослених, кроз могућност одступања од законом прописаних критеријума и значајно повољнији процесни положај послодавца у случају судског спора кроз презумпцију социјалне оправданости отказа и правилне селекције вишка запослених. Вредности партиципације, као механизма за заштиту права запослених у поступцима колективног отпуштања и превенцији могућих спорова, посебно се потврђују у правним системима у којима је створен правни оквир за формирање савета запослених, који представљају органе сарадње, са којима се успоставља континуиран социјални дијалог на нивоу предузећа, што је случај у француском, немачком праву и хрватском праву. Поред несумњиве вредности континуираног информисања и консултовања за заштиту положаја и превенцију спорова у случају колективног отпуштања, значај партиципације долази до изражаја и кроз учешће савета у свим отказним поступцима, укључујући и поступке индивидуалних отказа у оквиру колективних отпуштања, који у немачком и хрватском праву нису искључени, већ се "надовезују" на тај поступак и дају основ да савет запослених изјави приговор или ускрати сагласност на отказе одређеним категоријама запослених, чиме се додатно штити положај запослених и превенирају спорови, будући да сви пропусти до којих је евентуално могло доћи, могу бити дијагностиковани и отклоњени у поступцима појединачних отказа.

Ниједна од наведених могућности, међутим, није искоришћена у домаћем праву, захваљујући томе што, упркос преузетим међународним обавезама, нису створени стварни механизми за подстицај социјалног дијалога. Мишљења смо да простора за унапређење има, те да би домаћи законодавац *de lege ferenda* требало да размотри стварање услова за стварне колективне преговоре, односно партиципацију запослених, кроз успостављање оптималног баланса ограничења и подстицаја. Ограничења би се могла састојати у (1) искључивању могућности да одређена питања послодавци уређују самостално, уз евентуално укључивање (не)обавезне арбитраже. С друге стране, подстицај колективног преговарања и партиципације би

се могао обезбедити превасходно кроз: (2) сигурнији правни положај у случају судског спора, што представља прави пример превентивног деловања колективног преговарања, (3) могућност одступања од законских норми само колективним уговорима, при чему треба размотрити и евентуално допуштање *in peius* изузетака, уколико социјални партнери процене обострани интерес за одређеним уступцима у склопу решавања комплекснијих питања, (4) фискалне олакшице за одређена давања, као и (5) државне субвенције за финансирање дела отпремнина или обуке запослених коју би организовао послодавац. Сматрамо да је у интересу наведеног, (6) неопходно створити правни оквир за формирање савета запослених, како би се омогућило институционализовано представљање запослених и у срединама које нису синдикализоване, а којих је све више, с обзиром на континуирано опадање стопе синдикализације у Републици Србији.

4. Недостатак адекватне заштите положаја запослених и могућности превенције радних спорова у току поступка решавања вишка запослених хипотетички је могуће компензовати неким од метода мирног решавања насталих радних спорова, за шта почев од 2004. године у домаћем праву постоји и правни и институционални оквир, с обзиром да је тада донет Закон о мирном решавању радних спорова и основана Републичка агенција за мирно решавање радних спорова, као јавна институција пред коју се може изнети највећи број индивидуалних радних спорова, који се решавају арбитражним путем, као и највећи број колективних радних спорова, који се решавају кроз поступак мирнења, те да је могућност решавања спорова мирним путем предвиђена одредбама Закона о раду, који је створио правни оквир за индивидуалну и колективну (правну и интересну) арбитражу, као и Законом о посредовању у решавању спорова, који такође ствара широку платформу за могућност решавања свих врста радних спорова путем посредовања.

О делотворности мирних метода решавања радних спорова, као таквих, сведочи њихова све већа заступљеност у скоро свим врстама индивидуалних и колективних радних спорова у страним правима. Међутим, добровољност, као маркантно обележје ових метода, колико их чини здравим за развој индустријске демократије, толико их чини и рањивим у ситуацијама када стране не могу да пронађу заједнички интерес који би их мотивисао да прибегну неком од ових метода, што може бити случај у колективним отпуштањима, којима недостаје лични конфликт и потреба за дугорочним уређењем односа. С друге стране, колективитет

ризика са којима се послодавац конфронтира у колективним отпуштањима може бити важан мотив, с обзиром на ризик настанка спора са представницима запослених поводом остваривања и вршења колективних права запослених у тим поступцима, као и на могућност повреде индивидуалних права великог броја запослених типским грешкама, карактеристичним за ове поступке, које за послодавца могу представљати значајан извор трошкова. С друге стране, мотивација ће зависити од два чиниоца: (1) нивоа гаранција права представника запослених и њихове моћи да послодавцу "сметају" у поступку колективног отпуштања и (2) степена уверења послодавца да исправно поступа и да нема правне ризике. Уколико је ниво гаранција низак, а степен уверења висок, нема мотивације за решавање спорова мирним методима. Отуда је услов делотворности ових метода системско давање подстицаја послодавцима да преговарају, што су схватили и немачки и италијански законодавац, установивши погодности за послодавце који у поступцима колективног отпуштања постигну договор са представницима запослених.

Нажалост, о делотворности метода мирног решавања радних спорова, као таквих, у домаћем праву није могуће озбиљно говорити, јер је дискрепанца између броја покренутих поступака мирног решавања радних спорова и броја судских поступака толика да се коришћење мирних метода своди на ниво статистичке грешке. Као илустрација маргиналног учешћа мирних метода у решавању радних спорова може послужити податак да *пред домаћим судовима годишње буде покренуто око 2.5 пута више радних спорова него што их је пред Републичком агенцијом за мирно решавање радних спорова покренуто за 12 година њеног постојања*. С обзиром на све потенцијалне предности ових метода уз истовремену затрпаност судова радним споровима, који стога трају ван свих смислених рокова, неопходно је у циљу обезбеђења права на суђење у разумном року, које се од домаћих судова не може објективно очекивати, унапредити ефикасност метода мирног решавања радних спорова. Сматрамо да овај јавни интерес налаже не само "меке" мере у виду промоције метода и саме Агенције, организовања обука, штампања приручника и томе слично, већ, пре свега, *de lege ferenda* интервенције, кроз *прописивање обавезности поступка медијације (мирења или посредовања) пред Агенцијом и у индивидуалним и колективним радним споровима*, праћено санкцијама за повреду ове обавезе (репутационо, новчаним казнама, тежом процесном улогом у потоњој парници кроз трошкове и терет доказивања, обавезом повраћаја субвенција, немогућношћу учешћа на јавним тендерима и томе слично). Закључак о неопходности овако радикалне мере детерминише више премиса: (1)

статистички подаци Агенције указују да су спорови пред њом успешно окончавани у ситуацијама када су се странке упустиле у поступак, што се у највећем броју случајева дешавало у режиму обавезног мирења, (2) истраживање на респектабилном узорку је показало да отпор послодаваца према коришћењу ових метода представља једну од најкрупнијих препрека у њиховом развоју, при чему послодавци тврде да је узрок неспремности недовољна обавештеност о самим поступцима и предрасуде у погледу сопствене стигматизације у тим поступцима, (3) искуства упоредних правних система са дугом традицијом (британско и италијанско) који инсистирају на обавезности ових поступака, при чему су резултати британске службе *ACAS* изузетно убедљиви, (4) одсуство поверења у институције система и уверење о постојању корупције у свим деловима државног апарата и (5) одсуство традиције и културе дијалога, о чему несумњиво говори чињеница да у Републици Србији не постоји ни социјални дијалог, те није за очекивати да се мирни методи решавања радних спорова прихвате без одређеног наметања. Истовремено, добра пракса других правних система доказује да индустријску демократију није могуће подстаћи само ригидним мерама, јер се то може показати контрапродуктивним и резултирати злоупотребима, те да је неопходно успоставити баланс, што налаже да се, поред санкција за одбијање мирног решавања радног спора, пропишу и стимуланси, односно погодности и олакшице за послодавца који закључи споразум у индивидуалном или колективном радном спору, у виду фискалних олакшица, предности у субвенцијама и слично.

5. У ситуацији када превентивни механизми код послодавца, у оквиру поступка колективног отпуштања, нису спречили повреду субјективних права запосленог која је узрок насталог спора, вансудски методи решавања могу бити од одређеног значаја, што упоредноправна искуства показују, али се у тим случајевима, по правилу, могућност решавања спора тим методима своди на баланс уверења о *изгледима у судском поступку* на страни послодавца и запосленог, чиме се додатно афирмише важност судске заштите индивидуалних права у споровима поводом колективног отпуштања.

Поред тога, посебна важност јуриспруденције у овим процесима је у стваралачкој херменеутици судова, која кроз непосредно решавање радних спорова у овим процесима, "попуњава" правне празнине, ствара правну сигурност и води еволуцији законодавства, указивањем на "животне" потребе за увођењем и изменама одређених легислативних решења, што изузетно илустративно показује богата

француска јуриспруденција по питањима економски условљених отказа. Хармонизација јуриспруденције по одређеним питањима непосредно доприноси не само ефикасном решавању спорова, већ и њиховој превенцији, што најилустративније показује пример из домаће јуриспруденције, који се односи на усвајање заједничког става Уставног суда и Врховног касационог суда по питању (не)допуштености одрицања од отпремнине, које је због своје нејасне правне природе било повод инфлацији спорова, који су, међутим, оног момента када су ове две институције усагласиле праксу, заузевши заједнички став да је та врста одрицања недопуштена, отишли у историју.

С друге стране, делотворност судске заштите у поступцима колективног отпуштања непосредно је условљена (1) приступачношћу суда, (2) могућношћу брзог решавања спора пред судом, (3) активном улогом судије у поступку и (4) санкцијама које суд може да изрекне.

Под приступачношћу суда подразумевамо, пре свега, *ниске трошкове спора*, с обзиром да, упркос чињеници да је услов законитости колективних отпуштања у већини правних система, исплата отпремнине, ти износи, по правилу, нису високи, а како је будуће запослење упитно, с обзиром да масовна отпуштања представљају или последицу економске кризе и нарастајуће незапослености или *per se* увећавају незапосленост, од есенцијалног је значаја да трошкови судског поступка буду ниски и да доспевају у каснијој фази поступка, када је запослени већ нашао запослење или може да, у случају успеха у спору, ове трошкове превали на послодавца. Детаљном анализом трошкова радних спорова у домаћем праву утврдили смо да није тачна парадигма да су они превисоки и да ускраћују могућност судске заштите запосленима, што потврђује и веома висок број радних спорова који се годишње покрене пред домаћим судовима, а који константно износи око 36.000. Истовремено сматрамо да постоји простор за додатно унапређење законског решења, тако што би било императивно прописано да законски форум надлежности према месту рада запосленог не може бити дерогиран уговорима о раду, што постоји у француском праву, с обзиром да заснивање надлежности локалног суда значајно редукује трошкове доказног поступка и омогућава запосленом да поступак ради поништаја отказа уговора о раду води без икаквих трошкова (под претпоставком да спор није изгубио, у ком случају је дужан да послодавцу надокнади трошкове које му је проузроковао неоснованом тужбом). Иако сматрамо сјајним решењем принцип немачког права да свака странка сноси своје трошкове првостепеног поступка, чиме

се запослени ослобађа ризика трошкова у случају губитка спора, мишљења смо да ово решење није универзално прихватљиво и није апликативно на стање у Републици Србији, где су судови, захваљујући непостојању делотворних механизма који би служили као превенција или алтернатива судском поступку, већ толико оптерећени и недовољно ефикасни, да би инфлација нових спорова додатно успорила и учинила неефикасним рад судова и негативно се одразила на делотворност судске заштите.

Под могућношћу брзог решавања спора подразумевамо неопходност скраћивања процесних рокова, концентрацију поступка и забрану враћања предмета првостепеном суду, што се већ показало делотворним пре свега у немачком, а донекле и у италијанском и француском праву. Притом, *скраћивање процесних рокова без давања преклузивног карактера није делотворно*, што је показао пример домаћег права, које прописује посебне рокове за предузимање процесних радњи у односу на редовне парничне, али се ти рокови поштују само ако су законом прописани као преклузивни и не воде општем убрзавању поступка. *Концентрација доказног поступка* подразумева окончање расправе на једном рочишту или евентуално неколико њих у кратким роковима, тако да се задржава фокус на свим чињеничним и правним питањима, што имплицира *давање широких овлашћења судији* да ван рочишта темељно и квалитетно припреми расправу и у том смислу саслушава странке, сведоке, одређује увиђаје на лицу места, прибавља јавне и приватне исправе, ангажује вештаке, те да обезбеди присуство свих потребних лица на рочишту, како би се спор детаљно расправно, све *под претњом високих новчаних казни за непоштовање налога суда*, које би се аутоматски и ефикасно наплаћивале. *Обавеза објављивања пресуде* одмах након рочишта, која постоји у немачком и италијанском праву, додатно би утицала на квалитет и транспарентност поступка. *Обавезом другостепеног суда* да одлучи мериторно, која је условљена могућношћу отварања расправе уколико је то потребно, за шта већ постоје процесни услови у домаћем праву, кључно би се утицало на убрзавање поступка, посебно уколико би се ограничио рок за поступање по жалби, будући да се значајан корпус времена у домаћем праву изгуби у два потенцијална жалбена и поновљеном првостепеном поступку. Без установљавања и комплементарности свих наведених механизма, није могуће убрзати поступак, што је доказало домаће право, које је у једном периоду декларисало обавезу решавања радног спора у року од шест месеци, али како за то нису били предвиђени апсолутно никакви механизми изузев нешто краћих, непреклузивних рокова, идеја се показала утопијском и после

неког времена је у потпуности напуштена, на жалост, без икаквог покушаја имплементације алтернативних мера ради унапређења брзине поступка. Пословично дуго трајање судског поступка пред домаћим судовима је резултирало бројним представкама незадовољних грађана - запослених, упућених Европском суду за људска права због повреде права на суђење у разумном року, који је против Републике Србије изрекао велики број пресуда због ове повреде, апострофирајући значај хитног поступања у радним споровима. Чињеница да проблеми нису отклоњени ни доношењем Закона о праву на суђење у разумном року, доказује да се интервенције морају вршити на нивоу парничног поступка, увођењем специфичних правила поступања у радним споровима по угледу на добру праксу страних права.

Под активном улогом судије подразумевамо две ствари: (1) *ауторитативну судску медијацију на самом почетку и у току поступка*, налик немачком праву и (2) *истражено начело* у спровођењу доказног поступка. Судску медијацију у немачком праву издвајамо у односу на француске и италијанске модалитете, не само због доступности егзактних података о њеним изузетним ефектима, већ и због тога што њену методологију сматрамо примереном природи радних спорова проистеклих из поступака решавања вишка запослених, у којима странке на суђење мотивише превасходно неизвесност шанси и нада да ће успети у спору, те би нека врста прејудицирања његовог исхода, на чему се заснива немачка судска медијација, могла бити далеко подеснија да увери странке о потреби мирног решења спора у односу на методе класичне медијације, које су лишене легалистичког приступа и засноване на мотивисању странака да постигну компромис у циљу успостављања коректних односа и будуће сарадње, што код колективних отпуштања "није тема". Наравно, ово је условљено постојањем високог нивоа професионалног ауторитета и моралног дигнитета судије, која код носилаца судијске функције мора да се претпоставља. Такође, примена истражног начела би омогућила судији да преузме активну улогу у припреми и сортирању чињеничне грађе коју сматра релевантном за пресуђење, што би двоструко помогло запосленом, јер би, *прво*, спречило послодавца да крије релевантне податке и тиме запосленог ставља у неповољан положај услед немогућности да докаже одређене тврдње и, *друго*, омогућило запосленом да и без правног заступника води спор и тиме смањи трошкове, будући да би судија дефинисао релевантна питања и потребне доказе и тиме компензовао његову неукост.

Санкције које суд може да изрекне морају бити довољно компензаторне да исправе

неправду и штету која је запосленом нанета, а са друге стране, довољно ригидне да одврате послодавце од незаконитог поступања. Ово је уједно и *једини аспект у коме домаће право чини положај запослених повољнији у односу на државе коришћене као истраживачки узорак*, будући да је реинтеграција на захтев запосленог правило, од кога су изузеци ретки и безначајни, те да запослени, који не жели да се врати на рад има право на додатну одштету, као и право на исплату целокупне изгубљене зараде у периоду незапослености, независно од свог става у погледу враћања на рад. Овакво решење, које заправо и није експлицитно прописано законом већ је управо плод јуриспруденције домаћих судова, не постоји ни у једном другом посматраном праву и ставља запослене у повољан положај. С друге стране, *ова врста заштите долази прекасно, не утиче на правну сигурност, нити на целокупно унапређење судске заштите, још мање на привредни раст, тако да, као изолован параметар, не унапређује делотворност судске заштите у Републици Србији*. У том контексту, требало би размотрити, *барем у односу на враћање на рад, могућност извршности пре правноснажности*, по угледу на немачко и италијанско право, будући да би то, као нека врста привремене мере, значајно утицало на смањење потенцијалне штете за обе стране у спору.

6. Док судско решавање индивидуалних радних спорова представља аксиом уткан у највише међународне стандарде људских, грађанских и социјалних права, питање судског решавања колективних радних спорова предмет је битно супротстављених ставова у правној теорији и страним законодавствима. Тако, у италијанском праву уопште није могуће решавати колективне спорове пред судом, док је у француском и немачком праву та могућност ограничена на правне колективне радне спорове. Доступност суда у решавању колективних правних спорова сматра се потребном и са теоријског аспекта, будући да с обзиром на велики значај колективног преговарања и колективних уговора о раду за стабилност и развој индустријских односа и демократије, у правној држави никако не треба дозволити да решавање овако важних спорова зависи искључиво од метода мирног решавања радних спорова, због чега је неопходно предвидети и судску надлежност за решавање правних колективних радних спорова.

У том контексту, ни у једном од посматраних страних права није присутна могућност судског решавања интересних колективних радних спорова, што се и са теоријског аспекта сматра исправним концептом, с обзиром на природу тих спорова, који се не сматрају подобним за пресуђивање, већ морају бити решавани уз уважавање принципа правичности (*ex aequo et bono*). Судија, како се истиче у правној

теорији, не може да има улогу арбитра, јер није компетентан да процењује интересе професионалне природе и улази у рационалност одлука субјеката радног односа по питањима технолошке, економске или друге професионалне природе. Посматрано са овог аспекта, погрешно је и потенцијално опасно позитивноправно решење домаћег права које прописује да решавање интересних колективних радних спорова спада у судску надлежност, уз експлицитно овлашћење суда да судском одлуком супституише одредбу колективног уговора о којој странке нису могле постићи сагласност. И док би се ово евентуално могло сматрати прихватљивим решењем у контексту правних колективних радних спорова око тумачења колективног уговора, дотле је апсолутно неприхватљиво са аспекта интересних колективних радних спорова, јер флагрантно нарушава аутономију воље уговорних страна, као основно начело колективног преговарања и нелегитимно их приводи некој врсти принудне арбитраже, где је арбитар судија, који постаје и предузетник, јер заузима став по питањима за која није компетентан и овлашћен је да наметне учесницима колективног преговарања клаузуле нормативног и облигационог дела колективног уговора, који можда ниједна страна не жели, док једна од њих, извесно, није желела да спор мериторно решава треће лице. Када се, додатно, има у виду да Комитет Међународне организације рада за слободу удруживања чврсто и континуирано стоји на становишту да синдикат не може бити изложен принудној арбитражи, осим у случају штрајка у виталним делатностима, а да је у овим споровима управо синдикат једна од страна, то домаће решење директно угрожава универзалне радне стандарде и заштиту синдикалног организовања и деловања, гарантовану фундаменталним конвенцијама МОП бр. 87 и 98.

7. Инспекција рада, са својом основном надлежношћу - надзора над спровођењем закона и предузимањем мера за унапређење поштовања закона, отклањање незаконитости и кажњавање прекршилаца, самим тим има незаменљиву улогу не само у заштити права и интереса запослених, већ и *превенцији спорова*, будући да је повреда закона од стране учесника радног односа један од основних узрочника индивидуалних и правних колективних радних спорова. Поред тога, надлежност инспекције рада да предлаже измене законске регулативе такође има важну превентивну улогу, с обзиром на потенцијал инспекције рада да сагледа практичне проблеме у примени прописа и најчешће узроке настанка спорова, што може у одређеном степену редуковати настанак спорова. Међутим, инспекција рада може имати *још важнију улогу у превенцији спорова* уколико се њене иницијалне надлежности,

утврђене међународним стандардима, додатно прошире, о чему говоре примери добре праксе из страних права, у системима у којима су инспекцији рада поверена овлашћења да (1) *цени ваљаност социјалног програма* сачињеног у поступку колективног отпуштања са аспекта адекватности мера предвиђених за спречавање или смањење броја отказа, односно ублажавање негативних последица отказа, или (2) *учествује у колективним преговорима* чији предмет могу бити питања од изузетне важности за колективна отпуштања, или (3) *даје претходне сагласности на опште акте послодавца*, или (4) *издаје претходне сагласности на акте о престанку радног односа* у односу на одређене категорије запослених, посебно када су у питању откази из економских разлога. Поред тога, инспекција рада, због своје стручности и ауторитета, праћеним прерогативима државног империјума и изрицања санкција, може бити важан фактор брзог и ефикасног *решавања* већ насталих индивидуалних и колективних спорова, о чему илустративно говоре позитивни примери страних права у којима су инспекторима рада поверене улоге *посредника и арбитра*.

Потенцијали инспекције рада нису на задовољавајући начин искоришћени у домаћем праву, будући да у постојећем правном оквиру *Инспекторат за рад има искључиво базичне надлежности предвиђене универзалним радним стандардима*, обogaћене у односу на незаконите престанке радног односа само једном додатном мером - одлагањем извршења решења о отказу. Додатни проблем представља чињеница да ни основне *мере које инспектор рада може да одреди - превентивне, корективне и репресивне, нису праћене довољно строгим, разноврсним и ефикасно спроводивим санкцијама* за повреде закона, што представља основни теоријски постулат ефикасности инспекцијских мера. Наиме, основна санкција предвиђена за повреде одредби Закона о раду је покретање прекршајног поступка у коме се могу изрећи новчане казне у распонима од 50.000 до 2.000.000 динара. Акцесорно, инспектор рада може поднети против послодавца кривичну пријаву или иницијативу за оцену уставности и законитости општег акта, али то су недовољно одвраћајуће мере. Додатни проблем представља поступање у пракси, које указује да механизми имплементације инспекцијских мера нису обезбеђени, будући да очигледно не постоји координисано деловање инспекције рада и прекршајних органа, а сам инспектор рада нема довољно ефикасне механизме да спроведе репресивне мере, с обзиром на ограничену употребу мандатних казни. Сматрамо посебно алармантним податке о просечном износу изречене новчане казне по послодавцу и учешћу застарелих прекршајних поступака у броју поднетих прекршајних пријава, будући да ти подаци указују да је

изложеност послодавца прекршајној санкцији финансијски ограничена на износ динарске противвредности од око 1.000 евра на годишњем нивоу, при чему постоји око 30% шансе да се чак и тај симболичан износ казне избегне, пошто око трећине покренутих прекршајних поступака буде обустављено због наступања застарелости. Чини се да ови подаци не траже даљи коментар.

Поред наведених, општих инспекцијских мера, Инспекторат рада има право на одређивање посебне инспекцијске мере, која је репресивна по свом карактеру, а састоји се у одлагању извршења отказа уговора о раду који је заснован на "очигледној повреди закона", чиме се постиже ефекат привремене реинтеграције враћања запосленог на рад до правноснажног окончања радног спора. Ова врста "привремене мере" неуобичајена је са аспекта посматраних решења страних права, у којима само суд може да одреди меру привремене реинтеграције. На рачун ове инспекцијске мере може се ставити низ замерки, што смо детаљно елаборирали, а овде сумарно: (1) сувишна је с обзиром на овлашћење суда да и по службеној дужности одреди привремену реинтеграцију, (2) омогућава привремену реинтеграцију и због формалних повреда поступка, које не дају запосленом право на враћање на рад уколико се утврди да је за отказ постојао ваљан отказни разлог, (3) не одражава на прави начин баланс интереса и није одржива са аспекта послодавца који је приморан да решава вишак запослених, а (4) механизам њене имплементације није разумљив и једноставан за примену. С друге стране, она има одређену хипотетичку вредност с обзиром на недовољно ефикасну судску заштиту и брзину рада судова, посебно у условима високе незапослености и тешке материјалне угрожености радника који је остао без посла. Међутим, статистички подаци Инспектората рада за 2015, 2016, и 2017. годину показују да свега око 1% од укупног броја запослених који се на годишњем нивоу као вишак запослених пријави на евиденцију Националне службе за запошљавање, буде враћено на рад по основу ове инспекцијске мере, што чини занемарљив проценат и додатно потврђује хипотезу да потенцијали инспекције рада нису у довољној мери искоришћени ради заштите положаја запослених у поступцима колективних отпуштања, као и превенције и решавања радних спорова.

8. У одсуству неопходног нивоа гаранција права и делотворних правних и институционалних механизма, као претпоставки за заштиту положаја запослених у поступцима колективних отпуштања, колективно деловање ради заштите угрожених интереса запослених постаје нужно средство. Оно што се неминовно намеће,

приликом теоријског разматрања колективног деловања, првенствено штрајка, као јединог облика колективног деловања који је на међународном плану признат као основно социјално право, јесте питање легалитета и легитимитета штрајка када се он јавља насупрот "светости" слободе предузетништва и слободе кретања капитала, чија неповредивост постаје парадигма модерног друштва. Ово питање се постављало више пута пред јуриспруденцију два међународна европска суда - Европског суда за људска права и Европског суда правде и изнедрило различите ставове, који су били повод бројним теоријским полемикама. Наиме, док је Европски суд за људска права у споровима *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) и *Enerji Yap-Yol Sen v. Turkey* (68959/01), насталим у вези са ограничавањем права на колективно преговарање и штрајк у турском јавном сектору, истакао да *право на колективно преговарање представља есенцијални елемент права на удруживање* из чл. 11 Европске конвенције за заштиту људских права, *а да право на штрајк представља важан инструмент за заштиту права чланова синдиката*, које, стога, може бити ограничено актом извршне или судске власти искључиво под условима прописаних одредбом чл. 11, ст. 2 те Конвенције, Европски суд правде је у споровима *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet* (C-438/05) и *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* (C- 341/05), заузео став да *остваривање права на штрајк мора бити изложено тесту пропорционалности, како би се утврдило да ли разлози штрајка оправдавају ограничења гаранције слободе предузетништва и слободе протока услуга гарантованих комунитарним правилима*, у ком циљу се мора испитати (1) *неопходност колективне акције*, односно да ли је колективна акција потребна и предузета са циљем заштите запослених чије су запослење или услови рада угрожени и то не апстрактно, већ конкретно и непосредно угрожени, односно изложени "озбиљној опасности", (2) *подесност колективне акције*, односно да ли колективна акција представља одговарајући метод за остваривање тих циљева и (3) принцип *ultima ratio*, који захтева да суд испита да ли су у конкретном случају стајала на располагању друга, мање инвазивна средства за решавање радног спора, те да ли су иста искоришћена пре ступања у штрајк.

Полазећи од чињенице да је јуриспруденција Европског суда за људска права непосредно обавезујућа за Републику Србију, те с обзиром на усвојену концепцију штрајка у домаћем праву, које могуће циљеве штрајка веома екстензивно поставља, као "професионалне и економске интересе по основу рада" запослених који

организују штрајк, сматрамо да се мора заузети став да право на штрајк несумњиво представља легално и легитимно средство за борбу против незаконитих аката послодавца у поступку решавања вишка запослених, па чак и *per se* спречавање колективних отпуштања, с обзиром да професионални и економски интереси по основу рада по дефиницији подразумевају тежњу за задржавањем радног односа на неодређено време и стабилних прихода од рада код послодавца. Иако гаранције права на рад и начело стабилности запослења не дају запосленом "право својине" на радно место код конкретног послодавца, иманентно фордистичком концепту радних односа, већ су ограничене на заштиту од неоправданог отказа, есенцију радног права чине не само права, већ и интереси, посебно када је реч о колективним радним односима. Управо ти интереси чине покретачку снагу и битан еволутиван фактор који је историјски водио томе да норме радног права не остану "заковане у камену и заробљене у времену" и да се мењају сагласно променама у суштинском карактеру радних, друштвених и економских односа. У том контексту, легитиман интерес запослених да не остану без посла ако то није неопходно, на шта упућује и концепција ваљаних отказних разлога у међународном праву, те стварног и озбиљног разлога у француском праву, односно социјално оправданог отказа у немачком праву, чини оправданим стварање притиска на послодавца, путем индустријске акције, да још једном преиспита алтернативне могућности унапређења пословања, које ће у већој мери уважити потребу за очувањем запослења, тако да масовна отпуштања ипак буду *ultima ratio*.

Додатни легитимитет штрајковима чији је циљ спречавање колективних отпуштања у домаћем праву би се могао наћи у ниском нивоу гаранција права запослених за случај колективних отпуштања у односу на међународне радне стандарде и стандарде заштите који постоје у посматраним страним правима. Наиме, у ситуацији када послодавци имају врло екстензивна овлашћења за доношење одлука о технолошким, економским и организационим променама које резултирају престанком потребе за радом запослених, када судови те одлуке не преиспитују, осим у флагрантним случајевима злоупотреба на индивидуалном нивоу, а јединог адресата комуникације у вези са поступком решавања вишка запослених представљају репрезентативни синдикати са безначајним овлашћењима у тим поступцима, колективна отпуштања постају једноставан механизам за решавање привремених проблема у пословању, посебно у ситуацији високе незапослености која омогућава послодавцима релативно једноставну супституцију радне снаге, што

може представљати разлог да се овој врсти штрајкова мора дати легитимитет, како би се стварањем притиска на послодавца створили услови да преиспита одлуку о колективним отпуштањима. Ово тим пре што је ниво отпремнина које запосленима треба да обезбеде одређену социјално-економску сигурност до проналаска новог запослења низак, судски поступци спори, изгледи за привремену реинтеграцију запослених у радни однос до окончања спора релативно ниски, једнако као и изгледи да се у инфлацији незапослености пронађе нови посао у кратком временском року.

Истовремено, мишљења смо да *de lege ferenda*, имајући у виду специфичну природу разлога за исказивање вишка запослених и потенцијалне импликације штрајка, у овој врсти штрајкова треба прописати обавезну фазу мирења као услова законитог ступања у штрајк, тако да до окончања законског рока за мирење није могуће ни ступити у штрајк нити покренути поступак решавања вишка, како би се кроз компетентан и конструктиван дијалог постигло разумевање ситуације и дошло до обострано прихватљивог решења. Такође, домаћим правом би се могла експлицитно признати пуноважност уговарања "клаузула очувања радног мира" у оквиру колективних уговора, које би штрајк због решавања вишка запослених у складу са законом и колективним уговором, током важења колективног уговора чиниле аутоматски незаконитим, чиме би се послодавци мотивисали да озбиљно преговарају, како би закључењем колективног уговора обезбедили могућности прилагођавања броја запослених условима пословања без ризика социјалних немира, а тиме би се истовремено унапредио положај запослених и успоставила правна сигурност отпуштања, те тиме утицало и на превенцију спорова.

9. Као друго важно питање поставља се питање ефикасности колективног деловања као средства за решавање ове врсте спорова. Истраживања показују да жеља запослених за колективним деловањем показује тренд континуираног пада, почев од седамдесетих година прошлог века, и то не само у Европи, већ и на глобалном нивоу, са повременим искакањима детерминисаним спорадичним догађајима. У правној теорији се као главни разлози оваквих тенденција издвајају: (1) пораст животног стандарда који је довео до пораста личних финансијских обавеза запослених (подизања хипотекарних кредита ради решавања стамбеног питања), (2) стабилније економске прилике и заустављање инфлаторних кретања, (3) ерозија синдикалног чланства, (4) развој метода мирног решавања радних спорова, (5) криза колективног преговарања, (6) опадање склоности запослених да проблеме

решавају штрајком, (7) глобализација која је донела географску удаљеност запослених од доносилаца одлука, (8) рестриктивна законска регулатива, као што је случај у британском праву још из периода конзервативне владе Маргарет Тачер, као и (9) мобилност капитала, робе и услуга, која обесмишљава штрајкове, будући да је капитал способен да мења дестинације, тако да захваљујући својој транснационалности може да се ефикасно "евакуише" са локалитета са високим трошковима радне снаге и штрајку наклоњеним радницима на друге локације, чиме радници који су покушали да проблем реше штрајком остају без посла.

Поред наведених препрека за делотворност штрајкова, које су превасходно политичког и друштвено-економског карактера, посебан проблем у домаћем праву представља екстензивно одређивање појма виталних делатности које су у посебном режиму штрајка, као и начин одређивања минимума процеса рада који је услов ступања у законит штрајк у тим делатностима. Наиме, стандарди Међународне организације рада имплицитно указују да, иако између појма виталних делатности и јавних предузећа не постоји знак једнакости, виталним делатностима треба сматрати превасходно јавне службе, чији застој доводи до значајног поремећаја у функционисању целог или дела становништва и ствара ризик по живот и здравље, што је и детерминисало стварање листе виталних делатности у ужем смислу и оних које то евентуално могу бити под одређеним условима, које обухватају *здравство, електродистрибуцију, водоснабдевање, телефонију и контролу лета* и евентуално, јавни транспорт, лучке и поштанске делатности, као и јавне службе од фундаменталног значаја. Истовремено, надзорна тела МОР истичу да се *виталним делатностима у стриктном значењу не могу сматрати* следеће делатности са листе коју је домаћи законодавац ставио у посебан режим штрајка и то: *радио и телевизија, нафтна индустрија, металургија и рударство, пољопривреда, прехранбена индустрија, образовање, градски саобраћај и поштанске услуге*. Домаћи законодавац је, тако, широким одређивањем делатности које *ex lege* улазе у посебан режим штрајка, а које се ни по међународним радним стандардима нити по логици ствари, не могу сматрати есенцијалним, у смислу опасности по живот, здравље и безбедност становништва, широко зашао у приватни сектор, с обзиром да у посебан режим штрајка сигурно спадају примера ради, аграрни сектор, те пекарска, млекарска и уљарска индустрија, а потенцијално и друге прехранбене индустрије, будући да је појам "производња основних прехранбених производа" веома непрецизан и могуће га је различито тумачити. Притом, ниједна од тих индустрија није део јавног сектора, тако да минимум процеса

рада одређује приватни послодавац, који у својим рукама има, колоквијално речено, "и нож и погачу", будући да има искључиву надлежност да одреди ниво минимума процеса рада, начин његовог одржавања, као и запослене који ће радити у штрајку, при чему не постоје никакви правни механизми да се одлука послодавца оспори или преиспита. Последица тога је да послодавац може да одреди ниво минимума процеса рада од, примера ради, 90% у свим организационим деловима, што запослени морају поштовати, под претњом отказа због повреде радне обавезе, чиме се штрајк, иако не формално, фактички и суштински забрањује, будући да послодавац штрајком не трпи критичан економски притисак који би га подстакао на решавање спора и испуњење штрајкачких захтева. Други проблем екстензивног одређивања виталних служби је остављање могућности извршној власти да управним актом прошири листу виталних делатности на оне које се, дискреционо, оцењују "посебно значајним за одбрану и безбедност", односно "неопходним за извршење међународних обавеза". Поред већ изложене генералне опсервације, која се односи на то да је супротно међународним стандардима одређивати појам виталних делатности актима извршне власти, с обзиром на висок ниво правне несигурности, арбитрности и ризик могућих злоупотреба, овде постоји и конкретан проблем. Наиме, иако наведене формулације могу на први поглед деловати као да се односе на јавни сектор, чињенице говоре да министарство одбране издаје потврде о "значају за одбрану и безбедност" предузећима из најразличитијих делатности у приватном сектору (на пример, прерада воде и поврћа, кондиторска индустрија), само на основу процене потенцијалне стратешке важности објеката у њиховом власништву, чиме је, потпуно неоправдано, велики број запослених изложен посебном режиму, односно фактичкој забрани штрајка, иако за тиме апсолутно нема потребе, јер у случају ванредног или ратног стања јавна власт има право реквизиције објеката за потребе војске, тако да минимум процеса рада у тим случајевима није ни потребан, а камоли неопходан, што према међународним радним стандардима треба да буде императив у његовом одређивању. Коначно, сврставање хемијске индустрије, индустрије челика и металургије у посебан режим штрајка, због могућности да застој у њима угрози живот или здравље људи или имовину веће вредности, те изједначавање ових индустрија са делатностима од јавног интереса у погледу одређивања минимума процеса рада, показује флагрантно неразумевање разлике између минимума процеса рада и технолошког минимума од стране домаћег законодавца. Технолошки минимум нема за циљ обезбеђивање

одређеног "јавног сервиса", већ искључиво превенцију хаварија које би довеле до еколошке катастрофе и страдања људи и имовине, што представља есенцијалну разлику која детерминише неопходност засебног уређивања ових делатности у погледу услова за остваривање права на штрајк, јер у овим индустријама није циљ испоручивање робе и вршење услуга на одређеном минимуму, већ само базично одржавање инсталација у мери која је неопходна да се спречи настанак хаварија. Сврставањем наведених индустрија "у исти кош" са делатностима од јавног значаја, домаћи законодавац је неоправдано лишио значајни број радника, с обзиром на масовност ових индустрија, права на штрајк које је, притом, историјски и есенцијално везано управо за овај сектор.

10. Истраживање спроведено у оквиру овог рада потврдило је постављене хипотезе и доказало неповољан материјалноправни и процесноправни положај запослених у поступцима колективних отпуштања. Законом нису успостављени одговарајући правни и институционални механизми који би омогућили запосленима могућност да заштите своја права и интересе и утичу на свој положај током самог поступка решавања вишка запослених. Репрезентативни синдикати су, у одсуству стварног права на партиципацију и заштите синдикалних представника од проглашења вишком, лишени стварне могућности да утичу на судбину запослених и претворени у "трансмитере" одлуке послодавца о томе ко ће бити проглашен вишком. У радним срединама у којима не постоји репрезентативни синдикат, запослени неретко сазнају да су вишак тек оног момента када им послодавац уручи решење о отказу. Инспекција рада, иако је формално снабдевена широким овлашћењима за санкционисање незаконитости, не располаже довољно ефикасним и одвраћајућим санкцијама за послодавце који крше закон, нити специфичним надлежностима које би омогућиле превенцију и решавање радних спорова у вези са поступцима колективних отпуштања. Када се томе дода да је искоришћеност мирних метода решавања радних спорова на рудиментарном нивоу, а право на остваривање штрајка подложно многим ограничењима, обистињава се иницијална претпоставка да је суд једина адреса за запослене у овим поступцима. Несумњиво је да санкције које судови имају овлашћења да изрекну представљају адекватну компензацију за незаконито отпуштене запослене, с обзиром да запослени, уколико то жели, по правилу има право да се врати на рад код послодавца, изузев у веома малом броју случајева који су више од теоријског значаја, те да има право на целокупну изгубљену зараду у периоду незапослености, а да,

уколико не жели да се врати на рад код послодавца, може, не губећи право на накнаду изгубљених зарада, да оствари право и на посебну компензацију у износу до 18 зарада. Истовремено, овако фаворабилне правне последице незаконитог отказа у односу на запослене, а ригидне у односу на послодавце, имају потенцијал да послодавце одврате од злоупотреба права и усмере ка томе да поштују законска правила. Међутим, знатно трајање судског поступка, које у просеку траје пет до шест година, оптерећује и запослене, који предуго чекају повратак на рад и финансијску компензацију, што представља посебан ризик у периодима високе незапослености која често прати колективна отпуштања, али и послодавце, који су због одређених грешака, које могу бити проузроковане бројним правним празнинама у закону, изложени високим трошковима и обавези реинтеграције запосленог у радну средину након дугог времена, када је, често, објективно немогуће то квалитетно спровести. Извесно је, у том контексту, да препуштање радних спорова искључиво судској надлежности, не омогућава нити њихову ефикасну превенцију, нити решавање, што представља императив заштите права запослених из радног односа, као и правне сигурности и развоја привреде. Простора за унапређење има много, с тим што исто захтева системска решења и обимне легислативне интервенције, у чему важну улогу имају како смернице постављене међународним радним стандардима, тако и искуства других националних система, која могу носити вредне поуке за даљи развој домаћег права у овој важној области радних односа, а циљ овог рада је био да се томе да скромни допринос кроз сублимирање одређених закључака и предлоге *de lege ferenda* решења.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Монографије

- Catherine BARNARD, *EU Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Brian BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009.
- Roger BLANPAIN, Frank Hendrickx, eds., *European Labour Law and Social Security Law*, Codex, Kluwer, 2002.
- Бојан БОЖОВИЋ, *Радни и социјални судови - друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016
- Arturo BRONSTEIN, *International and comparative labour law: Current challenges*, Palgrave Macmillan, International Labour Office, Geneva, 2009.
- Nicolas VALTICOS, *International labour law*, Springer Science+Business Media Dordrecht, Deventer, 1979.
- Virginia VILCHES SUCHS, *Mediation in Individual Labour Disputes, The cases of SERCLA (Andalusia) and ACAS (UK)* (Master's Thesis), Tilburg university, 2012.
- Francesco VITELLA, *L'impugnazione del licenziamento illegittimo tra il diritto sostanziale e la tutela giurisdizionale*, докторска дисертација, Università degli studi di Milano-Bicocca.
- Alvin L. GOLDMAN, Roberto L. CORRADA, *Labour law and industrial relations in United States of America*, Kluwer Law International, Alphen aan den RIJN, 2014.
- Zhanna ANATOLYEVNA GORBACHEVA, *Labour law and industrial relations in Russia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.
- Ivana Grgurev, *Labour law in Croatia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2013.
- Anne L. DAVIES, *Perspectives on Labour law*, Cambridge University Press, New York, 2009.
- Annie de ROO and Rob JAGTENGBERT, *Settling Labour Disputes in Europe*, Society for Personality and Social Psychology, Inc. The Netherlands, 2003.
- Сенад ЈАШАРЕВИЋ, *Решавање радних спорова мирним путем у теорији и пракси (докторска дисертација)*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2000.
- Donald D. CARTER, Geoffrey ENGLAND, Brian ETHERINGTON, Gilles TRUDEAU, *Labour law and industrial relations in Canada*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2001.

Jeff KENNER, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2003.

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

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

Hugh COLINS, *Justice in dismissal. The law of termination of employment*, Clanderon Press/Oxford University Press, New York, 1992 (reprinted 2011).

Ивана КРСТИЋ, Танасије МАРИНКОВИЋ, *Европско право људских права*, Савет Европе, Београд, 2016.

Jean-Pierre LABORDE, Jacques ROJOT, *Labour law and industrial relations in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011.

Pascale LAGESSE, *Labour and Employment Compliance in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016.

Sandra LALETA, *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija (neobjavljena), Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2011.

Бранко ЛУБАРДА, *Решавање колективних радних спорова – методи и институције*, Југословенско удружење за радно право и социјално осигурање, Београд, 1999.

Бранко ЛУБАРДА, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.

Arnaud MARTINON, *Essai sur la stabilité du contrat de travail à durée indéterminée*, Dalloz, Paris, 2005.

Нада НОВАКОВИЋ, *Раднички штрајкови и транзиција у Србији од 1990. до 2015. године*, Rosa-Luxemburg-Stiftung Southeast Europe и Институт друштвених наука, 2017.

Радица РАКИЋ, *Арбитража као метод мирног решавања радних спорова (мастер рад)*, Правни факултет Универзитета у Приштини - Косовска Митровица, стр. 44.

Joseph STIGLITZ, *Globalization and its Discontents*, London, Penguin Books, 2002.

Мијал СТОЈАНОВИЋ, *Радни спорови - СР Немачка, Аустрија, Република Италија, Република Словенија и Република Србија*, Family press, 2007.

Љиљана СТОЈШИЋ, *Инспекцијски надзор у области рада (докторска дисертација)*, Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2013.

Tiziano TREU, *Labour law and industrial relations in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.

Wolfgang von RICHTHOFEN, *Labour inspection: A guide to the profession*, Geneva, International Labour Organization, 2002.

Stephen HARDY, *Labour law and industrial relations in Great Britain*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2014., стр. 63, 65.

Bob HEPPLER, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, Portland, 2005.

Manfred WEISS, Marlene SCHMIDT, *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010.

Уџбеници

Александар БАЛТИЋ, Милан ДЕСПОТОВИЋ, *Основи Радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, треће издање, Савремена администрација, Београд, 1967.

Александар БАЛТИЋ, Милан ДЕСПОТОВИЋ, *Основи радног права Југославије*, "Савремена администрација", Београд, 1978.

Roger BLANPAIN, *European labour law*, Thirteenth revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London, New York, 2012.

Предраг ЈОВАНОВИЋ, *Радно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015.

Pascal LOKIЕC, *Droit du travail, Tome I: Les relation individuelles de travail*, P.U.F., Paris, 2011.

Бранко ЛУБАРДА, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.

Hugh COLLINS, Keith D. EWING, Aileen McCOLGAN, *Labour law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Alain СЕURET, Bernard Gauriau, Miné MICHEL, *Droit du travail*, Sirey, 2006.

Бранко ЛУБАРДА, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004.

Antoine MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 2006.

Erika SZYSZCZAK, *EC labour law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000.

Боривоје ШУНДЕРИЋ, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001.

РАДОВИ У ЗБОРНИЦИМА

Michel BLATMAN, "Collective Dismissal in France", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 131-191.

William BROWN, Sarah OXENBRIDGE, "Trade Unions and Collective Bargaining: Law and the Future of Collectivism", у: *The Future of Labour Law - Liber Amicorum Sir Bob Hepple QC*, Catherine BARNARD, Simon DEAKIN, Gillian MORRIS (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 63-77.

Antonio Martin VALVERDE, "Collective Dismissals in Spain", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 435-451.

Corinne VARGHA, "Reflections on ILO experience: How can the effectiveness of dispute resolution systems be assessed?", у Annika Talvik (Ed.) "Best Practices in Resolving Employment Disputes in International Organizations", *Conference Proceedings, ILO Geneva*, 15-16 September 2014, стр. 3-10.

Albertine VELDMAN, "The protection of the fundamental right to strike within the context of the European internal market: implications of the forthcoming accession of the EU to the ECHR", *Utrecht Law Review*, 2013.

Bruno VENEZIANI, "The Right to Information and Consultation ", у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (yp.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 381-403.

Bruno VENEZIANI, "The Right to Information and Consultation in Collective Redundancy Procedures", у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (yp.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 477-491.

Danielle VENN, *Legislation, collective bargaining and enforcement: updating the OECD employment protection indicators*, 2009.

Francesco d'AMORA and Andrea PATRIZI, "Italy", у: *The Labour and Employment Disputes Review*, Nicholas Robertson (ed), Law Business Research Ltd., London, 2018, стр. 55-66.

Mihajlo DIKA, Željko POTOČNJAK, "Arbitražno rješavanje radnih sporova", у M. Dika (yp.): *Zasnivanje i prestanak radnih odnosa – Rješavanje radnih sporova*, Zagreb, Narodne novine, 2004, стр. 237-269.

Mario EYLERT, Reinhard SCHINZ, "Collective Dismissal in the Federal Republic of Germany", : Roberto COSIO, Filippo CURCURUTO, Vincenzo DI CERBO, Giovanni MAMMONE (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 193-206.

Rob JAGTENBERG, Annie de ROO, "Employment disputes and arbitration, an account of irreconcilability, with reference to the EU and the USA", *Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Zagrebu, Vol. 68, no. 2, 2018*, стр. 171-192.

Предраг ЈОВАНОВИЋ, "Грађа за колективно радно право Србије", у: *Социјална права и економска криза, Дванаести златиборски правнички дани, Зборник радова са Саветовања правника*, Златибор, 2009, стр. 141-178.

Предраг ЈОВАНОВИЋ, "Питање вишка запослених у међународном и нашем праву", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, број 3/2009, стр. 47–55.

Keith EWING, "Laws Against Strike Revisited" у: *The Future of Labour Law - Liber Amicorum Sir Bob HEPPLE QC*, Catherine BARNARD, Simon DEAKIN, Gillian MORRIS (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2004, стр. 41-61.

Filippo CURCURUTO, "Collective Dismissal in Italy", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 247-272.

Бранко ЛУБАРДА, *Flexicurity – еуфемизам за либерализацију социјалног модела или феномен инхерентан глобализацији*, у: Стеван Дилић (ур.), "Правни капацитет Србије за европске интеграције, књ. II", Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, стр. 78–89.

Горан МАРКОВИЋ, "Одлагање извршења решења о отказу уговора о раду у светлу измена Закона о раду", у: Зоран Ивошевић (ур.) *Новине у прописима о надзору над применом прописа о раду*, Глосаријум, 2015, стр. 191-213.

Darko MILKOVIĆ, "Prestanak ugovora o radu", у: Predrag Bejaković и др., *Zakon o radu s komentarima i tumačenjima*. Zagreb: Tim press, 2014.

Љубица МИЛУТИНОВИЋ, "У сусрет примени Закона о заштити права на суђење у разумном року" у: Врховни касациони суд (ур.), *Заштита права на суђење у разумном року у судском поступку*, Савет Европе, Београд, 2015.

Angelika MULLER, "Regulation of Collective Redundancies: European Union Countries at the Mirror of Global Standards and Trends" у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, стр. 521-539.

Горан ОБРАДОВИЋ, *О потпуној накнади штете код незаконитог отказа*, у: Невена Петрушић (ур.), "Приступ правосуђу – Инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије. Трећа књига", Правни факултет Универзитета у Нишу – Центар за публикације, Ниш, 2009, стр. 95–102.

Andriani PAPADOPOULOU, "Collective Dismissals in Greece", у: Roberto Cosio, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, стр. 207-212.

Tim PORTWOOD, "France", y: *Dispute Resolution Review*, Damian Taylor (ed), Law Business Research Ltd., London, 2018, стр. 147-162.

Željko POTOČNJAK, "Prestanak ugovora o radu", u: Crnić, Ivica et al. *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb: Organizator i Pravni fakultet, 2007., стр. 375-494.

Željko POTOČNJAK, "Neki problemi primjene Direktive o kolektivnom otkazivanju ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i praksi", y: Darko Milković, Daria Kešlić (yp.), *Godišnjak 31. savjetovanja "Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i prakse"*, Hrvatsko društvo za građanskopravne znanosti i praksu i Organizator d.o.o., Zagreb, 23-2016, стр. 229-277.

Vicko PRANČIĆ, "O naknadi pretprocesnih troškova u parničnom postupku", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 47, 4/2010.

Зоран РАДУЛОВИЋ, Дејан КОСТИЋ, "Prospects of the right to strike in Serbia", y *Linkages Between Education and Employment / The Third International Conference Employment, Education and Entrepreneurship (EEE 2014), 15-17 October 2014 Belgrade Serbia*; Славко Караводић, Жарко Павић, Imani Silver Kyaruzi (eds.), Faculty of Business Economics and Entrepreneurship, 2014, стр. 246-264.

Mélanie SCHMITT, "The Right to Protection in Cases of Termination of Employment", y: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (yp.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, стр. 412-438.

Научни и стручни чланци и краћи написи

John T. ADDISON, Lutz Bellmann, Claus Schnabel and Joachim Wagner, *German Works Councils Old and New: Incidence, Coverage and Determinants*, IZA Discussion Paper No. 495, 2002.

The AIRE Centre (*Advice on Individual Rights in Europe*), "Пракса Европског суда за људска права у односу на Србију до краја 2015", <https://sudovi.me/podaci/vrhs/dokumenta/2582.pdf>.

Pasqualino ALBI, "La Riforma Monti-Fornero e i licenziamenti collettivi", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*. IT-161/2012.

Филип БОЈИЋ, "Право на штрајк у европском и домаћем законодавству", *Право и правсуда*, бр. 7-9/2010, стр. 516-527.

Lorenzo BORDOGNA, "Strikes in Europe: Still a Decade of Decline or the Eve of a New Upsurge", *The Indian Journal of Industrial Relations*, Vol. 45, No. 4/2010, стр. 658-670.

Colin BOURN, "Amending the Collective Dismissal Directive: A Case of Re-arranging the Deckchairs?" *9 International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, No. 227 (1993), стр. 227-243.

Дивна ВУЈАСИНОВИЋ ДУЧИЋ, Милена ШОШИЋ, Растко БРАЈКОВИЋ, Слађана КИКОВИЋ, Светлана БУДИМЧЕВИЋ, *Истраживање о мирном решавању радних спорова у Београду, Новом Саду и Нишу (с посебним освртом на пољопривреду, прехранбени, дуванску индустрију, водопривреду, грађевинску и индустрију грађевинског материјала, хемију и неметале)*, Иницијатива за развој и сарадњу - ИДС, Београд, 2013.

Chris BRIGGS, "Lockout law in a comparative perspective: corporatism, pluralism and neo-liberalism", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 21/3, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2005., стр. 481-502.

Chris BRIGGS, "Lockout law in Australia: into the mainstream?", *Australian Centre for Industrial Relations Research and Training*, Sydney, 2005.

Carlo BRUNI, "Collective redundancies in Italy", доступан на интернет страници: <https://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2016/05/BOOK-collective-dismissal-2.pdf>.

Niklas BRUUN, Caroline JOHANSSON, "Sanctions for unlawful collective action in the Nordic countries and Germany", *Kluwer Law International*, Alphen aan den Rijn, 2014, стр. 253-272.

Luigi VERDE, "*I termini per la impugnazione del licenziamento*", <http://www.firstcisli.it/wp-content/uploads/2018/06/I-termini-per-la-impugnazione-del-licenziamento.pdf>.

Sher VERICK, "Threshold Effects of Dismissal Protection Legislation in Germany", *IZA DP No. 991*, 2004.

Bernard GERNIGON, Alberto ODERO and Horacio GUIDO, "ILO Principles concerning the right to strike", *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), No. 4.

Vladimir GIMPELSON, Rostislav KAPELIUSHNIKOV, Anna LUKIYANOVA, "Employment Protection Legislation in Russia: Regional Enforcement and Labour Market Outcomes", *Iza Discussion Paper Series*, no. 4484/2009, стр. 1, 21.

Alvin L. GOLDMAN, "Comparative analysis of labor mediation using a bargaining strength model", *University of Kentucky – Law Faculty Publications*, Lexington, 1994, стр. 939-968.

Marc DE VOS, "European flexicurity and globalization: a critical perspective", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009, стр. 209-235.

Ana DE LA PUEBLA PINILLA, "'Cause' in collective dismissal", *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, vol. 4, бр. 1–2/2015, стр. 26–31.

Riccardo Del PUNTA, *What has equality got to do with Labour law? An Italian perspective*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Vol. 18/2, 2002, стр. 197-214.

Emmanuel DOCKÈS, "Equality in Labour law: an economically efficient human right? reflections from a French law perspective", *Kluwer Law International*, Alphen aan den Rijn, 2002, стр. 187-196.

EUROPEAN FEDERATION OF PUBLIC SERVICE (EPSU), *A mapping report on Labour Inspection Services in 15 European countries*, 2012, https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/EPSU_Final_report_on_Labour_Inspection_Services.pdf.

EUROFUND, *Individual disputes at the workplace: alternative disputes resolution*, 2010, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_files/docs/eiro/tn0910039s/tn0910039s.pdf.

EUROPEAN LABOUR LAW NETWORK, *Dismissal – particularly for business reasons – and employment protection*, 2011, <http://www.labourlawnetwork.eu>.

EUROPEAN NETWORK OF LEGAL EXPERTS, *Protection, involvement and adaptation. European labour law in time of crisis, restructuring and transition*, 2010, <http://www.labourlawnetwork.eu>.

Боривоје ЖИВКОВИЋ, "Незаконит отказ и последице", *Избор судске праксе*, vol. 14, број 1/2006, стр. 31–35.

Боривоје ЖИВКОВИЋ, "Право на штрајк у закону и пракси", *Избор судске праксе*, 1/2012, стр. 25-30.

Ulrich ZACHERT, "Conciliation, mediation and arbitration jurisdiction in Germany national level", 2016, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=2467&langId=en>.

Предраг ЈОВАНОВИЋ, "Отворена питања у пракси колективног преговарања и социјалног дијалога", *Право и привреда*, 7-9/2010, стр. 422-438.

Предраг ЈОВАНОВИЋ, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа”, *Радно и социјално право*, vol. XVII, број 1/2013, стр. 35–56.

Otto KAHN FREUND, Bob HEPPLE, *Laws Against Strikes*, Fabian Research Series 305, London, 1972.

Lilli CAROLLO, Silvia DONÀ, Marta FILIPPI, Anna ROTTA, Marianna RUSSO, "Contractual limits to the right to strike in the era of crisis. The Italian case with some comparative reliefs (France and the U.K.)", *Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA"*, University of Catania, INT. 125/2015.

Claire KILPATRICK, "Has polycentric strike law arrived in the UK? After Laval, after Viking, after Demir?", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, No. 3, 2014, 293-318.

Љубинка КОВАЧЕВИЋ, "Економска криза и реформе радног законодавства у европским државама, са посебним освртом на правила о отказу уговора о раду – могуће поуке за српско радно право", *Право и привреда*, бр. 7-9/2014.

Giuseppe CONTE, "The Italian way of mediation", *Arbitration Law Review*, Vol. 6 Yearbook on arbitration and mediation, vol. 6, 2014, стр. 180-203.

Roberto L. CORRADA, "The arbitral imperative in labor and employment law", *Catholic University Law Review*, vol. 47, 1998, стр 919-940.

Susan CORBY, "Arbitration in collective disputes: A useful tool in the toolbox", *ACAS*, 5/2015, <http://m.acas.org.uk/media/pdf/q/e/Arbitration-in-collective-disputes-a-useful-tool-in-the-toolbox.pdf>.

Matthias KNUTH, Gernot MÜHGE, Johannes KIRSCH, "Managing restructuring in Germany, Innovation and learning after the financial crisis", *IRENE Policy Paper* no. 7/2014, стр.

Ана ЛАЗАРЕВИЋ, „Накнада штете као правна последица незаконитог отказа”, *Право и привреда*, vol. 53, број 10–12/2015, стр. 96–111.

Pascale LORBER, "The Renault case: The European works councils put to the test", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1997, стр. 135-142.

Бранко ЛУБАРДА, "Отказ послодавца раднику из економских разлога - Вишак радника и сигурност запослења у упоредном праву", *Право и привреда*, vol. XXXI, број 3–6/1993, стр. 302–314.

Jonas MALMBERG, "The impact of the ECJ judgments on Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg on the practice of collective bargaining and the effectiveness of social action", *European Parliament - Directorate General for internal policies*, Brussels, 2010.

Menelaos MARKAKIS, "Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs Labour Rights in Case C-201/15 AGET Iraklis", публикација доступна на интернет страници: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3096964.

Darko MILKOVIĆ, "Ostvarivanje prava iz radnog odnosa", https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/Milkovic_Ostvarivanje_prava_iz_radnog_odnosa%5B1%5D.pdf.

Љубица МИЛУТИНОВИЋ, Милена ЂОРЂЕВИЋ, "Медијација и арбитража", *Билтен Врховног касационог суда* 2/2016, стр. 271-295.

John MCMULLEN, "Some Problems and Themes in the Application in Member States of Directive 2001/23/EC on Transfer of Undertakings", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 23/3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, стр. 335-374.

Rebecca MACFIE, "Employer's use of lockouts under the Employment Contracts Act 1991: a new balance of power?", *New Zealand Journal of Employment Relations*, 17/1992, стр. 319-331.

Gaetano NATULLO, "Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L.N. 92/12)", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*. IT-200/2014.

Jacqueline NOLAN-HALEY, "Mediation: The New Arbitration", *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 17, 61/2012, стр. 61-95.

Hrvoje OREŠIĆ, "Razlika u kriterijima koji se uzimaju u obzir prilikom poslovno uvjetovanog otkaza i otkaza u slučaju kolektivnog zbrinjavanja viška radnika", *Radno pravo* 24, 28 (2015), <https://www.informator.hr/clanci/razlika-u-kriterijima-koji-se-uzimaju-u-obzir-pril-mmcc>.

Alberto PIZZOFERRATO, "The economic crisis and labour law reform in Italy", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 31, no. 2, 2015, стр. 187-206.

Željko POTOČNJAK, "Prestanak ugovora o radu" (2017), рукопис (необјављен) за друго издање зборника *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*; прво издање: Ivica Crnić i dr. (eds.): *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Zagreb, Organizator i Pravni fakultet, 2007, стр. 375-494.

Rory RIDLEY-DUFF and Anthony BENNETT, "Towards mediation: developing a theoretical framework to understanding alternative dispute resolution", *Industrial Relations Journal*, 42(2), 2011, стр. 106-123.

Eric ROIG, „Le contrat de sécurisation professionnelle (CSP) : procedure”, <https://droit-finances.commentcamarche.com/faq/7500-le-contrat-de-securisation-professionnelle-csp-procedure>.

Eric ROIG, „Le congé de reclassement et licenciement“, <https://droit-finances.commentcamarche.com/contents/1549-conge-de-reclassement-et-licenciement>.

Eric ROIG, „ Le congé de mobilité : définition et droits du salarié”, <https://droit-finances.commentcamarche.com/contents/1573-conge-de-mobilite-definition-et-droits-du-salarie>.

Adam SAMUEL, "Arbitration, alternative dispute resolution generally and the European Convention on Human Rights", *Journal of International Arbitration*, 21(5), 2004, стр. 413-438.

Paul H. SANDERS, "Types of Labour Disputes and Approaches to Their Settlement", *12 Law and Contemporary Problems*, 1947, стр. 211-219.

Roselyn S. SANDS, „What’s new in French termination-of-employment law? A lot!”, *Practicing Law Institute (PLI) Cross-Border Employment Law 2018*, доступно на интернет страници: [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-pli-paper-2018-whats-new-in-french-termination-of-employment-law/\\$File/EY-pli-paper-2018-whats-new-in-french-termination-of-employment-law.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-pli-paper-2018-whats-new-in-french-termination-of-employment-law/$File/EY-pli-paper-2018-whats-new-in-french-termination-of-employment-law.pdf).

Raffaello SANTAGATA, "La normativa sui licenziamenti nel diritto tedesco: un primo bilancio del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale", *Working Papers, Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona"*, INT-96/2012, 2012, http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-INT/20121112-013639_santagata_n96-2012intpdf.pdf.

Silvana SCIARRA, "New Discourses in Labour Law, Part-time Work and the Paradigm of Flexibility", *European University Institute, Florence, Working paper law* NO. 2003/14.

David SPENCER, Samantha HARDY, *Dispute resolution in Australia*, Thomson Reuters (professional) Australia Limited, Sidney, 2014.

Thomas J. STIPANOWICH, J. Ryan LAMARE, "Evolving perceptions and use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in fortune 1,000 corporations", *Harvard Negotiation Law Review*, 16/2013.

Donald STORRIE, "Collective Dismissals in Belgium, France, Germany, Sweden and the UK: Some legal, institutional and policy perspectives", 2007, <http://www.mire-restructuring.eu/docs/Collect.redundancies%20EN.pdf>.

Изет СУЉОВИЋ, "Накнада штете у случају незаконитог отказа (члан 191. ст. 4. и 5. Закона о раду Србије)", *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2011, стр. 305–312.

Lee SWEPSTON, "Crisis in the ILO supervisory system: Dispute over the right to strike", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 29, no. 2 (2013) 199-218.

Предраг ТРИФУНОВИЋ, "Права запослених и уставна жалба", *Радно и социјално право*, бр. 1/2010, електронско издање доступно на интернет страници, <https://radno-pravo.org/casopis/?p=18>, 06.01.2019., стр. 11-12.

Предраг ТРИФУНОВИЋ, "Нови Закон о раду: два спорна питања субординације", *Билтен Врховног касационог суда*, број 3/2015.

Karen ULLMANN, Silke BOTHFELD, "The German Employment Protection Act – How does it work in company practice?" *WSI-Diskussionspapier No. 161, Wirtschafts und Sozialwissenschaftliches Institut in der Hans-Böckler-Stiftung, Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf*, 2008.

Federico FABBRINI, "Europe in need of a new deal: on federalism, free market and the right to strike", *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, 2012, стр. 1175-1258.

The Federal Labour Court, Erfurt, 2014, публикација Савезног радног суда доступна на интернет страници https://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/englische_version.pdf.

Maximilian FUCHS, "The bottom line of the European labour law (Part II)", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2004, стр. 423-444.

Jan HEINSIUS, "The European Directive on Collective Dismissals and its implementation deficits", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2009, стр. 263.

Frank HENDRICKX, "Flexicurity and the EU approach to the law on dismissal", *Tilburg Law Review*, vol. 14, 2007–2008, стр. 90-106.

Bob HEPPLER, "Rethinking laws against strike", *The 34th Countess Markievicz lecture of the Irish Association for Industrial Relations, delivered at University College Dublin on 11 October 2010*, <https://www.ul.ie/iair/sites/default/files/Sir%20Bob%20Hepple%20lecture%202010.pdf>

Ann. C. HODGES, "The Steelworkers Trilogy in the Public Sector", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 66, 1990, стр. 631-683.

Günter SCHAUB, "Personalabbau im Betrieb und neueste Rechtsprechung zum Kündigungsschutzrecht, insbesondere zur betriebsbedingten Kündigung", *Betriebs-Berater* (BB), 48 (1993).

James WATKINS, "Just how mandatory is early conciliation?", <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=cb249723-152a-4e81-8ed2-12b58e931571>.

Chris WHITE, "Workchoices: Removing the choice to strike", *Journal of Australian Political Economy*, 56/2005, стр. 66-80.

THE WORLD BANK INTERNATIONAL, "Experiences in Reforming Labor Inspection Services", 2011.

Коментари закона, приручници и збирке судске праксе

Зоран ИВОШЕВИЋ, Милан ИВОШЕВИЋ, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, 2018.

Barbara Kate REPA, *Your Rights in the Workplace*, Nolo, 2007.

Милан СТЕФАНОВИЋ, Добросав МИЛОВАНОВИЋ, Јована СТЕФАНОВИЋ, Иван ДРАГОШАН, *Водич за примену Закона о инспекцијском надзору*, Представништво Cardno Emerging Markets USA Ltd. Београд, Београд, 2017.

Боривоје ШУНДЕРИЋ, *Коментар Закона о штрајку*, Београд, 2005.

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА

1. Извори права међународног порекла

1.1. Организација Уједињених нација

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 7/1971).

1.2. Међународна организација рада

1.2.1. Стандарди

Конвенција број 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права ("Сл. лист ФНРЈ - Међународни уговори и други споразуми", бр. 8/58).

Конвенција број 98 о праву на организовање и колективно преговарање ("Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори", број 11/58).

Конвенција број 81 о инспекцији рада у индустрији и трговини ("Сл. лист ФНРЈ - међународни уговори и други споразуми", бр. 5/56).

Конвенција број 129 о инспекцији рада у пољопривреди ("Сл. лист СФРЈ", бр. 22/75).

Конвенција број 154 о колективном преговарању (Collective Bargaining Convention, 1981).

Конвенција број 135 о радничким представницима ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 14/82).

Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца ("Службени лист СФРЈ – Међународни уговори", број 4/84).

Конвенција број 175 о раду са непуним радним временом (Part-time Work Convention, 1994).

Препорука Међународне организације рада број 92 о добровољном мирењу и арбитражи (Voluntary Conciliation and Arbitration Recommendation, 1951).

Препорука број 81 о инспекцији рада у индустрији и трговини (Labour Inspection Recommendation, 1947).

Препорука број 82 о инспекцији рада у рударству и транспорту (Labour Inspection (Mining and Transport) Recommendation, 1947).

Препорука број 119 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, 1963).

Препорука МОП бр. 130 о поступцима испитивања приговора из 1967. године (Examination of Grievances Recommendation, 1967).

Препорука број 133 о инспекцији рада у пољопривреди (Labour Inspection (Agriculture) Recommendation, 1969).

Препорука број 143 о заштити и погодностима које треба приуштити радничким представницима у предузећу (Recommendation concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking, 1971).

Препорука број 163 колективном преговарању (Collective Bargaining Recommendation, 1981).

Препорука број 166 о престанку радног односа (Termination of employment recommendation, 1982).

1.2.2. Документи уговорних тела

ILC, 80th Session, *Part-time work*, International Labour Office, Geneva, 1992.

ILC, 82nd Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995.

Freedom of Association, Digest of decisions and principles of Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Geneva, 1996.

Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, Fifth (revised) edition, International Labour Office, Geneva, 2006.

ILO: *Labour Inspection*, International Labour Office Geneva, 2006.

ILO: *Recovering from the crisis: A Global Jobs Pact*, Geneva, 2009.

ILO: *Promoting collective bargaining Convention no. 154*, Geneva, 2011

1.3. Савет Европе

1.3.1. Стандарди

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода ("Сл. лист СЦГ - Међународни уговори", бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр. и "Сл. гласник РС - Међународни уговори", бр. 12/2010 и 10/2015).

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

Ревидирана европска социјална повеља ("Службени гласник РС - Међународни уговори", број 42/09).

1.3.2. Јуриспруденција Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права

Пресуда у предмету *Стевановић* против Србије, од 9. октобра 2007. године (представка број 26642/05).

Пресуда у предмету *Микуљанац, Малишић и Шафар* против Србије, од 9. октобра 2007. године (представка број 41513/05).

Пресуда у предмету *Цветковић* против Србије, од 10. јуна 2008. године (представка број 17271/04).

Пресуда у предмету *Станковић* против Србије, од 16. децембра 2008. године (представка број 29907/05).

Пресуда у предмету *Симић* против Србије, од 24. новембра 2009. године (представка број 29908/05).

Пресуда у предмету *Demir and Baykara v. Turkey*, од 12. новембра 2008. године (представка број 34503/97).

Пресуда у предмету *Enerji Yap-Yol Sen v. Turkey*, од 21. априла 2009. године (представка број 68959/01).

Пресуда у предмету *Винчић* против Србије, од 1. децембра 2009. године (представке број 44698/06, 44700/06, 44722/06, 44725/06, 49388/06, 50034/06, 694/07, 757/07, 758/07, 3326/07, 3330/07, 5062/07, 8130/07, 9143/07, 9262/07, 9986/07, 11197/07, 11711/07, 13995/07, 14022/07, 20378/07, 20379/07, 20380/07, 20515/07, 23971/07, 50608/07, 50617/07, 4022/08, 4021/08, 29758/07 и 45249/07).

Пресуда у предмету *К.М.С.* против Мађарске, од 10. јула 2012. године (представка број 19554/11).

1.4. Европска унија

1.4.1. Писани извори права

Consolidated version of the Treaty on European Union (*Official Journal* C 326, 26.10.2012, стр. 13–390).

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal* C 326, 26.10.2012, стр. 47–390).

Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, 9 December 1989, COM (89) 471 final.

Charter of Fundamental Rights of the European Union (*Official Journal* C 364/1, 18.12.2000).

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, стр. 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, стр. 3–5).

Council Directive 97/81/EC of 15 December 1997 concerning the Framework Agreement on part-time work concluded by UNICE, CEEP and the ETUC - Annex : Framework agreement on part-time work (*Official Journal* L 014 , 20.01.1998, стр. 9-14).

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, стр. 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, businesses or parts of undertakings or businesses (*Official Journal* L 82, 22. 3. 2001, стр. 16–20).

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 (*Official Journal* L 80, 23. 3. 2002, стр. 29–34)

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 (*Official Journal*, L 122, 16. 5. 2009, 28–44).

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 (*Official Journal* L 263, 08. 10.2015).

Commission of the European Communities, *Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century* (COM/2006/0708 final).

European Commission, *Towards common principles of flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions of 27 June 2007, COM(2007) 359 final.

1.4.2. Јуриспруденција Европског суда правде (Суда правде Европске уније)

Пресуда у предмету C-284/83 (*Metalarbejderforbund and Specialarbejderforbund i Danmark v. H. Nielsen & Son, Maskinfabrik A/S, in liquidation*), од 12. фебруара 1985. године, ECLI:EU:C:1985:61.

Пресуда у предмету 24/85 (*Jozeef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*), од 18. марта 1986. године ECLI:EU:C:1986:127.

Пресуда у предмету C-66/85 (*Deborah Lawrie-Blum v Land Baden-Württemberg*) од 3. јула 1986. године, ECLI:EU:C:1986:284.

Пресуда у предмету C-183/86 (*Arie Botzen and others v Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*) од 7. фебруара 1985., EU:C:1985:58.

Пресуда у предмету C-209/91 (*Watson Rask and K. Christensen v. ISS Kantinenservice A/S*) од 12. новембра 1992, ECLI:EU:C:1992:436.

Пресуда у предмету C-383/92 (*Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*) од 8. јуна 1994. године, ECLI:EU:C:1994:234.

Пресуда у предмету *Schmidt C. v. Spar und Leihasse*, No. C-392/92, ECR, 1994, 1311, ECLI:EU:C:1994:134

Пресуда у предмету C-449/93 (*Rockfon A/S and the Specialarbejderforbundet and Danmark*) од 7. децембра 1995. године, ECLI:EU:C:1995:420.

Пресуда у предмету C-171/94 и C-172/94 (*Albert Merckx and Patrick Neuhuys v. Ford Motor Company Belgium SA* Joined Cases) од 7. марта 1996, ECLI:EU:C:1996:87.

Пресуда у предмету C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997, ECLI:EU:C:1997:141.

Пресуда у предмету C-234/98 (*G. C. Allen and Others v. Amalgamated Construction Co. Ltd*) од 2. децембра 1999. године, ECLI:EU:C:1999:594.

Пресуда у предмету C-172/99 (*Oy Liikenne Ab v. Pekka Liskojärvi and Pentti Juntunen*) од 25. јануара 2001. године, ECLI:EU:C:2001:59.

Пресуда у предмету C-55/02 (*Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*), од 12. октобра 2004. године, ECLI:EU:C:2004:139, године.

Пресуда у предмету C-188/03 (*Irmtraud Junk v. Wolfgang Kbnel*), од 27. јануара 2005. године, ECLI:EU:C:2005:59.

Пресуда у предмету C-187/05 (*Agorastoudis i dr./Goodyear Hellas AVEE*) од 7. септембра 2006. године, ECLI:EU:C:2006:535.

Пресуда у предмету C-270/05 (*Athinaiki Chartopoiia AE v. L. Panagiotidis and Others*) од 15. фебруара 2007. године, ECLI:EU:C:2007:101.

Пресуда у предмету C- 341/05 (*Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*) од 18. децембра 2007. године, ECLI:EU:C:2007:809.

Пресуда у предмету C-385/05 (*Confédération générale du travail /CGT/ and Others v. Premier ministre and Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*), од 18. јануара 2007. године, ECLI:EU:C:2007:37.

Пресуда у предмету C-438/05 (*International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*) од 11. децембра 2007. године, ECLI:EU:C:2007:772.

Пресуда у предмету C-12/08 (*Monocar Styling SA, in liquidation v. Dervis Odemis and Others*) од 16. јул .2009. године, ECLI:EU:C:2009:466.

Пресуда у предмету C- Пресуда C-44/08 (*Akavan Erityisalojen Keskusliitto u др. /Fujitsu Siemens Computers*) од 10. септембра 2009. године, ECLI:EU:C:2009:533.

Пресуда у предмету C-235/10 (*David Claes and others v. Landsbanki Luxembourg SA, in liquidation*) од 3. марта 2011. године, ECLI:EU:C:2011:119.

Пресуда у предмету C-596/12 (*Commission vs. Italy*) од 13.02.2014, ECLI:EU:C:2014:77.

Пресуда у предмету C-182/13 (*Lyttle and Others*) од 13. маја 2015., EU:C:2015:0000.

Пресуда у предмету C-229/14 (*Balkaya vs. Kiesel Abbruch*) од 9. јула 2015. године, ECLI:EU:C:2015:455.

Пресуда у предмету C-80/14 (*USDAW and Wilson*) од 13. априла 2015., EU:C:2015:291.

Пресуда у предмету C-392/13 (*Rabal Cañas*) од 13. маја 2015., ECLI:EU:C:2015:743.

Пресуда у предмету C-422/14 (*Pujante Rivera/Gestora*) од 11. новембра 2015. године, ECLI:EU:C:2015:743.

Пресуда у предмету C-201/15 (*Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*) од 21.12.2016. године, ECLI:EU:C:2016:972.

1.4.3. Документи

Commission Staff Working Document, 'Fitness check' on EU law in the area of information and consultation of workers, Brussels, 26.7.2013, SWD(2013) 293 final.

2. Извори права унутрашњег порекла

2.1. Домаће право

Устав Републике Србије ("Службени гласник РС", број 98/06).

Закон о облигационим односима ("Службени лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, "Службени лист СРЈ", бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, и "Службени лист СЦГ", бр. 1/03).

Закон о судским таксама ("Сл. гласник РС", бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018).

Закон о полицији ("Сл. гласник РС", бр. 6/2016, 24/2018 и 87/2018).

Закон о штрајку ("Службени лист СРЈ", број 29/96).

Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања ("Службени лист СРЈ", бр. 30/96, 70/2001, 3/2002 и 39/2002).

Закон о пензијском и инвалидском осигурању ("Службени гласник РС", бр. 52/96, 46/98, 29/2001 и 80/2002).

Закон о радним односима ("Сл. гласник РС", бр. 55/96, 28/2001 и 43/2001 - други закон).

Закон о порезу на доходак грађана ("Сл. гласник РС", бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 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 и 7/2018 - усклађени дин. изн.).

Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 70/01 и 73/01).

Закон о безбедносно-информативној агенцији ("Сл. гласник РС", бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018).

Закон о основама пензијског и инвалидског осигурања ("Службени лист СРЈ", број 5/2003).

Закон о мирном решавању радних спорова ("Сл. гласник РС", бр. 125/2004, 104/2009 и 50/2018).

Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05, 61/05, 54/09 и 32/13).

Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14 и 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Кривични законик ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016).

Закон о безбедности и здрављу на раду ("Сл. гласник РС", бр. 101/2005 и 91/2015).

Закон о здравственом осигурању ("Сл. гласник РС", бр. 107/2005, 109/2005 - испр., 57/2011, 110/2012 - одлука УС, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 - одлука УС, 106/2015 и 10/2016 - др. закон).

Закон о здравственој заштити ("Сл. гласник РС", бр. 107/2005, 72/2009 - др. закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - др. закон, 93/2014, 96/2015 и 106/2015), чл. 4, 14.

Закон о арбитражи ("Сл. гласник РС", бр. 46/2006).

Закона о уставном суду ("Сл. гласник РС", бр. 109/2007)

Закон о уставном суду ("Сл. гласник РС", бр. 109/2007, 99/2011, 18/2013 - одлука УС, 103/2015 и 40/2015 - др. закон).

Закон о војсци Србије ("Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015, 88/2015 - одлука УС и 36/2018).

Закон о заштити података о личности ("Сл. гласник РС", бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон, 68/2012 - одлука УС и 107/2012).

Закон о уређењу судова ("Сл. гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 - др. закон, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 - др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 - одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС).

Закон о забрани дискриминације ("Службени гласник РС", број 22/09).

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености ("Службени гласник РС", бр. 36/09, 88/10, 38/15, 113/2017 и 113/2017 - др. закон).

Закон о спречавању злостављања на раду ("Сл. гласник РС", бр. 36/2010).

Закон о стечају ("Сл. гласник РС", бр. 104/2009, 99/2011 - др. закон, 71/2012 - одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018).

Закон о парничном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014 и 87/2018).

Закон о изменама и допунама Закона о Уставном суду ("Сл. гласник РС", бр. 99/2011).

Закон о прекршајима ("Сл. гласник РС", бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 - одлука УС).

Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова ("Сл. гласник РС", бр. 111/2013).

Закон о министарствима ("Сл. гласник РС", бр. 44/2014, 14/2015, 54/2015, 96/2015 - др. закон и 62/2017).

Закон о посредовању у решавању спорова ("Сл. гласник РС", 55/2014).

Закон о изменама и допунама Закона о раду ("Сл. гласник РС", бр. 75/14),

Закон о инспекцијском надзору - ЗИН ("Сл. гласник РС", бр. 36/2015, 44/2018 - др. закон и 95/2018).

Закон о заштити права на суђење у разумном року ("Сл. гласник РС", бр. 40/2015).

Закон о општем управном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО ("Сл. гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење и 113/2017 - аутентично тумачење).

Правилник о поступку мирног решавања радног спора ("Сл. гласник РС", бр. 12/2005, 84/2005 и 1/2019).

Општи колективни уговор ("Сл. гласник РС", бр. 22/97, 21/98, 53/99 - одлука УСРС, 12/2000 - испр. одлуке и 31/2001).

Општи колективни уговор ("Сл. гласник РС", бр. 50/2008, 104/2008 - Анекс I и 8/2009 – Анекс II).

Посебан колективни уговор за делатности угоститељства и туризма Србије ("Сл. гласник РС", бр. 74/2007).

Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 11/2011 и 50/2011 - анекс I).

Посебан - грански колективни уговор за металску индустрију Србије ("Сл. гласник РС", бр. 10/2012, 41/2012 - анекс I, 69/2012 - анекс II, 80/2012 - анекс IV и анекс III и 101/2012 - анекс V).

Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије ("Сл. гласник РС", бр. 76/2016).

Посебан колективни уговор за грађевинарство и индустрију грађевинског материјала Србије ("Сл. гласник РС", бр. 77/2016).

Посебан колективни уговор за хемију и неметале Србије ("Сл. гласник РС", бр. 77/2016).

Тарифа о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката - АТ ("Сл. гласник РС", бр. 121/2012).

2.2. Страна права

Француска

Code du travail.

Code de procédure civile.

LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

Италија

Costituzione della Repubblica Italiana.

Legge no. 604/66 (Norme sui licenziamenti individuali).

Legge no. 300/70 (Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento).

Legge no. 223/1991 (Norme in materia di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione, attuazione di direttive della Comunità europea, avviamento al lavoro ed altre disposizioni in materia di mercato del lavoro).

Legge no. 92/1992 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita).

Legge no 161/2014 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2013- bis).

Немачка

*Kündigungsschutzgesetz (KSchG)
Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)
Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
Gerichtskostengesetz (GKK).
Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz.*

Хрватска

Устав Републике Хрватске.
Закон о раду.
Закон о парничном поступку Републике Хрватске.
Закон о судовима Републике Хрватске.
Закон о подручјима и сједишту судова Републике Хрватске.
Закон о судским пристојбама Републике Хрватске.
Закон о бесплатној правној помоћи Републике Хрватске.
Закон о сузбијању дискриминације Републике Хрватске.
Овршни закон Републике Хрватске.

Словенија

Закон о деловних размерјих.

ДРУГИ ДОКУМЕНТИ

Домаћа јуриспруденција

Уставни суд

Решење Савезног уставног суда У. бр. 292/98 од 29.09.1999. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 115/2004 од 22. септембра 2005. године ("Сл. гласник РС", бр. 100/2005 од 21. новембра 2005. године).
Решење Уставног суда ИУ-15/2005 од 28. септембра 2006. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије, ИУ број 379/2005 од 25. маја 2006. године ("Сл. гласник РС", бр. 56/2006 од 30. јуна 2006. године).
Одлука Уставног суда број ИУз- 97/2012 од 20. децембра 2012. године ("Сл. гласник РС", бр. 18/2013 од 26.02.2013. године).

Одлука Уставног суда ИУо 344/2015 од 24. новембра 2016. године ("Сл. гласник РС", бр. 14/2017 од 27. фебруара 2017. године)
Одлука Уставног суда ИУо 222/2016 од 1.6.2017. године ("Сл. гласник РС" бр. 70/2017 од 20. јула 2017. године).
Одлука Уставног суда Уж-310/2007 од 22.12.2009. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-14/2008 од 03.12.2009. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-4272/2010. од 31.10.2012. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-6583/2012. од 25.03.2015. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-7559/2012. од 11.03.2015. године.
Одлука Уставног суда Републике Србије Уж-10976-2013. од 19.11.2015. године.

Врховни касациони суд

Пресуда Врховног касационог суда Рев2 392/2010 од 24.2.2010. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 574/2010 од 18.02.2010. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 887/2010 од 23.06.2010. године
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1494/2010 од 27.05.2010. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1122/2012 од 22.5.2013. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1017/2013 од 15.5.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1485/2013 од 29.5.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 168/2014 од 17.06.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 392/2014 од 03.12.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 398/2014 од 08.04.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 402/2014 од 05.06.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 410/2014 од 22.04.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 659/2014 од 07.05.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 745/2014 од 04.11.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 774/2014 од 16.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 787/2014 од 15.05.2015. године.
Решење Врховног касационог суда, Рев2 836/2014 од 27.5.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 841/2014 од 29.10.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 888/2014 од 08.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 960/2014 од 23.09.2015. године.
Решење Врховног касационог суда Рев2 970/2014 од 15.05.2014. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1120/2014 од 25.11.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1128/2014 од 30.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1140/2014 од 08.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1151/2014 од 24.06.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1357/2014 од 01.04.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1410/2014 од 02.12.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1547/2014 од 22.04.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1639/2014 од 30.09.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 91/2015 од 08.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 99/2015 од 08.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 231/2015 од 01.07.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 280/2015 од 08.10.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 382/2015 од 25.11.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 388/2015 од 09.12.2015. године
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 390/2015 од 28.10.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 431/2015 од 09.12.2015. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 457/2015 од 28.10.2015. године.

Пресуда Врховног касационог суда Рев2 299/2016 од 30.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 234/2016 од 08.12.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 436/2016 од 08.06.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 526/2016 од 15.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 575/2016 од 20.04.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 576/2016 од 09.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 618/2016 од 31.01.2018. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 620/2016 од 28.10.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 662/2016 од 29.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 688/2016 од 27.04.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 723/2016 од 27.04.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 768/2016 од 06.04.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 897/2016 од 21.12.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 906/2016 од 01.03.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 981/2016 од 29.09.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1005/2016 од 29.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1096/2015 од 09.06.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1137/2015 од 11.02.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1236/2016 од 29.03.2017. године;
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1300/2016 од 29.06.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1338/2016 од 19.10.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1406/2016 од 13.07.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1574/2016 од 14.9.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1769/2016 од 15.12.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1863/2016 од 16.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1934/2016 од 19.07.2017. године;
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2211/2016 од 29.11.2016. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2254/2016 од 24.01.2018. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2659/2016 од 23.02.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2878/2016 од 09.02.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2606/2016 од 08.11.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2891/2016 од 19.01.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 136/2017 од 04.05.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 411/2017 од 20.04.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 469/2017 од 30.03.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 1126/2017 од 11.05.2017. године
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2309/2017 од 28.09.2017. године.
Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2665/2017 од 20.12.2017. године.

Апелациони судови

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1. 2780/2010 од 24.2.2010. године.
Решење Апелационог суда у Београду Гж1 1797/2011 од 11.05.2011. године.
Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж1 6882/2013 од 4.12.2013. године.
Решење Апелационог суда у Београду Гж1 1191/2014 од 13.05.2014. године.
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 4181/2014 од 25.09.2015. године.
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 2097/2018 од 16.11.2018. године
Пресуда Апелационог суда у Београду Гж1 3101/2018 од 27.09.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1807/2011 од 26.09.2011. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2618/2011 од 30.01.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 629/2012 од 18.06.2012. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1776/2012 од 17.12.2012. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2227/2012 од 24.10.2012. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 2490/2012 од 14.11.2012. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 1667/2013 од 10.02.2014. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 2194/2013 од 29.10.2013. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 88/2014 од 30.01.2014. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 2430/2014 од 17.12.2014. године.
Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1. 1045/2015 од 08.06.2015. године.

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 1902/2010 од 11.11.2010. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 2131/2011 од 04.11.2011. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 1178/2013 од 20.12.2013. године
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 1787/2013 од 30.08.2013. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 3413/2014 од 03.12.2014. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1. 2349/2016 од 09.08.2016. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 755/2017 од 19.06.2018. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 1249/2017 од 20.02.2018. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 1398/2017 од 27.03.2018. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 3876/2017 од 07.12.2017. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 929/2018 од 24.05.2018. године.
Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж1 2689/2018 од 12.10.2018. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж1 2652/11 од 01.12.2011. године.

Управни суд

Пресуда Управног суда 12 У. 27129/2010 од 9.6.2011. године.
Пресуда Управног суда 11 У. 9175/2012 од 6.9.2012. године.

Јуриспруденција страних судова

Француска

Soc. 12. Mai 1998, no. 96-16406, bull. civ. 1998, V, no. 243
Soc. 30. sept. 1997, Bull. civ. V, n. 177.
Soc. 2. oct. 1997, JSL, 1997, n. 1-2.
Soc. 9. dec. 2003, Dr. soc., 2004, p. 210.
Soc. 21. fevr. 2007, n. 04-48795; Soc. 31 mai 2006, n. 04-47376.
Soc. 8 juill. 2009, Bull. civ. V, n. 173., Ass. plen., 8 dec. 2000, Bull. civ. AP n. 11, affaire SAT.
Soc. 15. avril 2015, no. 13-18849, D.
Soc. 18. Mars 2014, no. 12-28275, D.
Soc. 9. juillet 2015, no. 14-16009.
Soc. 27 Mai 2015, no. 14-11688, FS-P+B.
Soc. 5. april 1995, no. 93-42690, bull. civ. 1995, V, no. 123.
Soc. 12. juillet 2010, no. 09-15182, bull. civ. 2010, V, no. 166.
Soc. 17 mai 2006, no. 04-43022.
Soc. 6 decembre 2007, no. 06-43346.
Soc. 5. mars 2014, no. 12-24456, Soc. 18. novembar 1998, no. 96-42991, bull. civ. 1998, V, no. 499, p. 372.
Soc. 4. juillet 2000, no. 98-44626, нав. према: Ibid., стр. 164.

Soc. 14. décembre 2005, no. 04-40021, Soc. 15. novembre 2006, no. 05-40408, bull. civ. 2006, V, no. 339.
Soc. 28. novembre 2000, no. 98-46140.
Soc. 28. janvier 2015, no. 13-23440.
Soc. 9. juillet 2015, no. 14-16009.
Soc. 9. mart 2011, no. 10-11581.
Soc. 15. maj 2013, no. 11-26414, bull. civ. 2013, V, no. 122.
Soc. 24. septembar 2008, no. 07-42200, bull. civ. 2008, V, no. 178.
Soc. 5. oktobar 1999, no. 98-41384.
Soc. 9. jul 2003, no. 01-40016.
Soc. 10. decembar 2003, no. 01-47147.
Soc. 2. juillet 2014, no. 13-13876, bull. civ. 2014, V, no. 165.
Soc. 27. mai 2015, no. 13-18313.
Soc. 12. février 1997, no. 95-41694, bull. civ. 1997, V, no. 58, p. 38.
Soc. 1. mars 2000, no. 98-46233, bull. civ. 2000, V, no. 82.
Soc. 7. avrile 2004, no. 01-44191, bull. civ. 2004, V, no. 114.
Soc. 27. decembre 2012, no. 11-21849, bull. civ. 2012, V, no. 318, Soc. 13. février 2013, no. 11-21074, F-D.
Soc. 27. octobre 1998, no. 96-42843, bull. civ. 1998, V, no. 458, p. 342.
Soc. 26. fevr. 1992, RJS 4/92, n. 422.

Италија

Corte di Cassazione, sentenza n.24566/2011 и бр. 84/2009.
Corte di Cassazione, sentenza n.3866/2006.
Corte di Cassazione, sentenza n.7519/2010.
Corte di Cassazione, sentenza n.4678/2015.
Corte di Cassazione, sentenza n.22655/2012.
Corte di Cassazione, sentenza n.13705/2012.
Corte di Cassazione, sentenza n.2429/2012.
Corte di Cassazione, sentenza n.17177/2013.
Corte di Cassazione, sentenza n.24025/2013.
Corte di Cassazione, sentenza n.1722/2009.
Corte di Cassazione, sentenza n.16805/2003.
Corte di Cassazione, sentenza n.3603/2010.
Corte di Cassazione, sentenza n.880/2013.
Corte di Cassazione, sentenza n. 8830 del 14 avrile 2010.
Corte di Cassazione, sentenza n. 12352 del 17 maggio 2017.
Corte de Cassazione, sentenza n. 160/2017.
Corte di Cassazione, sentenza n. 4653/2009.
Corte di Cassazione, sentenza n.19576/2013.
Corte di Cassazione, sentenza n.82/2009.
Corte di Cassazione, sentenza n.5145/2013.
Corte di Cassazione, sentenza n.10126/2012.

Немачка

BAG 30.5.1978 AP BGB § 626 Nr. 70.
BAG 30.4.1987, AP KSchG 1969 § 1 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 42 = NZA 1987.
BAG 10.11.1995, AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969.
BAG 18.10. 2000, AP Nr. 39 zu § 9 KSchG 1969.

BAG 12.4.2002, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 117.
 BAG 24.6.2004, AP Nr. 76 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 13.3.1987, AP Nr. 37 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 26.9.1996, AP Nr. 80 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 7.5.1998, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung i dr.
 BAG 5.12.2002, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.
 BAG 2.6.2005, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.
 BAG 24.2.2005, AP Nr. 4 zu §1 KSchG 1969 Gemeinschaftsbetrieb.
 BAG 20.4.1994, AP Nr. 77 zu § 112 BetrVG 1972.
 BAG 28.10.1992, AP Nr. 65 zu § 112 BetrVG 1972.
 BAG 15.6.1989, AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung, NZA 1990, 65.
 BAG 12.4.2002, AP Nr. 120 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 20.1.1994, AP Nr. 8 zu § 1 KSchG 1969 Konzern.
 BAG 7.7.2005, AP Nr. 136 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB.
 BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 2.3.2006, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.
 BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB.
 BAG 17.9.1998, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.
 BAG 23.11.2004, AP Nr. 70 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.
 BAG 23.3.2006 AP Nr. 13 zu § 1 KSchG 1969 Konzern.
 BAG 3.2.1977, AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 17.3.2005, AP Nr. 71 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.
 BAG 6.6.1984, AP Nr. 16 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 22.4.2004, AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969.
 BAG 25.4.1996, AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 7.2.1991, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Umschulung.
 BAG, 23.01.1986 – 6 ABR 51/81, *Arbeitsrechtliche Praxis*, No. 32 §5 BetrVG 1972;
 25.10.1989 – 1 ABR 76/79, *Arbeitsrechtliche Praxis*, No. 42 §5 BetrVG 1972.
 BAG 20.9.2012 – 6 AZR 155/11.
 BAG 13.12.2012 – 6 AZR 752/11, AP KSchG 1969 § 17 no. 44.
 BAG 22.11.2012 – 2 AZR 371/11; 21.03.2012 – 2 AZR 60/12, ZIP 2013, 1589;
 20.02.2014 – 2 AZR 346/12 – BAGE 147, 237.
 BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, DB 2012, 2167; 22.11.2012 – 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47; 26.02.2015 – 2 AZR 955/13 – NZA 2015, 881; BAG 21.03.2013 – 2 AZR 6/12, BAGE 142, 202; 22.11.2012 – 2 AZR 955/13 – NZA 2015, 881; BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202; 22.11.2012 – 2 AZR 371/11 – BAGE 144, 47; BAG 21.03.2013 – 2 AZR 60/12, BAGE 144, 366.
 BAG 28.06.2012 – 6 AZR 780/10, BAGE 142, 202.
 BAG (27.4.1995, EzA § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 83)
 BAG 16.12.2004, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.
 BAG 11.5.2000, AP Nr. 13 zu § 102 BetrVG 1972.
 BAG 12.9.1985, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.
 BAG 12.2.2004, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969.
 BAG 26.9.2002, AP Nr. 124 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
 BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.
 BAG 19.6.1999, AP Nr. 101, 102 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

BAG 19.1.1999, EZA Nr. 93 zu 615 BGB.

Хрватска

U-III/1095/2000.
Revr-299/07 оА 23.05.2007.
Revr-611/04-2 оА 09.03.2005.
Revr-1610/11-2 оА 20.06.2012.
Revr-97/04-2 оА 07.04.2004.
Revr-1160/01-2 оА 07.10.2003.
Revr-210/03-2, оА 19.11.2003.
Revr-407-03-2 оА 20.05.2004.
Revr-281-04 оА 16.09.2004.
Revr-70-04 оА 26.05.2004.
Revr-605-02-02 оА 09.04.2003.
Revr-363-04 оА 24.11.2004
Rev-1244/01 оА 23.01.2002.
Revr-18/05-2 оА 09.03.2005.
Revr-203/05-2 оА 19.07.2005.
Revr-45/04 оА 11.05.2004.
Revr-87/04 оА 05.05.2004.
Revr-211/04 оА 11.01.2005.
Rev-71/01 оА 03.06.2003.
Revr-443/08-2 оА 26.11.2008.
Revr-298/07 оА 04.07.2007.
Revr-351/09 оА 27.01.2010.
Rev-1368/01 оА 23.01.2001.
Revr 500/08-2, оА 21.01.2009.
Revr-516/04 оА 01.12.2004.
Revr-1177/11 od 22.5.2012.
Revr-361/04-2 оА 19.5.2005.
Revr-648/07 оА 22.4.2009.
Revr-323/04 оА 16.4.2005.
Revr-602/08 оА 28.1.2009.
Revr-115/09 оА 29.4.2009
Rev-2147/01 оА 27.6.2002.
Revr-560/09 od 02.12.2009.
Rev-1890/01 od 6.5.2003.
Rev-376/1995-2 оА 12.4.1995.
Gžr-594/14 оА 23.04.2014.
Gžr.-433/12 оА 08.05.2012.
Gžr. 995/09-2 оА 07.10.2009.
Gžr-2658/09 оА 11.12.2012.
Gžr-1136/13 оА 21.1.2014.
Gž-1400/97 оА 2.4 1998.
Gž 281/03-2 оА 11.3.2003.

Сједињене Америчке Државе

Пресуда Врховног суда САД *Textile Workers v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448 (1957).

Пресуда Врховног суда САД *United Steelworkers v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960).
Пресуда Врховног суда САД *United Steelworkers v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960).

Пресуда Врховног суда САД *United Steelworkers v. Enterprise Wheel & Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

Пресуда Врховног суда САД *Alexander v Gardner-Denver*, 415 U.S. 36 (1974).

Пресуда Врховног суда САД *Gilmer v Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

Шпанија

Пресуда Врховног суда Шпаније у предмету 158/2013 од 26. марта 2014. године.

Службена мишљења Министарства надлежног за рад

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 130-05-38/2005-02 од 30. јуна 2005. године.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-880/2005-02 од 19.9.2005. године.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-162/2006 од 18.8.2006. године.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-01107/2006-02 од 14.12.2006. године;

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-323/2007-02 од 17.5.2007. године.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00228/2008-02 од 15.5.2008. године.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-774/2010-02 од 28.10.2010. године.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-00473/2011-02 од 27.7.2011. године.

Остали документи и релевантне интернет странице

База података ОЕБС о прописима у области очувања запослења (*Employment Protection Regulation – EPL*), <https://www.oecd.org/els/emp/France.pdf>.

База података Међународне организације рада о прописима држава чланица у области прописа о очувању запослења, https://www.ilo.org/dyn/eplx/termmain.showCountry?p_lang=en&p_country_id=187.

Републичка агенција за мирно решавање радних спорова, <http://www.ramrrs.gov.rs/wp-content/uploads/2017/03/Informator-o-radu-DOC-jul.pdf?lang=lat>.

Врховни касациони суд - Статистика о раду судова опште надлежности у Републици Србији за 2015, 2016. и 2017. годину, <https://www.vk.sud.rs/sr-lat/raniji-godi%C5%A1nji-izve%C5%A1taji-o-radu>.

Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања:
<https://www.minrzs.gov.rs/sr/ministarstvo/organizaciona-struktura>;
<https://www.minrzs.gov.rs/sr/aktuelnosti/saopstenja/izvestaj-o-radu-inspektorata-za-rad-za-2017-godinu>

Образложење Предлога Закона о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова из 2018. године, доступан на интернет страници:
http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/4356-17%20lat.pdf, 21.01.2019., стр. 6-7.

Служба за саветовање, мирење и арбитражу (*ACAS*, Annual report and accounts 2017-18), <http://m.acas.org.uk/media/pdf/m/2/Acas-annual-report-2017-2018.pdf>.

The U.S. Equal Employment Opportunity Commission, "Understanding waivers of discrimination claims in employee severance agreements", доступно на интернет страници: https://www.eeoc.gov/policy/docs/qanda_severance-agreements.html#B, 04.01.2019.

БИОГРАФИЈА

Ана Лазаревић је рођена 3. октобра 1971. године у Београду. Основну школу и гимназију је завршила у Београду, као носилац Вукове дипломе по завршетку основног и гимназијског школовања. Правни факултет Универзитета у Београду, смер међународно право, уписала је школске 1991/1992. године и на њему дипломирала у јуну 1996. године, са општом просечном оценом 9,58. Током студирања је награђивана за одличан успех похвалницама Правног факултета Универзитета у Београду.

Након стицања дипломе, јула 1996. године запослила се као адвокатски приправник, а фебруара 1999. године је, након успешно положеног правосудног испита, уписана у именик адвоката при Адвокатској комори Србије и Адвокатске коморе Београда. Јануара 2005. године је основала партнерску адвокатску канцеларију ”Лазаревић и Прпић адвокати”, која послује у форми адвокатског ортачког друштва и у пракси је усмерена преваходно на области привредног, радног и имовинског права.

Поред редовних обавеза у адвокатури, почев од школске 2009/2010. године учествује у раду Правне клинике Правног факултета Универзитета у Београду, у настави из предмета Професионална етика судија и адвоката. Такође, почев од 2010. године је редован предавач на ”Мокрогорској школи менаџмента”, у програму који је посвећен едукацији руководиоца служби за људске ресурсе и правне послове у компанијама.

Течно говори енглески и италијански језик, а у раду се служи руским и француским језиком.

Докторске студије на Правном факултету Универзитета у Београду, радноправна научна област, уписала је школске 2013/2014. године. Након полагања испита на првој години докторских студија (Решавање колективних радних спорова и Радно и социјално право) са највишим оценама, одбранила је преддокторски рад на тему “Измене уговора о раду – кључна правна питања” и положила испит Методе научно-истраживачког рада и вештина са оценом десет.

Другу годину докторских студија уписала је школске 2015/2016. године и са највишом оценом десет пред Комисијом положила Први докторски испит (Радно

право, Право социјалне сигурности и Међународно радно право) и Други докторски испит (Извори радног права и Решавање колективних радних спорова). Током друге године докторских студија је јавно одбранила семинарски рад под називом ”(Не)подесност узбуњивања као инструмента за заштиту личних права запослених”, у коме се, кроз анализу настанка и развоја института узбуњивања, међународних правних извора, те упоредноправних решења и праксе, тражи одговор на питање да ли информација запосленог да су његова индивидуална радна права повређена кршењем одређених прописа може бити предмет узбуњивања, којим се покреће механизам специфичне радноправне заштите.

У марту 2017. године је учествовала у раду међународне конференције “Restructuring of Companies and Protection of Employees’ Rights: Views from the EU, Austria, Serbia and Macedonia”, организованој на Правном факултету Универзитета у Београду, у оквиру пројекта ”Restructuring of Companies and the EU Law“, изложивши рад на тему *Jurisprudence of Serbian courts regarding protection of employees’ rights in the event of restructuring of companies*.

У мају 2017. године је, као представник Правног факултета Универзитета у Београду, учествовала на јубиларном Десетом семинару за младе истраживаче “European Labour Law and Social Law”, у организацији Универзитета у Амстердаму, представивши рад на тему: “*Efficaciousness of methods for resolving labor disputes related to restructuring of companies*”. Рад је заснован на компаративној анализи решења три директиве из области реструктурирања (Директива 98/59/ЕЗ, Директива 2001/23/ЕЗ и Директива 2008/94/ЕЗ), праксе Европског суда правде, упоредних решења хетерономних и аутономних извора радног права и судске праксе држава Европске уније, те позитивних законских решења и судске праксе у Републици Србије, са циљем утврђивања ограничења која ниво гаранција права запослених признат домаћим прописима поставља заштити права запослених у радним споровима, чинећи механизме њихових решавања недовољно ефикасним.

У претходном периоду кандидаткиња је израдила следеће научне радове:

Преддокторски рад на тему **“Измене уговора о раду – кључна правна питања”**, обима 134 стране, који проучава врсте промена услова рада које захтевају измене уговора о раду и њихову дистинктивност у односу на промене услова рада у домену управљачке, нормативне и дисциплинске власти послодавца, као и њихову правну природу и правни режим у упоредном и домаћем праву, са посебним освртом на последице одбијања запосленог да прихвати понуђену измену уговора о раду. У

раду се посебно обрађују премештај на друге послове, премештај у друго место рада, промена износа зараде, те обезбеђење мере за запошљавање запосленом који је утврђен вишком, као врсте промена уговорених услова рада које захтевају сагласност воља послодавца и запосленог у погледу измене уговора о раду. Анализом су обухваћени и карактеристични случајеви злоупотреба измена уговора о раду од стране послодаваца. Посебна пажња посвећена је поступку и обиму судске заштите од незаконитих измена уговорених услова рада, како у ситуацији када запосленом, услед одбијања понуђених измена, послодавац откаже уговор о раду, тако и у ситуацији када запослени, како би избегао отказ, прихвати неповољне и незаконите измене уговора о раду. Циљ рада је да се, поред утврђивања правне природе и садржине обавезе измена уговора о раду у одређеним случајевима, укаже на недостатке у позитивним решењима домаћег права и предложи одређена *de lege ferenda* решења која би отклонила постојеће правне празнине и умањила степен правне несигурности које исте уносе у односе послодаваца и запослених или негативно утичу на ниво заштите запослених у радном односу.

Научни рад под називом **”Накнада штете као правна последица незаконитог отказа”**, објављен је у водећем часопису националног значаја *Право и привреда*, број 10-12/2015. У раду се анализирају врсте и правна природа накнада штете које се запосленом могу досудити у случају поништаја незаконитог отказа у домаћем праву, у потрази за одговором на питање да ли се те накнаде, у ситуацији када запослени не захтева враћање на рад, могу кумулирати или се међусобно искључују. Наиме, законом предвиђена правна последица поништаја незаконитог отказа је реинтеграција запосленог у радни однос, што подразумева враћање запосленог на рад на исте или одговарајуће послове и право на накнаду штете у висини изгубљених зарада у периоду незапослености. Запослени, међутим, има право да уместо враћања на рад захтева да му суд досуди накнаду штете у висини до 18 зарада, која се одређује у зависности од година проведених у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице. Судска пракса апелационих судова Србије је у примени ових законских одредби заузела јединствен став да запослени који не захтева враћање на рад има право на накнаду штете уместо враћања на рад, без губитка права на накнаду изгубљених зарада. Оцењујући овакву праксу неутемељеном, у раду се приступа анализи законских одредби о правним последицама незаконитости отказа применом метода језичког, систематског, историјског и телеолошког тумачења, са циљем утврђивања

правне природе и узајамног односа накнада штете које се запосленом могу досудити те, консеквентно, проналажења одговора на питање да ли се исте могу кумулирати или међусобно искључују у ситуацији када запослени истакне захтев да му се исплати накнада штете која супституише право на враћање на рад.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора _____

Број индекса _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора _____

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада _____

Ментор _____

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе 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 прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, _____

1. **Ауторство.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.

2. **Ауторство – некомерцијално.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.

3. **Ауторство – некомерцијално – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.

4. **Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.

5. **Ауторство – без прерада.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.

6. **Ауторство – делити под истим условима.** Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.