

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Тијана Р. Ковачевић

ИЗМЕНЕ ЕЛЕМЕНАТА УГОВОРА О РАДУ

Докторска дисертација

Београд, 2024.

UNIVERZITET U BEOGRADU
PRAVNI FAKULTET

Tijana R. Kovačević

IZMENE ELEMENATA UGOVORA O RADU

Doktorska disertacija

Beograd, 2024.

UNIVERSITY OF BELGRADE
FACULTY OF LAW

Tijana R. Kovačević

**Amendments to the elements of the
employment contract**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2024

Измене елемената уговора о раду

Сажетак

Уговор о раду је најважнија и централна категорија радног права. Закључивањем уговора о раду радник заснива радни однос са конкретним послодавац. Уговор о раду је још и основ за стицање права на пензијско, инвалидско и здравствено осигурање, а радник својој породици кроз рад обезбеђује економску социјалну сигурност, док послодавац има на располагању запосленог који ће извршавати послове и дати допринос његовом пословању. Како се уговор о раду заснива са циљем да траје, тако се и престација рада запосленог не извршава *in solo actu*, већ се дужност рада састоји у континуираном извршавању радних задатака. Стога, запослени обавља задатке који спадају у круг унапред одређених радних операција користећи методологију рада који је утврдио послодавац. Међутим, стање на тржишту није фиксирано у времену, већ се мења у зависности од околности, те послодавац ради прилагођавања може променити начин пословања, што се директно одржава на закључени уговора и њихову садржину. У том смислу, послодавац може иницирати измене уговора о раду како би реорганизовао процес рада и увећао добит.

Предмет овог истраживања је институт измене елемената уговора о раду у упоредном и домаћем праву. Више је разлога који су утицали да се одредимо управо за ову тему и да је детаљно обрадимо из угла правне теорије и судске праксе. Правне норме које уређују ову материју чини средишњу тачку индивидуалног радног права и представљају тачку преламања различитих интереса. У том смислу потребно је ускладити потребе послодавца да слободно организује и модификује рад, структуру запослених и друге активности и потребе запослених да очувају радно место и задрже уговорене услове рада како би обезбедили властиту егзистенцију. С једне стране су предузетнички интереси и слобода послодавца да самостално доноси одлуке важне за успешно пословање, док су с друге стране појединачни интереси запосленог да задржи посао и шири интереси друштвене заједнице то јест социо-политички интереси који се манифестују у очувању радноправних стандарда и минималних гаранција права на рад. Сврха законске регулативе је да заштити радника од арбитрарних одлука послодавца којима се једнострано мења садржина уговорног односа утврђивањем услова за измену уговора и правила поступка. У раду се полази од хипотезе да уговор о раду садржи битне и споредне елементе од којих се прва група елемената мења консензусом, док се друга група елемената може изменити једностраном вољом послодавца.

Кључне речи: уговор о раду, анекс, услови рада, премештај запосленог, отказ уговора о раду, једностране измене уговора о раду.

Научна област: Право

Ужа научна област: Радноправна област

Amendments to the elements of the employment contract

Summary

The employment contract is a key element of labor law. By signing an employment contract, an employee establishes a formal relationship with an employer. This contract serves as the foundation for essential rights like pension, disability, and health insurance. It also provides the worker with financial and social security, while the employer gains a dedicated employee to help drive their business forward. Since employment contracts are intended to be lasting, the termination of employment is not executed *un solo actu*. Instead, the duty to work involves the continuous performance of assigned tasks. Employees carry out tasks within the scope of their role, following the work methods set by the employer. However, market conditions are always changing, and businesses must adapt accordingly. When employers adjust their operations to meet these changes, it can affect existing contracts and their terms. As part of this process, employers may seek to modify employment contracts to reorganize workflows or improve profitability.

This research focuses on how employment contracts can be amended, looking at both domestic and international laws. Several reasons led us to explore this topic in depth, including legal theory and judicial practice. The rules governing this area are central to individual labor law and represent a balance between different interests. On one side, employers need the flexibility to reorganize and restructure work, while employees need job security and stable working conditions to maintain their livelihoods. While the freedom of employers to make independent business decisions is crucial for success, employees' right to job security and the broader social and political interest in preserving labor standards are equally important. Labor laws aim to protect workers from arbitrary decisions that could unfairly alter the terms of their contracts. These laws set clear guidelines and procedures for making changes to employment agreements, ensuring fairness on both sides. The paper is based on the hypothesis that the employment contract contains essential and secondary elements, of which the first group of elements can be changed by consensus, while the second group of elements can be changed by the unilateral will of the employer.

Key words: employment contract, annex, working conditions, employee transfer, dismissal, unilateral changes.

Scientific field: Law.

Scientific subfield: Labour law.

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментор: др Љубинка Ковачевић, редовни професор Универзитета у Београду – Правног факултета

Чланови комисије за оцену докторске дисертације:

Др Жељко Мирјанић, редовни професор Универзитет у Бањој Луци – Правног факултета

Др Горан Обрадовић, редовни професор Универзитета у Нишу – Правног факултета

Др Филип Бојић, доцент Универзитета у Београду – Правног факултета

Захвалност дугујем:

Оцу Радовану,

на подршци и разумевању,

мајци Драгици,

на брижности и васпитању,

сестри Маргити,

на стрпљењу,

свештенику Милану,

на христоликој љубави.

Садржај

УВОД.....	1
Први део	8
ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И ВРСТЕ УГОВОРА О РАДУ	8
1. Појам уговора о раду.....	8
1.1. Теоријско одређење појма уговора о раду	8
1.1.1. Уже значење појма уговор о раду	10
1.1.1.1. Уговор о раду као акт заснивања радног односа	10
1.1.1.2. Уговор о раду као акт уређивања радног односа.....	13
1.1.2. Шире значење појма уговор о раду	15
1.1.2.1. Индивидуални и колективни уговор о раду.....	15
1.1.2.2. Однос уговора о раду и других уговора о радном ангажовању	22
1.1.2.2.1. Уговор о раду и уговор о делу.....	22
1.1.2.2.2. Уговор о раду и уговор о заступању.....	24
1.1.2.2.3. Уговор о раду и уговор о ортаклуку	26
1.1.2.2.4. Уговор о раду и уговор о закупу	27
1.2. Нормативно одређење појма уговора о раду	28
2. Уговор о раду као атрибут трајности радног односа	31
3. Елементи уговора о раду.....	33
3.1. Лично извршавање престација рада.....	33
3.2. Плаћеност	36
3.3. Правна субординација.....	40
4. Врсте уговора о раду	44
4.1. Стандардни уговор о раду	44
4.2. Нестандардни уговори о раду, са посебним освртом на уговор о раду на одређено време	47
4.3. Нови концепт јединственог уговора о раду	54
Други део.....	58
ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О РАДУ КРОЗ ИСТОРИЈСКО-РАЗВОЈНУ ПРИЗМУ	58
1. Основне концепције радног односа и уговора о раду.....	58
1.1. Уговорна концепција радног односа	58

1.1.1. Класична најамна концепција уговора о раду	59
1.1.2. Недостаци најамне концепције уговора о раду	61
1.2. Статусна концепција радног односа	62
1.3. Институционална концепција радног односа као надградња статусне концепције.....	64
2. Радни однос између уговора и статуса	66
2.1. Уговор о раду у индивидуалистичком поретку	66
2.1.1. Аутономија воље као руководни принцип индивидуалистичког поретка.....	67
2.1.1.1. Две полуге уздицања аутономије воље.....	68
2.1.1.1.1. Индивидуалистичка филозофија.....	68
2.1.1.1.2. Филозофија економског либерализма	69
2.2. Социјалистичка концепција радног односа - трансформација или ишчезавање уговора о раду?	71
2.3. Концепција уговора о раду као уговора по приступу	74
2.4. Уговор о раду у интервенционистичком поретку	76
2.4.1. Општа разматрања.....	76
2.5. Општа ограничења аутономије воље у уговорним односима	78
2.5.1. Уводне напомене	78
2.5.2. Принудни прописи	79
2.5.3. Јавни поредак	80
2.5.4. Добри обичаји	82
2.6. Посебна ограничења аутономије воље субјеката уговора о раду	83
2.6.1. Закључивање уговора о раду	83
2.6.2. Обавезна минимална садржина уговора о раду.....	86
2.6.3. Форма уговора о раду.....	88
Трећи део.....	92
ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА И ПРИНЦИПА УГОВОРНОГ ПРАВА	92
1. Јединство или дуализам правних поредака – разликовање приватног и јавног права	92
1.1. Радно право између два пола.....	92
1.2. Проблем идентитета радног права.....	94
1.3. Развој идеје дерегулације.....	97
2. Теорија противчинидбе и одступања у уговорима англосаксонског права.....	99
2.1. Уводно разматрање	99
2.2. Порекло теорије противчинидбе	100
2.3. Теорија противчинидбе и уговор о раду	102
2.4. Теорија противчинидбе и измена правилника о раду	104

2.5. Одступање од теорије противчинидбе	107
2.6. Теорија противчинидбе у уговору о раду „по вољи“	109
Четврти део	111
ТЕОРИЈСКА АНАЛИЗА ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ	111
1. Измене уговора о раду као место сусрета слободe предузетништва, слободe рада и слободe уговарања	111
1.1. Слобода рада и право на рад	111
1.2. Слобода предузетништва	114
1.3. Слобода уговарања	119
2. Теорије о основама послодавчевог <i>ius variandi</i>	122
2.1. Теорија импервизије	122
2.2. Теорија управљачке власти	124
2.3. Теорија непотпуног уговора	126
3. Разграничење измена елемената уговора о раду од измена услова рада	128
3.1. Уговорени и минимални (законски) услови рада	131
3.2. Флексибилизација услова рада	133
3.2.1. Форме флексибилизације	135
3.2.1.1. Унутрашња флексибилност	135
3.2.1.2. Организациона флексибилност	140
3.3. Предвидивост услова рада	142
3.4. Измена уговора о раду и новација	149
3.5. Измена уговора о раду и одрицање од права	150
4. Промењене околности као ваљани основ за измену уговора о раду	152
4.1. Појам и порекло института промењених околности	152
4.2. Партикуларност института промењених околности	154
4.3. Институт промењених околности и уговор о раду	155
4.3.1. Правна природа измена уговора о раду - <i>rebus sic stantibus vs. pacta sunt servanda</i>	155
4.3.2. Институт промењених околности у домаћем позитивном праву	157
4.3.3. Институт промењених околности у Преднацрту грађанског законика Републике Србије	159
4.3.4. COVID-19 - ванредна или промењена околност?	161
Пети део	164
ПОСТУПАК ИЗМЕНЕ УГОВОРА О РАДУ	164
1. Упућивање понуде за измену уговора о раду	164

1.1. Понуда за измену уговора о раду упућена од стране послодавца	166
1.2. Понуда за измену уговора о раду упућена од стране запосленог	169
1.3. Измена споредних елемената у понуди за измену уговора о раду	170
2. Садржина понуде за измену уговора о раду	174
3. Једнострана измена уговора о раду	178
4. Минимизирање потребе за изменама уговора о раду	182
5. Измена уговора о раду посредством колективног уговора о раду	183
6. Измена уговора о раду као резултат дисциплинске власти послодавца	187
7. Улога синдиката у поступку измене уговора о раду	191
8. Улога савета запослених у поступку измене уговора о раду	194
Шести део	199
ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УПУЋИВАЊА ПОНУДЕ ЗА ИЗМЕНУ УГОВОРА О РАДУ	199
1. Послодавчево <i>ius variandi</i> vs. радничко <i>ius resistentiae</i>	199
1.1. Прихватање понуде за измену уговора о раду	200
1.2. Наметање измене уговора о раду <i>via facti</i>	203
1.3. Неприхватање понуде за измену уговора о раду	205
1.3.1. Отказ као последица неприхватања понуде за измену уговора о раду	208
1.3.2. Забрана отказа због одбијања закључења анекса у току трудноће или током трајања породичног одсуства или неге детета	211
1.4. Специфичност отказног поступка са понудом измењеног уговора о раду	212
1.4.1. Социјална оправданост промена услова рада	212
1.4.2. Карактеристике отказа са понудом измењеног уговора	213
1.4.3. Образложена изјава о отказу	217
1.4.4. Понуда измењеног уговора о раду	220
1.4.5. Посебна заштита одређених категорија запослених у случају отказа са понудом измењеног уговора	222
2. Два примера разлога за измену уговора о раду	224
2.1. Промена дужине радног времена	224
2.1.1. Стандардизација радног времена	226
2.1.2. Скраћивања радног времена колективним уговором	229
2.1.3. Прековремени рад	232
2.1.4. Прерасподела радног времена	234
2.1.5. Концепт „нултог“ радног времена	235
2.2. Прелазак са традиционалног места рада на рад на даљину	238
2.2.1. Уводна разматрања	238

2.2.2. Рад ван просторија послодавца – рад на даљину и рад код куће	241
2.2.3. Промена места рада и право на поштовање породичног живота.....	245
запосленог	245
2.2.4. Утицај COVID-19 на уговорено место рада.....	248
Седми део	252
ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРЕМЕШТАЈА ЗАПОСЛЕНОГ	252
1. Општа разматрања и упоредноправни преглед	252
2. Премештај на други одговарајући посао.....	256
2.1. Посао као битан елемент уговора о раду	256
2.2. Систематизација послова.....	259
2.3. Разлози за премештај.....	261
2.3.1. Премештај због забране обављања одређених послова изречене запосленом	263
2.3.2. Премештај због немогућности запосленог да обавља одређени посао	265
2.3.3. Премештај због потребе процеса и организације рада	273
2.4. Услови за премештај на други одговарајући посао.....	277
2.4.1. Одговарајући посао у погледу стручности запосленог.....	277
2.4.2. Проблематика појма одговарајућег посла.....	281
2.4.3. Послови за које је као услов предвиђен распон стручних спрема.....	284
2.4.4. Неиспуњење услова за обављање послова за које је закључен уговор о раду.....	286
2.5. Утицај премештаја на зараду запосленог.....	288
2.6. Заштита радника од дискриминације и других негативних појава код интерног премештаја	290
2.7. Премештај на друге послове по повратку са породичног одсуства и одсуства ради неге детета	292
2.8. Премештај на друге послове са клаузулом пробног рада.....	299
2.9. Привремени премештај	302
2. Премештај у друго место рада	305
2.1. Услови за премештај у друго место рада	308
2.2. Значење појма „друго место рада“	311
2.3. Клаузула географске мобилности	313
3. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца	317
3.1. Разлози за упућивање запосленог на рад код другог послодавца.....	319
3.2. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца vs. упућивање запосленог	323
на рад код другог послодавца као мера за запошљавање	323
4. Упућивање запосленог на рад у иностранство	325
Осми део	330

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ИЗМЕНЕ ИЗНОСА ЗАРАДЕ	330
1. Зарада као основно право запосленог.....	330
2. Минимална зарада	333
3. Начини утврђивања зарада	336
4. Начини измене зарада	338
4.1. Општа разматрања.....	338
4.2. Линеарно смањење зарада	343
4.3. Измена система зарада правилником послодавца	347
4.4. Индивидуална измена зараде	350
Девети део	353
ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРИМЕНЕ МЕРА ЗАПОШЉАВАЊА У	353
СЛУЧАЈУ ВИШКА ЗАПОСЛЕНИХ.....	353
1. Општа разматрања.....	353
2. Поступак решавања вишка запослених.....	356
2. Мере решавања вишка запослених	360
3.1. Уводне напомене	360
3.2. Премештај на друге послове као мера запошљавања	362
3.3. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца као мера запошљавања	366
3.4. Преквалификација и доквалификација запосленог као мера запошљавања.....	370
3.5. Прелазак на рад се непуним радним временом као мера запошљавања	375
Десети део	379
ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА.....	379
1. Појам промена послодавца	379
1.1. „Пренос предузећа“ у праву ЕУ и њеним државама чланицама.....	379
1.2. Промена послодавца у домаћем праву	386
2. Правне последице промене послодавца	391
2.1. Аутоматски пренос уговора о раду.....	391
2.2. Право запосленог да одбије рад за новог послодавца.....	397
2.3. Пренос обавеза из уговора о раду доспелих пре промене послодавца.....	404
2.4. Забрана отказа уговора о раду због <i>per se</i> промене послодавца	407
2.5. Забрана измене уговорених услова рада	412
Једанаести део.....	418
СУДСКА ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕЗАКОНИТЕ ПОНУДЕ ЗА ИЗМЕНУ УГОВОРА О РАДУ	418
1. Општа разматрања.....	418

2. Спор ради поништаја анекса који је запослени потписао	421
2.1. Границе преиспитивања оспореног анекса – законитост или целисходност.....	423
2.2. Рок за подношење тужбе ради поништаја анекса.....	426
3. Спор ради поништаја отказа уговора о раду који је последица одбијања понуде за закључење анекса.....	428
4. Судска заштита у случају премештаја запосленог	431
ЗАКЉУЧАК	434
СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	439
СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА	475

„Ништа није изгубљено, ништа није створено, све се мења.“

(Jean Voilquin, *Les penseurs grecs avant Socrate, De Thalès de Milet à Prodicos*, Flammarion, 1964, 17.)

УВОД

Уговор о раду је вишедимензионални (вишевредносни) појам и у науци радног права се проучава као: 1) институт радног права; 2) извор (облик) права (тачније, акт регулисања радног односа, имајући у виду чињеницу да појединачни правни акти нису извори права); 3) правна чињеница то јест основ за настанак радног односа и 4) писани документ. У литератури је тешко наћи једнообразну дефиницију уговора о раду. Поједини аутори уговор о раду схватају као централни институт тржишта рада, док је за друге уговор о раду темељ (уговорног) радног права. Уговором о раду заснива се и уређује радни однос, те је код промене чињеничног стања на основу кога је уговор о раду потписан, неопходно приступити измени појединих одредби уговора о раду. Закон о раду Републике Србије уређује ситуације у којима се запосленом може понудити измена уговорених услова рада, одређујући разлоге и поступак за закључење анекса. Сврха истраживања је проучавање теоријских и практичних проблема везаних за институт измена елемената уговора о раду и израда предлога за унапређење радног законодавства у Републици Србији, узимајући у обзир достигнућа науке и судске праксе. Ови задаци укључују утврђивање правне суштине и развијање дефиниције појма измена уговора о раду, разматрање и класификацију основа за измену уговора о раду и истраживање поступка измене уговора о раду. Посебност ове фазе у динамици радног односа лежи у њеној факултативној природи, која ову фазу подваја од закључења и престанка уговора о раду.

Први део дисертације има за циљ дефинисање појма уговора о раду имајући у виду одсуство његове законске дефиниције у Републици Србији, осим кроз посредно одређење да се уговор о раду закључује између запосленог и послодавца. Насупрот томе, теорија настоји да ближе одреди овој уговор с обзиром на његову стожерну позицију у радном праву и двоструку функцију: функцију акта заснивања и акта уређивања радног односа. Различити правни системи дају предност једној или другој функцији уговора о раду, те се тако у домаћем праву запажа превасходство радног законодавства у уређивању радних односа, док се у либералним системима прибегава индивидуализацији законских услова рада уговором. Отуда и веза индивидуалног уговора о раду са законом и колективним уговором о раду будући да се они примењују у одсуству повољнијих одредаба уговора о раду (начело *in favorem laboratoris*). Осим тога, термин уговор о раду се користи као кровни појам, тако да истовремено покрива индивидуалне уговоре о раду и колективне уговоре о раду. Надаље, класификација типичних и атипичних колективних уговора о раду не постоји у нашем праву, премда је широко прихваћена подела индивидуалних уговора о раду на стандардне (типичне) и оне који то нису (атипични или флексибилни).

У литератури се прави јасна разлика између уговора о раду, као основа за настанак радног односа, и самог радног односа. Наиме, уговор о раду је вишезначан појам и шира правна категорија од радног односа. С једне стране, о уговору о раду се говори као о правној чињеници (уговору између запосленог и послодавца), и основу за настанак радног односа. Уговор о раду је сложена радноправна категорија која се може посматрати из различитих углова, те се тако одређује као споразум састављен, по правилу, у облику посебног документа између запосленог и послодавца, према којем се запослени обавезује да лично обавља послове и придржава се правилника о раду, а послодавац се обавезује да ће запосленом обезбедити квантум рада предвиђен уговором о раду, благовремено исплаћивати зараду и обезбедити друге услове рада предвиђене законом, колективним уговором о раду, интерним правилима и споразумом странака. Ове правне појаве захтевају свеобухватну научну анализу и приморавају нас да изнова погледамо динамику радног односа. Релевантност свеобухватног проучавања

проблема измене уговора о раду није само због потребе разумевања аутентичног значења норми важећег радног законодавства, већ и њиховог даљег унапређења.

Други део дисертације нуди увид у различита теоријска становишта почевши од схватања радног односа као облигационог односа у којем је рад поиман као роба и као такав размењиван на тржишту. Послодавцима и радницима је, сходно томе, било препуштено да сами уређују међусобне односе, у складу с начелима једнакости, слободе рада, слободе уговарања и аутономије воље, будући да је радни однос посматран као однос успостављен између равноправних субјеката. Тиме се, штавише, кроз призму правне једнакости и равноправности прикривала економска и фактичка неједнакост учесника размене. У таквом идеолошком контексту усвајају се и први грађански законици у којима је афирмисана најамна концепција радног односа коришћена у неразвијеним робноновчаним односима римског друштва. Продубљивање неједнакости између радника и послодаваца довело је до нарушавања поставки *laissez-faire* доктрине из 19. века, оснивања синдиката и усмеравања првих радничких покрета у правцу побољшања услова живота и рада. Настанак ове политичке и економске идеологије везује се за време владавине француског краља Луја XIV (Louis XIV) и речи индустријалаца „оставите да ради“ као одговор на питање тадашњег министра финансија Жан-Батиста Колбера (Jean-Baptiste Colbert) шта би Влада могла да учини да помогне економском бољитку. Отуда је задовољење личних потреба пут ка друштвеном благостању и сигурном напретку. Следствено томе, држава има активну улогу искључиво у погледу стварања безбедног окружења у којем ће иницијативе појединаца бити задовољене на општу корист. И у таквом концепцијском простору, није се напуштала мисао да држава има суштинску улогу у праћењу извршења уговора, исто као што је има и у обезбеђењу јавног реда и мира. У касном 19. веку промене изазване индустријском револуцијом показале су да је доктрина *laissez-faire* недовољна и, у том смислу, неуспешна филозофија која не може бити предводница капиталистичког друштва. У јеку велике депресије долази до заокрета ка кејнзијанском економском правцу који је требало да ублажи незапосленост и повећа стопу раста мерама фискалне политике. Међутим, ни на тај начин нису осигурани економска стабилност и одржив економски раст. На новим основама изграђена је и нова концепција радног односа као статусног односа. Схватање о радном односу као личном односу умањује значај уговора о раду. Исто важи и за институционалну концепцију која сматра да радни однос треба сагледавати најпре кроз оптику предузећа, а тек посредно кроз оптику уговора. На готово идентичним поставкама али у другачијем политичком окружењу изграђује се националсоцијалистичко схватање радног односа.

Трећи део дисертације односи се на особена решења англосаксонског права од значаја за разумевање измена уговора о раду, а особито конципирање радног права као метода или инструмента тржишне активности. Дакле, опстанак радног права постаје нарочито угрожен тврдњом да је свет рада задобио другачије контуре у контексту глобализације и да, као такав, захтева потискивање радног права и његово утапање у *common law*, делом покривено уговорним и деликтним правом (*The Law of Contract and Torts*). Тако реформисано радно право оставља простор да се тржишни поредак уреди искључиво приватноправним нормама. Применом правила уговорног права, уговор о раду би се мењао као и сваки други уговор, што отвора питање самог појма уговора.

Четврти део дисертације настоји да одреди порекло послодавчевог *ius variandi* позивом на уговорну теорију импервизије (непредвидивости), радноправну теорију управљачке власти и економску теорију непотпуног уговора. Наиме, растући тренд флексибилизације у свету рада, поред пролиферације нестандартних уговор о раду, даје и већа овлашћења послодавцима у погледу уређивања самих услова рада. Међутим, не ради се о прилагођавању услова рада у заједничком интересу обе стране, јер ова врста флексибилности, у ствари, постаје услов за очување посла. Надаље, прави се разлика између измена услова рада које послодавац може једнострано наметати запосленом и измена уговора о раду које захтевају присуство сагласности воља сауговорача. Наиме, реч је о терминологији изграђеној у пракси

највишег суда Француске крајем 20. века којом се променило дотадашње становиште о суштинским измена уговора о раду, које налажу обострани прихват сукотрахованата и изменама мањег значаја које могу бити једнострано одређене, без пристанка запосленог. Раније решење није било у складу са општим принципима уговорног права, будући да је чл. 1134 француског Грађанског законика предвиђао сусрет воља уговорница за сваки састојак уговора у поступку његовог настанка, па и за каснију измену. Отуда се, уместо субјективног разматрања положаја одређеног запосленог, уводи објективни тест таксативно наведених битних састојака уговора који чине његову садржину, и осталих, резидуалних, споредних елемената уговора. Сходно томе, изменама уговора о раду се сматрају само измене суштине или „чврстог језгра“ уговора, у које се групишу измене личности послодавца, места рада, зараде, радног времена, посла и организације рада, док се све остале измене означавају изменама услова рада, иако је фактички реч о изменама уговора. Како промена места рада може бити минорна (нпр. у оквиру истог града или чак дела града) измена уговора о раду у том случају постоји само под условом да прелази унапред установљен оквир „географског подручја“. Шта потпада под појам „географско подручје“ остаје да се види у објашњењима Социјалног одељења француског Касационог суда. Ово упркос критикама да одлуке тог суда полако заузимају место које им не припада у класификацији формалних извора права, чиме као да се бришу разлике између англосаксонског и континенталног права. Дobar показатељ те тврдње је изостанак правила везаних за измене уговора о раду, тако да се он не помиње у важећем француском Законику о раду, већ се у потпуности развија унутар поља судске надлежности. С друге стране, компромис између легитимних, али у исто време супротстављених интереса субјеката индивидуалног радног односа у контексту измена уговора о раду немачко право остварује захтевом социјално оправдане измене уговора. Међутим, управљачка овлашћења послодавца могу бити проширена уношењем клаузуле једностране измене уговора о раду, која је у француском праву строго забрањена позивањем на послодавчево абузивно *ius variandi*.

Када је реч о домаћем праву, до измене елемената уговора о раду може доћи само ако су наступиле промене околности које оправдавају измену уговора, а које су временски нове. Природа и карактер обавеза странака одређују се следствено околностима које постоје у моменту закључења уговора а које могу али не морају остати непромењене. У случају када наступе догађаји којим се нарушавају очекивања странака у погледу редовног дејства уговора, тако да се циљ уговора више не може постићи, рађа се потреба за његовом изменом. У том погледу се постојање промењених околности перципира као претходни услов за измену елемената уговора о раду. Међутим, та претпоставка није довољна за измену иницијалног уговора, већ се тражи да материјални услов буде праћен одређеним променама у пословању послодавца, а које могу бити економске, организационе, технолошке или структуралне природе. Следствено томе, промене се морају тицати већ уговорених услова рада тако да њихово наступање отежава испуњење уговора за једну уговорницу због чега она стиче легитимни интерес да такав уговор споразумно ревидира. Такође, промене околности морају, по својој суштини, бити ванредне и непредвидиве, тако да се околности чије је наступање послодавац мога имати у виду према уобичајеном току ствари не могу сматрати ваљаним основом за измену уговора о раду. Наравно, понуду за измену уговора о раду може упутити и запослени, како би био премештен на боље плаћени посао или на други посао, без обзира на финансијске промене и погодности, јер би, примера ради, на том послу могао да лакше усклади своје професионалне и породичне обавезе. *Mutatis mutandis*, правила облигационог права о промењеним околностима се примењују и када је у питању уговор о раду, уз уважавање његове особене природе. Дакле, радноправни институт измена уговора о раду уважава потребе послодавца који може изменити уговор о раду без судске интервенције осим у случају спора уз ограничење самовољне и дискреционе оцене наступања околности и разлога који оправдавају измену уговора. Имајући то у виду, у дисертацији су понаособ анализиране измене уговора о раду у односу на питање премештаја на други посао, премештаја у друго место рада, промене личности послодавца, промене уговореног износа зараде и реализације обезбеђених мера за запошљавање.

У *петом делу* је анализиран поступак измене уговора о раду, као и допуштеност једностране измене уговора о раду. Француска јуриспруденција је дуго година, уместо успостављања заштите која гарантује примену основних правила грађанског права у вези са изменом уговора, успоставила режим који потцртава неуравнотежен однос моћи и дозвољава послодавцу да једнострано мења битне елементе уговора о раду. У немачком праву се акценат ставља на личну везу између запосленог и послодавца, која искључује могућност да се престација рада пренесе на друго лице или да се пружа другим лицима. Начелно је правило да послодавац не може од запосленог захтевати да ради за другог послодавца, осим ако су стране уговориле да запослени може бити премештен и у друга предузећа из групе предузећа којој припада послодавац. Додатно, у немачком праву, ако постоји раднички савет, он има право саодлучивања у случају премештаја запосленог. То значи да је послодавцу потребно претходно одобрење радничког савета пре премештаја запосленог на други посао или у друго место рада. Раднички савет не може по сопственом нахођењу да одбије сагласност, већ може да приговори планираном премештају само у оправданим случајевима, ако би, на пример, премештај био у супротности са законом или колективним уговором или би представљао неоправдану штету за запосленог.

У *шестом делу* се излажу решења из појединих правних система која познају могућност да послодавац модификује отказ уговора о раду тако што отказује уговор о раду изјавом уз истовремено упућивање понуде за измену уговора. У пракси се то најчешће чини када се из економских, техничких или организационих разлога појави потреба за променама у пословању, мада се отказу са понудом измењеног уговора може прибећи, када запослени учини повреду радне обавезе или је послодавац незадовољан квалитетом рада запосленог, због чега, по оцени послодавца, тај запослени не може више обављати послове на дотадашњем радном месту, али би могао обављати неке друге мање захтевне послове. Напошетку ће бити изложена два примера разлога за измену уговора о раду посебно издвојених у литератури због немогућности послодавца да тада откаже уговора о раду због одбијања запосленог да закључи анекс. Код промене трајања радног времена и преласка са рада из просторија послодавца на рад на даљину мења се и сама врста уговора о раду, а не само права и обавезе унутар истог појавног облика радног односа, због чега се ови случајеви разликују од осталих законом предвиђених случајева за измену уговора о раду.

Седми део дисертације посвећује пажњу интерном и екстерном премештају запосленог, као облицима измене услова рада. Промена је свако квалитативно или квантитативно одступање од претходног садржаја радног односа. Будући да значајно утиче на права, обавезе и одговорности из радног односа, али и на приватни и породични живот запосленог, посао који ће запослени обављати може бити само ствар његовог и послодавчевог споразума. У уговору о раду се, стога, мора навести посао који ће запослени обављати, с тим да захтев одређености посла подразумева његову претходну утврђеност правилником о организацији и систематизацији послова, како би се избегле злоупотребе послодавца. Упркос значају који акт о организацији и систематизацији има, његова промена само по себи не може бити разлог за премештај. Да би премештај запосленог био легитиман неопходно је претходно утврдити постојање објективних и несумњивих потреба посла и организације рада. Једини захтев који се поставља пред послодавца код премештаја на други посао је услов одговарајућег посла, који се оцењује сходно одређеним нивоима квалификација запосленог. Нарочито деликатан проблем који се често јављао у пракси је широки распон стручних спрема, односно нивоа квалификација према садашњој терминологији за обављање једног истог посла код послодавца предвиђеног његовим интерним актом. Такав приступ послодавца негативно се одражавао и на зараду запослених који су, упркос својим стручним квалификацијама, остваривали нижа примања. С друге стране, код премештаја запосленог у друго место рада јавила се дилема алтернативне или кумулативне примене услова за премештај. Реч је, прецизније, о уважавању специфичних делатности послодавца (грађевинарство, саобраћај, телекомуникације и сл.), где је природа послова у оквиру тих делатности по свом карактеру мобилна. Међутим,

узимање у обзир особених околности код послодаваца који се тичу његове претежне делатности није у духу протекционистичког радног законодавства, због чега се премештај на друго место рада мора увек кретати у оквиру географских координата (мање од 50 km), услова организованог и плаћеног превоза. Упоредноправно посматрано, незаконит је премештај запосленог за време болести или годишњег одмора, без његовог писменог пристанка.

Осми део дисертације говори о заради, као основном праву запосленог и главном мотиву ступања у уговорни (радни) однос са послодавцем. У већини случајева, зарада представља базични извор прихода којим запослени задовољава своје животне потребе и потребе своје породице и других лица која издржава. Стога је за запосленог од непроцењивог значаја задржавање нивоа прихода са тенденцијом континуираног раста. Алиментациони карактер зараде, заштита зараде и њена пристојна висина потврђени су и у одредбама Конвенције Међународне организације рада (МОР) број 95 о заштити зарада. Због неусклађености раста продуктивности рада са висином зараде и у најразвијенијим земљама, у својим извештајима МОР позива на хитно усвајање стратегије развоја засноване на стварању нових радних места и увећању примања. Нарочито се истиче утицај светске економске кризе на политику зарада која је чак и довела до замрзавања минималне зараде. Осим тог тренда, нажалост, минимална зарада није универзално прихваћен стандард, будући да поједине државе САД, па и Балкана, не познају концепт минималне зараде. Послодавац је дужан да минималну зараду исплати запосленом у висини која се одређује на основу одлуке о минималној цени рада која важи за месец у којем се врши исплата. У земљама израженог синдикалног активизма, минималне зараде се утврђују консензусом социјалних партнера, док се у земљама слабе синдикалне ингеренције, минимална зарада утврђује одлуком владе. Колико је питање увођења минималне зараде осетљиво сведочи неусклађена судска пракса домаћих судова у периоду када је изричито било прописано да измена износа основне зараде подлеже закључењу анекса уговора о раду, као и да минимална зарада мора бити уговорена између послодавца и запосленог.

Девети део односи се на измене уговора о раду услед економских, организационих, технолошких и сличних промена у предузећу, које су резултирале престанком потребе за радом одређених запослених. Стога, смањење обима посла или укидање посла доводи до потребе за редуковањем броја запослених, при чему се критеријум селекције запослених који се имају сматрати вишком врши на основу објективних критеријума. Такву квалификацију нема одсуство запосленог са рада због привремене спречености за рад, трудноће, породилског одсуства, одсуства ради неге детета и посебне неге детета, те се и не може користити као ваљан критеријум за оцену вишка запослених. Дакле, увођење критеријума одабира запослених за чијим радом је престала потреба има за циљ заштиту посебно угрожених категорија запослених и, са тим у вези, спречавање арбитарног и дискриминаторног поступања послодавца. Слобода послодаваца у одлучивању које ће запослене преместити на други посао или у друго место рада односно упутити на рад код другог послодавца може бити у мањој или већој мери ограничена. Примера ради, немачко право предвиђа учешће представника запослених код послодавца приликом одабира запослених који ће бити прераспоређени.

Десети део тиче се измена уговора о раду због промене послодавца. Режим аутоматског преноса уговора о раду подразумева да сви уговори о раду, те самим тим и сва права и обавезе из радног односа послодавца претходника прелазе на послодавца следбеника. Послодавац претходник, као ни послодавац следбеник не могу бирати које ће запослене задржати на раду, а којима ће престати радни однос, јер пренос предузећа *per se* не представља оправдан разлог за отказ. Према томе, сва права и обавезе послодавца претходника које произлазе из радног односа који постоји на дан преноса предузећа прелазе на послодавца следбеника по сили закона. Овај систем изворно је уведен Директивом 77/187 ЕЗ о усклађивању закона држава чланица Европских заједница у вези са заштитом права запослених у случају преноса предузећа или делова предузећа. Важно је напоменути да послодавац следбеник не закључује нове уговоре о раду са запосленима, него се дејства „стarih“ уговора преносе на њега по

аутоматизму, уз потребу „техничке“ измене уговора о раду, у делу који се тиче пословног имена послодавца.

Једанаести део се бави поступком заштите права запослених од злоупотреба послодаваца везаних за измене уговора о раду у домаћем и упоредном праву. Нажалост, статистика за Републику Србију није рађена, али је неспорно да се немали број судских предмета у одељењима за радне спорове односи на назначене. Решавање спорова поводом измена елемената уговора о раду не утиче само на интересе запосленог и послодавца, већ и на добро пословање послодавца, нормално функционисање предузећа и економски поредак. Принцип пропорционалности налаже да суд посвети посебну пажњу томе да ли се ефекти таквих промена негативно емитују на живот запосленог. Интересантно је поменути да је судска заштита запослених у југословенском праву коришћена тек након исцрпљивања других видова заштите. Наиме, радни спорови су се најпре решавали интерним путем на радном месту у оквиру радне организације. Притом, заштиту права запослених у оквиру радне организације карактерисала је двостепеност. У црногорском праву запослени има право да оспорава анекс уговора код инспекције рада, Агенције за мирно решавање радних спорова, Центра за алтернативно решавање спорова или код надлежног суда, у року од 15 дана од дана закључивања анекса уговора.

Истраживање биће заснивано на неколико посебних, а међусобно повезаних хипотеза.

1. Измена уговора о раду није модификација уговора о раду *stricto sensu* будући да се под модификацијом сматра промена редовног правног дејства уговора услед *наступања неизвесне околности* која условљава опстанак уговора без примене правила отказног поступка и ваљаног отказног разлога, због чега је не би требало изједначавати са послодавчевим предлогом за измену уговора о раду услед *промењених околности које су наступиле* а чије се неприхватање сматра оправданим разлогом за отказ.
2. Измена услова рада није измена уговора о раду већ његово извршење у складу са послодавчевим овлашћењем управљања и организовања рада запослених.
3. Послодавчево *ius variandi* се може испољавати двоструко – редовно, у случају једностране измене споредних елемената уговора о раду и споразумне измене битних елемената уговора о раду, и ванредно, у случају једностране измене битних елемената уговора о раду.
4. Измена уговора о раду претпоставља трајну измену битних елемената уговора о раду, док се трајна измена његових споредних елемената не може сматрати изменом уговора, већ изменом услова рада који не подлежу консензусу.
5. Прећутна клаузула *rebus sic stantibus* уграђена у уговор о раду и прилагођена његовој природи коригује начело *pacta sunt servanda* са циљем постизања одрживе равнотеже између потреба пословања и уговорне дисциплине.
6. Отказ са понудом измењеног уговора нарушава слободу уговарања и умањује права слабије стране радног односа, будући да радни однос може престати истеком рока за прихватање понуде, без потребе доношења посебне одлуке о отказу, чиме се рок за изјашњење о понуди за измену уговора о раду урачунава у евентуални отказни рок.
7. Одговарајући посао у случају премештаја запосленог на други посао се оцењује према способностима предвиђеним за тај посао које је запослени формално и/или

суштински имао у моменту закључења уговора о раду што може обесхрабрити запослене на континуирано стручно усавршавање.

ПОЈАМ, ЕЛЕМЕНТИ И ВРСТЕ УГОВОРА О РАДУ

1. Појам уговора о раду

1.1. Теоријско одређење појма уговора о раду

У правној доктрини се уговор о раду дефинише на различите начине. Као резултат комплексности овог института, понуђене дефиниције се, с обзиром на битне елементе овог уговора, могу мање или више разликовати. Најједноставнија дефиниција уговора о раду, која се, додуше, темељи на општој дефиницији уговора је та да је уговор о раду споразум две стране од којих једна (послодавац) ангажује другу (запосленог) да за њене пословне потребе извршава одређени рад у (не)одређеном периоду за унапред дефинисану накнаду.¹ Уговор о раду најопштије речено је уговор који има за циљ коришћење радних способности једног лица од стране другог.² У основи овог уговора лежи рад, знање или вештина које се ставља на располагање или у службу другог лица који је употребљава. Успостављање хијерархијског односа између послодавца и запосленог у процесу рада је једно од детерминишућих обележја уговора о раду и неизбежно својство у односима у којима се рад врши за другог. Отуда, уговор о раду представља уговор помоћу кога се једно лице ангажује да ради за рачун другог лица уз одређену накнаду.³ Дакле, уговор о раду је уговор којим се једна страна (запослени), обавезује да ће обављати послове за одређено време у служби друге стране (послодавца) добијајући за то одговарајућу зараду. Исто тако, уговор о раду се одређује као уговор у којем запослени лично обавља рад за рачун послодавца и у његово име.⁴ Имајући у виду да се уговор о раду закључује с обзиром на личне карактеристике и да је лично извршавање престације рада пресудан критеријум за разграничење запосленог од других учесника и економски независних радника као посебне правне категорије Ведербурн (Wedderburn) дефинише уговор о раду као „уговор о личном извршавању рада или услуга“.⁵ Како постоји јединствено у смислу да се рад не може одвојити од личности радника, уговором о раду се суштински ствара блиска веза између субјекта тог уговора (радника) и предмета уговора односно објекта престације (корист од радне активности).

На сличну дефиницију наилазимо у радовима професора Шундерића, који уговор о раду одређује као правни акт у којем су садржане две воље и који се на спољном плану манифестују у променама које настоји да спроведе имајући у виду друштвену констелацију и економску парадигму. У суштини, реч је о правном документу који је креиран сагласном изјавом воља два пословно способна субјекта који су га формирали са циљем да његовом

¹ Жељко Мирјанић, *Увод у радно право. Књига прва*, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2020, 23.

² У југословенско праву се резултат рада узимао као важна детерминанта за наставак радног односа, тако да је раднику престајао радни однос једностраном одлуком ако није остваривао предвиђене резултате рада, уз претходни покушај прераспоређивања на друго радно место које је доступно у предузећу. Олга Митровић, *Скривљено понашање запосленог као разлог за отказ уговор о раду*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023, 44.

³ *Ibid.*

⁴ Александар Николић, *Радно право*, Научна књига, Београд, 1988, 3.

⁵ Lord Wedderburn, *The Worker and the Law*, Penguin Book, London, 1986, 144. Важни политички процеси који су обликовали претходно столеће, наслеђе колонијалне владавине и деколонизација, Хладни рат са његовом грубом поделом света на тржишну и планску економију, расна сегрегација и владавина апартхејда позали су лимитираност унитарног модела „уговора о раду“ који није био погодан да обухвати различите групе радника. Бивши италијански премијер Матео Ренци (Matteo Renzi), је приликом давања интервјуа за један часопис изјавио да жели отпочети са сузбијањем читавог сегмента тржишта рада који се односи на квазисубординиран рад развијањем његових „функционалних супститута“.

примену производу индивидуалне и колективне промене.⁶ Супротно, Фридланд (Freedland) аналитички приступа уговору о раду, постављајући га у шири оквир, те дефинишући уговор о раду као облик уговора о личној служби којим се заснива друштвени однос који прераста у радни однос за разлику од односа који настаје у вршењу независног рада за другог. Дакле, приликом дефинисања уговора о раду овај аутор полази од сличности и разлика између уговора о раду и других уговора поводом рада. Реч је о негативном дефинисању појма уговора о раду што се може критиковати, имајући у виду да уговор о раду има одређене елементе који су неспорни и својствени само њему, те стога морају бити предмет одвојене анализе. Овакав приступ не чуди јер се исти аутор у свом каснијем раду определио да уговор о раду утопи у појам уговора о личној служби који покрива све облике рада за другог.⁷ Без обзира на његову деноминацију, уговор о раду је основ по којем једно или више физичких лица учествују у раду или производњи добровољним коришћењем својих интелектуалних или мануелних способности у замену за редовну накнаду коју обезбеђује послодаваца.

Ботија (Botía) уговор о раду дефинише као изричит или прећутни споразум, по којем лице ради у име, за рачун и под влашћу другог.⁸ Следствено томе, запослени испуњава одређене економске циљеве послодавца. Сличну дефиницију предлаже и Чакон (Chacon) који налази елементе добровољности, субординације и оневозности у уговору у којем лице у улози запосленог редовно обавља плаћени посао за другог преносећи му резултате свог рада.⁹ Професор Олеа (Olea) каже да је уговор о раду стриктно говорећи, правни однос на основу којег једно лице обавља зависан рада, при чему плодови рада прелазе, *ab initio*, дакле, од тренутка њиховог настанка на друго лице.¹⁰ Наиме, поједини аутори посебан акценат стављају на резултате рада који се одмах по настанку интегришу у имовину послодавца и постају њен саставни део, док други више истичу стање економске зависности запосленог од послодавца.

Уговор о раду се дефинише још и као организациони облик преко којег једно лице уступа своју радну снагу кориснику у замену за одређену новчану вредност.¹¹ Заправо, то је уговор између послодавца и запосленог којим се дефинишу услови под којима ће запослени обезбедити рад послодавцу у замену за новчану корист која мора бити довољна да омогући нормалан живот. У том смислу, уговор о раду увек постоји када једно лице извршава зависан рад за другог у замену за зараду као базичну противпрестацију. Када послодавац и запослени постигну сагласност у поступку преговора о условима будућег уговора њихов споразум постаје правнообавезујући уговор и извор правних правила којима странке треба да се руководе. Другим речима, уговор о раду је правно обавезујући споразум у коме две или више страна уговорница изражавају своју сагласност да ће једна другој пружити одређену корист новчане природе у облику зараде и других погодности, односно неновчане природе у облику одређене престације рада.¹² Стога, на страни послодавца стоји обавеза да за обезбеђену радну снагу пружи зараду и пратеће користи у виду погодности и обавезних доприноса за здравствено, пензијско или инвалидског осигурање. Дакле, постоји велики број дефиниција самог појма, али оно што је заједничко јесте да уговор о раду представља сагласност воља

⁶ Боривоје Шундерић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд, 2009, 23.

⁷ Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, New York, 2003, 14.

⁸ Alberto Cámara Botía, "Idea del derecho del Trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, бр. 23, 1999, 54. О динамичности рада и концептуалном преиспитивању уговора о раду више вид.: Manuel Carlos Palomeque Lopez, Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 2001, 87.

⁹ О доктринарном поимању уговора о раду и разликама везаним за његове конститутивне елементе више вид.: Javier Neves Mujica, *Introduccion al derecho del trabajo*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú, 2016, 29-35.

¹⁰ Manuel Alonso Olea, *Introduccion al derecho del trabajo*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2006, 23 et seq.

¹¹ Ж. Мирјанић, *Увод у радно право. Књига прва, оп. cit.*, 25.

¹² Douglas Brodie, „Mutual Trust and Confidence: Catalysts, Constraints and Commonality“, *Industrial Law Journal*, бр. 37, 2008, 342.

између послодавца и запосленог и да се на основу њега успоставља посебан правни однос који рађа права, обавезе и одговорности за обе уговорнице.¹³

1.1.1. Уже значење појма уговор о раду

1.1.1.1. Уговор о раду као акт заснивања радног односа

Уговор о раду је основа за заснивање добровољног рада који се одвија на организован начин.¹⁴ Улога уговора о раду као акта заснивања радног односа је нарочито деликатна у ситуацији када се ступање запосленог на рад сматра неопходним кораком у настанку пуноважног уговора о раду. Тако се у енглеској судској пракси поставило као питање да ли пропуштање запосленог да се јави послодавцу одређеног дана назначеног у уговора представља повреду уговора о раду или уговор о раду у одсуству те чињенице није ни настао.¹⁵ Другим речима, поставило се питање да ли је запослени дужан да ступи на рад ако је потписао уговор о раду у којем је назначен тачан датум и време када је потребно ставити на располагање радне способности послодавцу. Према енглеском праву реч је о будућој обавези која је настала из уговора о раду а које може произвести одређене правне последице. У питању је тзв. антиципативно кршење уговора која повлачи одговорност за страну која не намерава да изврши своје обавезе из уговора.¹⁶ Такође, у питању је изузетак од општег правила да се уговор не може сматрати прекршеним све док не дође време за његово извршење. Дакле, само одустајање од уговора претпоставља повреду уговора.¹⁷ Тако, до одустајања од уговора може доћи зато што једна страна не жели или не може да изврши своје обавезе. У том смислу, запослени може да се предомисли о заснивању радног односа са конкретним послодавцем, што се сматра повредом уговора.¹⁸

Разлог за овакво сагледавање ствари лежи у чињеници да закључени уговор о раду аутоматски производи правна дејства у енглеском праву, јер би другачије решење довело до конфузије у погледу одређивања природе и карактера „споразума“ који је претходио уговору о раду.¹⁹ Интересантно је приметити да блажу варијанту ове концепције прихвата и домаће право, будући да се тренутак закључења уговора о раду поклапа са тренутком заснивања радног односа, при чему се раздвајају моменти закључења и активације уговора, у смислу да се за остваривање права, обавеза и одговорности из радног односа ступање запосленог на рад јавља као предуслов.²⁰ Дакле, ступање запосленог на рад се не тумачи као уговорна обавеза, већ као правна моћ која има порекло у уговору о раду, а који запослени може, али и не мора

¹³ Влајко Брајић, *Радно право, радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Савремена администрација, Београд, 2001, 128.

¹⁴ Билић констатује да се радни однос темељи на одређеном споразуму (експлицитном или имплицитном, у писаној или усменој форми) на основу којег радник лично обавља одређени рад према упутствима и налозима послодавца који се, између осталог, обавезује да му осигура производну машину, сав потребан материјал и алат за рад. Andrijana Bilić, *Radno pravo*, Impresum, Zagreb, 2021, 15.

¹⁵ Luis Fernando Vallecilla Baena, „La relación laboral y el contrato de trabajo“, *Jus Laboral*, бр. 8, 2018, 50.

¹⁶ Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, op. cit., 252.

¹⁷ Тако, антиципативно кршење уговора о раду може постојати и када послодавац не жели да извршава преузете обавезе, те прибегава једностраним изменама уговора о раду у делу који се тиче зараде, накнаде зараде, дефиниције посла и тсл. У том случају кршење уговора о раду не доводи до гашења обавеза и престанка уговора, већ запослени има право избора да се позове на антиципативно кршење уговора о раду и раскине уговор или да настави да ради код послодавца под измењеним условима. Притом, запослени мора саопштити послодавцу да раскида уговор о раду, јер у супротном измена уговора ступа на снагу, што значи да запослени постаје везан новим условима рада.

¹⁸ Исто тако, послодавац може одсутати од уговора пре него што је запослени почео да ради, а након што је уговор о раду потписан, будући да ступање на рад и закључивање уговора о раду могу бити временски раздвојени.

¹⁹ Simon Honeyball, David Pearce, „Contract, Employment and the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, бр. 1, 2006, 31.

²⁰ Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2021, 505.

да врши. То, коначно, значи да је у домаћем праву ступање запосленог на рад конклюдетна радња запосленог којом се потврђује првобитан уговор и којом се фактички обезбеђује његово дејство.

Према грађанскоправној (цивилистичкој) концепцији уговора о раду, постоји јединство момента настанка уговора о раду којим се заснива радни однос и права, обавеза и одговорности из тог односа.²¹ Овакав приступ има предности и недостатке, јер се запосленима омогућава да остварују нека, али не и сва права по основу радног односа, иако фактички нису отпочели са радом, док се с друге стране евентуални одустанак од уговора строго санкционише. Насупрот томе, јапански судови сматрају да је заснован радни однос након упућивања и прихвата понуде за заснивање радног односа независно од чињенице ступања изабраног кандидата на рад. Послодавац може отказати понуду пре датума почетка са радом назначеног у понуди, само под условом да је такав исход друштвено прихватљив или је произишао из разумних разлога. Притом, повлачење понуде се не сматра незаконитим поступањем послодавца ако је запослени дао лажне информације о својим квалификацијама које си биле одлучујуће за његов избор.²²

Уговор о раду је стваралачки акт, јер се њим заснива радни однос. Штавише, дуго времена је индивидуални радни однос био потпуно индентификован са појмом уговора о раду. Уколико се говорило о радном односу то је било само када је радни однос означавао правни основ или уговорни однос који је у процесу стварања и изградње. Како изостанак уговора о раду може довести до губитка правне заштите, ранија немачка доктрина је стала на гледиште да примена заштитног законодавства не зависи од уговора о раду, већ од постојања фактичког рада запосленог за послодавца. Овако схваћен појам радног односа доводи до тога да се радни однос не схвата као правни однос чији основ лежи у уговору, него да је посредни фактичко стање које производи одређена правна дејстава. Практичне користи од овог подвајања биле су огромне, јер се обезбеђивала ефективна заштита економски слабије стране, без обзира на формално правне моменте. Премда је већина немачких писаца свела појам радног односа на ово прилично уско значење, извесни аутори покушали су да му поред фактичких момената придодају и правну садржину. Тако је један од његових твораца Потхоф (Potthoff) тим појмом обухватао скуп правних односа који наступају било на основу уговора о раду било на основу фактичке радње за другог, чиме се правни и реални елемент своде на исту раван.²³ Штавише, под утицајем овог учења јавили су се и изоловани доктринарни ставови у којима се радни однос издваја као аутономан и независан феномен који има самостално бивствовање, без обзира на акт постанка и природу самог односа.

Наиме, прихваћено је јединствено решење да се радни однос по правилу заснива уговором о раду, а изузетно чисто формалним актом ступањем на рад и укључивањем радника у предузеће, што значи да се правном основу даје примат уз алтернативну опцију.²⁴ Потхоф (Potthoff) је био међу првима који су подвукли разлику између уговора о раду и радног односа, и у својим чланцима после Првог светског рата он истиче да читав низ правних дејстава наступа у радном односу независно од тога да ли је уговор о раду пуноважан или не.²⁵ У светлу тога, последице које проистичу из радног односа и права која се по том основу остварују заснивају се и реализују на бази чињенице постојања фактичког радног односа. Ово схватање

²¹ Alessandro Stanziani, „The Legal Status of Labour from the Seventeenth to the Nineteenth Century: Russia in a Comparative European Perspective“, *International Review of Social History*, Vol. 54, бр. 3, 2009, 243.

²² Fumito Komiya, *A comparative study of the law of dismissal in japan, great britain and the united states from the perspective of employment protection*, London School of Economics University of London, ProQuest LLC, 2014, 354.

²³ Упореди: Радомир Живковић, „Уговор о раду и радни однос“, *Правосуђе*, бр. 1-2, 1938, 3.

²⁴ Уговор о раду је универзални акт за заснивање радног односа односно њиме се заснива радни однос у општем режиму радних односа, осим ако посебним законом није другачије уређено, а сматра закљученим тек када га потпишу запослени и послодавац, што значи да почиње да производи правно дејство стављањем потписа, а не постизањем пуке сагласности воља, као у римском праву (са изузетком фикције о тзв. раду на црно).

²⁵ Стојан Бајич, *Основи радног права*, општи део, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1937, 2-4.

је добило невероватан полет и посебан значај у државама германског правног круга након радикалне реформе радног права која је била руковођена усвајањем нациосоцијалистичке концепције радног односа о којој ће нешто више бити речи касније. На овом месту од суштинског је значаја проблем који се појављује због прихваћеног схватања о националсоцијалистичком радном односу, а то је да ли радни однос настаје уговором о раду или неки другим актом.²⁶ У потрази за објашњењем сложеног проблема дошло је до напуштања контрактуалне (уговорне) основе радног односа односно одбацивања уговора као базичне основе. Зиберт (Siebert) је додатно допринео комплексности проблематике искључивши уговор о раду из оквира радног права, услед чега је био приморан да понуди алтернативни концепт, што је било претерано комплексно, па је отуда и критиковано у правним круговима.²⁷

Овај аутор тврди да се радни однос заснива двема актима који се не могу одвојити будући да чине целину: „споразум“ (*Einigung*) и фактичко укључивање радника у предузеће (*Eingliederung in der Betrieb*). Притом, „споразум“ нема додирних тачака са уговором о раду и са њим се не поистовећује из разлога што они не деле заједничка обележја, у смислу да код споразума као прве фазе у изградњи радног односа не долази до размене престације рада за зараду (у терминологији аутора привредна добра, јер се рад третирао као роба). Супротно, један субјект ступа у односе са другим, али та веза није довољна за стварање међусобних права и дужности који се непосредно рађају из радног односа који настаје у моменту преласка правног односа у другу фазу.²⁸ Ипак, споразум има важну улогу јер представља основу повезивања са фактичким актом укључивања радника у предузеће, што значи да споразум који није уговор о раду не делује самостално, него производни дејство тек када се стекни и други услов, а то је фактичко укључивање у рад предузећа. Споразум је уткан у сам акт ступања на рад који с једне стране претпоставља свесно улажење у поредак радне заједнице и вољу пријема на рад коју испољава послодавац чином пристанка на потписивање споразума.

Изложена правна конструкција је, примећује се, прилично изазовна за правнике, па је њен идејни творац настојао да је разјасни, доказавши се, поред случајева када долази до укључивања радника у рад, и теме накнадних погодби то јест измена (анекса) којима се у току радног односа преиначује његова садржина (међусобна права и дужности). Штавише, уводи се и појам предуговора, који такође није уговор о раду, јер радни однос не настаје зато што су се странке обавезале да га у одређеном тренутку заснују, већ зато што су ступањем радника у предузеће створиле радну заједницу.²⁹ У другом случају, нема суштинске разлике, јер исто тако нема уговора о раду, због чега и не долази до његове измене с обзиром на то да је реч о „споразуму у процесу“ односно акту који је у фази настанка или „споразуму који настаје у оквиру радног односа који се сам по себи остварује“.³⁰ Улога предуговора се исцрпљује и он се аутоматски гаси тако да престаје његова функција актом ступања радника на рад. Према томе, заснивање и остваривање радног односа је један јединствен процес који се развија у ступњевима или етапама, где је први корак споразум који се фактички манифестује у акту ступања радника на рад, уз евентуално присуство предуговора који се истовремено гаси.³¹

Предложене поставке су изазвале бурну реакцију и биле оштро критиковане од стране појединих аутора са аргументом да је апсолутно немогуће одбацити уговор о раду и не везивати га за радни однос како у моменту заснивања тако и у моменту његовог остварења, јер

²⁶ Више вид. Предраг Јовановић, *Радно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Нови Сад, Нови Сад, 2015, 85.

²⁷ Адам Лазаревић, „Разлика радних односа по радничком и грађанско праву“, *Савремени правни проблеми: расправе и чланци*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 31.

²⁸ Michel Coutu, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *Journal of Law and Society*, Vol. 36, No. 4, 2009, 560.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Р. Живковић, „Уговор о раду и радни однос“, *op. cit.*, 5.

³¹ *Ibid.*

све док радни однос траје он мора имати неки основ за своје постојање.³² Тачније, радни однос, по њиховом мишљењу, настаје уговором о раду без обзира на то којем се ставу приклонили да је радни однос искључиво лични однос или има и имовинска обележја. Ипак, сагласје постоји око једне ствари да је радни однос „однос заједнице“ и то „радне заједнице“ прожете општим духом јединства немачке нације.³³ У светлу тога, радни однос је лично-правни однос и као такав остварује се на основу уговора о раду, уз присуство обавеза странака да ће ступити у радну заједницу и потчињавати се релевантним нормама.³⁴ Посматрано из тог угла појмови предуговора и споразума обележавају ништа друго до уговор о раду у различитим фазама које прате једна другу. Модерна теорија је одбацила ове идеје, а у складу са прихваћеним законодавним решењима уговор о раду представља слободно изражену сагласност воља запосленог и послодавца чији је циљ настанак одређених правних последица односно заснивање радног односа. Уговор о раду је закључен када га потпишу запослени и послодавац, односно надлежни орган код послодавца или лице утврђено законом или општим актом послодавца који у име и за рачун послодавца закључују уговор о раду.³⁵ У неким земљама (Украјина), законски је дефинисано да се уговор о раду закључује између власника предузећа, организације, институције, њихове овлашћене агенције, или физичког лица и запосленог.³⁶

1.1.1.2. Уговор о раду као акт уређивања радног односа

Радни однос се заснива уговором о раду који није само темељ заснивања радног односа, већ и акт којим се на елементарном нивоу уређује садржај радног односа.³⁷ Хрватски аутор Учур (Učur) наводи да је уговор о раду „садржај норми (правила) о правима, обавезама и одговорности субјеката радног односа.“³⁸ Уговор о раду без обзира на то колико је прецизно дефинисан представља кључно регулаторно средство за расподелу права и обавеза између запосленог и послодавца. У литератури се неретко истиче да је уговор о раду од централног значаја за уређивање права и обавезе послодавца и запосленог. Могло би се рећи да „уговор о раду није све, али без уговора о раду, све је ништа“.³⁹

Циљ уговорних страна није да закључе уговор, него да конституишу правни однос, па је у том смислу правни однос резултат закљученог уговора. Правни однос произлази из уговора као правног акта и уколико дужије траје толико је више уочљива разлика између њих. Дакле, уговор производи правни однос, тако да они стоје у међусобном односу као узрок и последица.⁴⁰ Уговор о раду је најважнији правни документ у области радног права којим послодавац и запослени заснивају радни однос и дефинишу и уређују своја узајамна права и

³² Karl Mannheim, *The institutions of private law and their social functions*, Routledge & Kegan Paul Limited, London, 1949, 133.

³³ Р. Живковић, „Уговор о раду и радни однос“, *op. cit.*, 6.

³⁴ Драгољуб Симоновић, *Радноправна читанка – књига прва*, Службени гласник, Београд, 2009, 55.

³⁵ Paul L. Davies, Mark Freedland, *Employees, workers and the autonomy of labour law*, у: Hugh Collins, Paul L. Davies, Roger Rideout., (eds.) *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International, London, UK, 2000, 269.

³⁶ María Fernanda López Fernández, “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, у: López Fernández Fernanda María (ed.) *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, 145.

³⁷ Velim Herman, Milorad Ćuprija, *Osnove radnog prava*, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2011, 24.

³⁸ Више вид. Dragan Zlatović, Ivan Malenica, *Novo hrvatsko radno pravo - ogledi iz radnog prava i pravne prakse*, Libertin naklada, Rijeka, 2013, 109.

³⁹ Bernd Waas, “Statutes, collective agreements and contracts of employment: a look into the hierarchy of labour law norms, A Thematic Working Paper for the Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: Perspectives of collective rights in Europe”, Berlin 2018, Доступно на: <https://eu.eventcloud.com/ehome/200175533>, 10.8.2024.

⁴⁰ Јаков Радишић, *Облигационо право*, девето измењено и допуњено издање, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, 63.

обавезе. Отуда се у уговору о раду, као у сваком другом уговору уочава, конститутивна или стваралачка функција и регулаторна или нормативна функција.

У делу теорије се указује да се, без обзира на схватање о структури радног односа, овом појму углавном прилази формалистички, јер се чешће утврђује појам уговора о раду, него што се одређује карактер радног односа као предмета радног права.⁴¹ Међутим, радни однос се не може поистовећивати са појмом уговора о раду, будући да је уговор о раду само један од облика заснивања, а делимично и регулисања радног односа. Стога, садржај појма радног односа може се утврдити примарно из његових карактеристичних обележја, а тек посредно и делимично из уговора о раду и његових битних елемената.

Тинтић (Tintić) уговор о раду схвата као „израз садржаја индивидуалне аутономије у правцу слободе у заснивању радног односа, слободе у одређивању права и обавеза, у одређивању радног места (посла) на којем ће радник радити, у утврђивању трајања радног односа и др.“⁴² Посредством уговора о раду одређује се садржина радног односа, међусобна права и дужности запосленог и послодавца. Иако се радноправни однос не може поистовети са појмом уговора о раду, садржај радног односа се утврђује из његових битних елемената, али не у целости, јер радни однос обухвата шири круг права и обавезе од оних на које указује сам уговор о раду.⁴³

Познати руски правник, политичар и марксистички револуционар Чичерин (Чичерин) правио је разлику између уговора који доводи до настанка правног односа и уговора који обавезују странке током трајања тог односа.⁴⁴ Таква поделе уговора се у потпуности уклапа у две функције које уговора о раду има. Осим што је темељ заснивања радног односа, уговор о раду уједно је и извор права и обавеза уговорних страна која чине садржај њиховог индивидуалног радног односа. Међутим, одредбе уговора о раду нису једини извор права и обавеза за уговорне стране, будући да уговор о раду често не обухвата сва питања важна за уређивање радног односа.⁴⁵ Садржај радног односа, осим уговора о раду, уређује се правилником о раду, колективним уговором или другим актом, а неретко и сам уговор о раду садржи одредбу у којој се наводи да се поједина питања конкретног радног односа уређују на начин на који предвиђа колективни уговор или правилник о раду (нпр. висина зараде или трајање годишњег одмора). Дакле, постоје многи извори радног права који уређују индивидуални радни однос, а минимум зајамчених права радника и послодавца уређени су законом.⁴⁶

У претходним редовима настојали смо да прикажемо теоријску интерпретацију појма уговора о раду имајући у виду одсуство његове законске дефиниције осим кроз посредно одређење да се уговор о раду закључује између запосленог и послодавца. Наиме, уговор о раду представља акт заснивања радног односа који се закључује између запосленог и послодавца, уз утврђивање међусобних права и обавеза.⁴⁷ Радни однос постоји захваљујући субјектима (запосленом и послодавцу) и садржини радног односа, а садржину радног односа чине сва права и обавезе које прате тај однос. Наиме, међусобна права и обавезе се рађају у тренутку закључења уговора о раду. Управо се на тај начин одређује садржина самог уговора и утврђују права и обавезе које могу бити одређене или одредиве, у зависности од појединачног случаја

⁴¹ Зоран Ивошевић, *Радно право*, осмо издање Службени гласник/Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2015, 8.

⁴² Nikola Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, Narodne novine, Zagreb, 1972, 220.

⁴³ Benjamin S. Asia, „Employment relation: common-law concept and legislative definition“, *The Yale Law Journal*, Vol. 55, No. 1, 1945, 77; Simon Deakin, *The Many Futures of the Contract of Employment*, Working Papers wp191, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2000, 6 et seq.

⁴⁴ Светлана Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, Издательство "Эксмо", Москва, 2023, 47.

⁴⁵ Baltasar Cavazos Flores, *40 Lecciones de derecho laboral*, Editorial Trillas, Mexico, 2004, 65.

⁴⁶ D. Zlatović, I. Malenica, *Novo hrvatsko radno pravo - ogledi iz radnog prava i pravne prakse*, op. cit., 23.

⁴⁷ Consuelo Chacartegui Jávega, *Contrato de trabajo y empresas de trabajo temporal*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998, 238.

и околности у којим се налазе странке.⁴⁸ У светлу те констатације, закључује се да садржину радног односа суштински чине сва она права и обавезе које оба суконтрахента уговора о раду имају и која стоје у међусобној корелацији и садејству. Као што приликом настанка радног односа доминирају добровољност и консензуалност, када је реч о садржини радног односа истичу се онерозност, билатералност и размена, или како се то у правној теорији објашњава, оно што је за једну страну *facio ut des* за другу је *do ut facias*.⁴⁹ Ипак, не треба пренебрегнути чињеницу да нису сва права и обавезе уговорне природе, већи део права у сам уговор уграђује законодавац. Дакле, сијасет права гарантује законска норма која су у реалном животу остварује путем уговора, као посебне правне категорије. Уговор о раду на једном месту окупља низ права које је законодавац гарантовао сваком запосленом и пре него што је заснован конкретан радни однос, са циљем да се супростављени интереси запосленог и послодавца уједначе. У том смислу, радни однос, као скуп права, обавеза и одговорности запосленог и послодавца, без обзира да ли су поникла из закона или уговора о раду (индивидуалног или колективног) мора се кретати у равни интересно уравнотежених позиција његових субјеката.⁵⁰ С тим у вези, теорија настоји да ближе одреди уговор о раду с обзиром на његову позицију у радном праву и двоструку функцију, функцију акта заснивања и акта уређивања радног односа.

Различити правни системи дају предност једној или другој функцији уговор о раду, те се тако у домаћем праву запажа превагност радног законодавства у уређивању радних односа, које се манифестује кроз бројна права (право на рад, зараду, безбедне услове рада и друге облике заштите запослених), док се у либералним системима прибегава индивидуализацији законских услова рада уговором.⁵¹ Наиме, уговор о раду је споразум који настаје на бази узајамне сагласности у којој се опредељују права и обавезе сауговорача од којих су основне вршење рада и исплата зарада, премда је послодавац дужан да обезбеди и друга права у складу са установљеним нормама и уговорним клаузулама. Отуда и веза индивидуалног уговора о раду са законом и колективним уговором о раду будући да се они примењују у одсуству повољнијих одредаба уговора о раду (начело *in favorem laboratoris*). Свакако, мора се приметити да је аутономија воље лимитирана како у уговорном, тако и у радном праву, будући да свака правно организована заједница, уважава индивидуалну вољу субјеката права, али и да истовремено води рачуна о општим нормама друштвене заједнице које се не смеју препустити појединачној произвољности.⁵²

1.1.2. Шире значење појма уговор о раду

1.1.2.1. Индивидуални и колективни уговор о раду

Израз „уговор о раду“ у радном праву се употребљава са двоструким значењем, тј. за означавање две врсте уговора: колективни уговор о раду и индивидуални уговор о раду. Колективни уговор о раду је извор радног права који се закључује са циљем утврђења услова и режима рада који ће се примењивати на све запослене у предузећу, грани, делатности или на

⁴⁸ Joško Perlain, *Radno pravo*, Pravni fakultet, Split, 1972, 47.

⁴⁹ Миодрага Јовановић, *Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022, 27.

⁵⁰ Adrian Merritt, „The historical role of law in the regulation of employment — abstentionist or interventionist?“, *Australian Journal of Law & Society*, Vol. 1, бр. 1, 1982, 57.

⁵¹ Љубинка Ковачевић, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права. Осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. 54, бр. 4, 2020, 1341.

⁵² David J. Doorey, *The Law of Work*, Second Edition, Emond Montgomery Publications, Toronto, 2020, 98.

одређеној територији.⁵³ Отуда се и преговарање између социјалних партнера предузима како би се постигао заједнички договор о регулисању услова рада. Другим речима, процес колективног преговарања служи да се изгради заједничка воља, те да се на координираној основи, у обостраном интересу, аутономно уређују тржиште рада и систем индустријских односа. Колективно преговарање се може анализирати и са другог аспекта - као колективно право које се остварује како закључењем колективног уговора о раду, тако и у поступку његове измене и допуне, уз рационалан утрошак времена, енергије и средстава.⁵⁴ Оригинаност радног права лежи у особеној „правној архитектури“ која презентује другачији хијерахијски поредак правних аката и норми. Наиме, колективни уговор о раду може утврдити повољније услове рада и већа права од услова и права утврђених законом.⁵⁵

Исто тако, индивидуални уговор о раду може садржати повољнија решења у односу на стандарде постављене у колективном уговору о раду. Када је реч о односу између индивидуалног уговора о раду и колективног уговора о раду Препорука МОР-а бр. 91 од 1971. године упућује да одредбе индивидуалног уговора о раду не могу бити у супротности са одредбама колективног уговора о раду, при чему предности у примени треба дати колективном уговору о раду.⁵⁶ С друге стране, у упоредном праву се најчешће среће приступ који фаворизује апсолутну примену начела *in favor laborum* на начин да „индивидуални уговор о раду постаје магнет који привлачи метал колективног уговора о раду“.⁵⁷ Историјски посматрано, француско право је познавало и другачије решење које је допуштало дерогацију *in peius* нормама колективног уговора о раду у односу на повољније клаузуле индивидуалног уговора о раду. Осим тога, могу се наћи и новији примери одступања од начела *in favor laborum* у корист послодаваца.⁵⁸

Колективни уговори, као резултат преговора које воде представници радника и послодаваца, представљају израз споразума који су они слободно усвојили на основу њихове колективне аутономије. Отуда и не чуди што се у правној доктрини јавља дилема колективни уговор о раду или бесконачно поље могућности.⁵⁹ У немачком праву колективни уговор код послодавца закључује послодавац и савет запослених чије чланове бирају сви запослени у предузећу. Ово из разлога што двоканални систем представљања претпоставља поделу надлежности између синдиката и савета запослених.⁶⁰ То конкретно значи да су овлашћења синдиката сконцентрисана на одређени регион или сектор, док савет запослених у преговору са послодавцем иступа искључиво на нивоу предузећа. Нажалост, у Србији тренутно није на снази општи колективни уговор, с обзиром да је последњи закључен 2008. године, са временом трајања од три године (важио је до 17. маја 2011. године), а да исти није продужен, нити је закључен нови, тако да минимум права запослених садржи Закон о раду.

⁵³ У контексту правне природе колективног уговора о раду уочава се његова сложена димензија, па тако уколико би се колективни уговор о раду посматрао искључиво као уговор уочили би се лепеза обједињених уговора: „уговор о пуномоћју (у којем учесници имају положај пуномоћника, а дестинатери положај властодавца); уговор о деловодству без налога (у којем дестинатери ратификују колективни уговор који су учесници већ закључили); уговор у корист трећих лица (у којем учесници закључују колективни уговор у корист дестинатера) и уговор по приступу (којем приступају сви радници и послодавци који су то својство стекли после закључења уговора)“. Зоран М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, друго издање, Службени гласник, Београд, 2015, 521.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Бранко А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 7 et seq.

⁵⁶ Collective Agreements Recommendation, 1951 (No. 91), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R091

⁵⁷ L. Wedderburn, *Worker and the Law*, op. cit., 318.

⁵⁸ Више о томе вид.: 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, 506-508.

⁵⁹ Moreno Galiana, María Jesús, *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978, 123.

⁶⁰ William Brown, Simon Deakin, David Nash, Sarah Oxenbridge, „The Employment Contract: From Collective Procedures to Individual Rights“, *An International Journal of Employment Relations*, Vol. 38, бр. 4. 2000, 623.

Право на синдикално организовање и деловање је једно од најзначајнијих тековина радничког покрета, првенствено због тога што је удруживање запослених у прошлости било забрањивано и оштро санкционисано. Иако се удруживање запослених квалификовало као кривично дело за чије извршење су изрицане и најстроже казне, то није било довољно да угуши револуционарни дух радника у настојању да се одлучно одупру неприхватљивим и понижавајућим условима рада. Признавање права на синдикално организовање је извршило велики утицај на развој колективног уговора о раду. Ипак, спорења и даље постоје у погледу правне природе колективног уговора о раду. Разлог за то лежи у специфичним карактеристикама колективног уговора о раду који садржи две врсте норми. Наиме, норме које регулишу услове рада садржане су у нормативном делу колективног уговора који има општу примену (делује *erga omnes*), док се у облигационом делу колективног уговора налазе норме које регулишу права и обавезе суконтрахената. Реч је о општем правном акту који се примењује на све запослене код послодавца, без обзира на чланство запослених у синдикату који је учествовао у преговарању, за разлику од уговора о раду који производи правно дејство само између његових потписника.

За разлику од домаћег права у којем се колективни уговори о раду класификују на опште колективне уговоре, посебне колективне уговоре и колективне уговоре код послодавца, аустралијско право познаје само колективни уговор код послодаваца којим се регулишу међусобна права и обавезе између удружења запослених и послодавца (изузетно и удружења послодаваца), арбитражне одлуке и друге правне документе које издаје специјална комисија за поштен рад којим се споразумно утврђују минимални услови рада за одређену грану, групу, подгрупу или делатност.⁶¹ Споразуми закључени на савезном нивоу примењују се на послодавце и запослене који се налазе ван федералног система. Како је суверена власт подељена између федералних јединица и централне владе, успостављају се минимални радни стандарди са циљем пружања основне заштите запосленима који нису покривени ни једним споразумом. Тиме се хармонизују услови рада на ширем географском подручју узимајући у обзир велики број споразума који обезбеђују „сигурносну мрежу“ запосленима по питању услова рада.⁶² Како се у тренутку закључења уговора о раду запослени и послодавац не договарају о свим питањима значајним за њихов однос, на поједина питања попут пауза за одмор и максималне дужине трајања смена, примениће се одређени споразум, ако постоји. Премда споразум фактички допуњује уговор о раду, он формалноправно не представља његов анекс, него чини могућим извршење самог уговора, тим пре што се споразумом не задире у договорене услове рада између запосленог и послодавца.⁶³ Отуда савезни споразум или споразум донет на нивоу федералних јединица и уговор о раду могу коегзистирати као засебни облици регулисања радних односа, с тим да се уговором о раду не могу предвидети неповољнији услови рада од оних које предвиђа споразум или колективни уговор код послодавца.

У литератури се истиче да разноликост правних стандарда чини посебност радног права, јер је индивидуални однос запосленог са послодавцем регулисан скупом стандарда који произлазе из закона, правилника, колективног уговора, индивидуалног уговора о раду итд.⁶⁴ Међутим, обавезујућа снага ових стандарда и везе које имају са уговором о раду нису увек

⁶¹ Према периоду на који се закључују, колективни уговори могу бити: уговори на одређено време (са затвореним роковима трајања), уговори на неодређено време (са отвореним роком трајања) и уговори са условним роком важења (важе до закључивања новог колективног уговора). О смањењу значаја колективног преговарања и последично мањем утицају синдиката на обликовање садржине уговора о раду вид.: William Brown, Simon Deakin, David Nash, Sarah Oxenbridge, „The Employment Contract: From Collective Procedures to Individual Rights“, *op. cit.*, 2.

⁶² John Burgess, Duncan Macdonald, „The labour flexibility imperative“, *Journal of Australian Political Economy*, бр. 27, 1990, 16.

⁶³ Moreno Galiana, María Jesús, *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, *op. cit.*, 123.

⁶⁴ Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 440.

јасне. Начелно посматрано, у ситуацијама када колективни инструмент доноси побољшање услова рада нема проблема. Стога, остаје отворено питање да ли се положај радника може ослабити колективним преговорима и какви ће бити ефекти колективних норми на појединачне уговоре о раду. Дакле, потребно је утврдити да ли измена колективних стандарда у предузећу представља измену уговора о раду.⁶⁵

У француском праву, теорије које подражавају инкорпорацију колективног уговора у индивидуални уговор о раду (теорија инкорпорације) нису прихваћене, те колективни уговор не може мењати уговор о раду.⁶⁶ Према швајцарском праву, одредбе колективног уговора о раду примењују се на индивидуални радни однос, али не постају саставни део уговора о раду, с тим да добровољна примена колективног уговора о раду који предлаже послодавац запосленом због повољнијих решења се тумачи као прећутна измена уговора о раду.⁶⁷ Даље, у француској доктрини мишљења су подељена када је реч о споразуму о дерогацији права, где се, у једном делу литературе истече да споразуми имају предност у односу на појединачне уговоре о раду упркос повољнијим уговорним одредбама. За другу групу аутора, споразум о дерогацији права (нпр. смањењу зараде или скраћивању радног времена) даје послодавцу могућност имплементације нове организације рада, док га ни на који начин не овлашћује да мења уговор.⁶⁸

Према ранијем француском праву, делимично укључивање колективног уговора у индивидуални уговор било је оправдање за задржавање одређених стечених права. У складу са тадашњим законодавним решењем, ако након истека једногодишњег рока важења колективног уговора о раду један колективни уговор не буде замењен другим, запослени задржавају погодности које су раније стекли.⁶⁹ Насупрот томе, француски Касациони суд је одбацио наставак важења колективног уговора о раду који више није на снази, ради задржавања права, осим ако није закључен нови колективни уговор. У том смислу, постоји дилема да ли се опстанак погодности везује за обавезу закључења новог колективног уговора, „вештачким“ одржавањем одредби ранијег колективног уговора или интегрисањем његових одредби у индивидуални уговор о раду. Ово из разлога што се указује да нестанком колективног извора права остају индивидуалне предности које је запослени стекао.⁷⁰

Колективни уговор, као извор аутономног права, представља специфичност везану искључиво за подручје рада, уз то што је по својој природи јединствен акт јер га „производе сами актери света рада“, без спољашње интервенције.⁷¹ Напросто, субјектима радног права је кроз колективно преговарање од стране законодавца свесно уступљено нормативно овлашћење. С друге стране, уговору о раду се негира карактер извора радног права, бар у делу теорије, уз навођење да је то акт којим се уређују радни односи на елементарном нивоу.⁷² Чини се да је то исправно становиште, јер се извором (радног) права могу сматрати само општи (не и појединачни) правни акти. По чему се још разликују индивидуални уговор о раду и колективни уговор о раду? Суштина колективног уговора о раду је у томе што садржи правила којима се на општи начин регулишу односи послодавца и запослених, и којима се утврђују услови под којима ће се закључивати индивидуални уговори о раду.⁷³ Штавише, колективни

⁶⁵ О коришћењу колективне акције као одговор на једностране измене елемената уговора о раду вид.: Desmond Petersen, *Changing terms and conditions of employment in the South African Labour Relations arena – The approach of the courts: a comparative analysis*, Faculty of Law at the University of the Western Cape, 2004, 8.

⁶⁶ Pascal Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, PUF, Paris, 2011, 102.

⁶⁷ Kübra Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, Schulthess, Genève, 2005, 144.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 439.

⁷⁰ Tamar Katz, *La négociation collective et l'emploi*, L.G.D.J, Paris, 2007, 77.

⁷¹ Тодор Каламатиев, „Колективна права у Закону о радним односима Републике Македоније“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2012, 124.

⁷² Љубинка Ковачевић, Боривоје Шундерић, *Радно право. Приручник за полагање правосудног испита*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2021, 45.

⁷³ Alan Supiot, „Un faux dilemme, la loi ou le contract?“, *Droit social*, бр. 1, 2003, 59-60.

уговор о раду се примењује у складу са начелом повољности омогућавајући на тај начин да запослени користе повољније клаузуле колективног уговора о раду који регулише иста питања као и индивидуални уговор о раду.

Ово из разлога што би другачије схватање довело до нарушавања сврхе постојања колективног уговора о раду који се развио, управо, са циљем да обезбеди бољу заштиту индивидуалних права запослених. Отуда се оправдано наглашава да колективни уговор о раду не сме променити своју сврху и постати средство за гушење права запослених. Штавише, у француској јуриспруденцији је потврђено да упућивање у уговору о раду на одредбе колективног уговора о раду не подразумева да су ове одредбе аутоматски уграђене и да се примењују на конкретног запосленог.⁷⁴ У том смислу, важи постулат да колективни уговор о раду не може мењати уговор о раду запосленог, осим када је реч о повољнијим одредбама колективног уговора о раду које могу заменити клаузуле из индивидуалног уговора о раду.⁷⁵ Међутим, шта се дешава када колективни уговор намеће обавезе (нпр. клаузула географске мобилности или клаузула забране конкуренције), а уговор о раду о томе „ћути“, стога, коме дати предност? Француски касациони суд је дао примат колективном уговору о раду само под условом да је запослени обавештен о примени колективног уговора о раду. Међутим, овај ауторитет колективног уговора о раду је релативизован доношењем Националног међупрофесионалног споразума од 11. јануара 2008. године и Закона од 25. јуна 2008. године о модернизацији тржишта рада који предвиђа да „уговори о раду морају специфицирати услове спровођења (...) клаузуле забране конкуренције (...) и клаузуле географске мобилности”.⁷⁶ Упркос томе, поставило се питање да ли је „светост“ индивидуалног уговора о раду у супротности са флексибилношћу која у себи садржи мере које омогућавају прилагођавање посебним околностима. Ово нарочито у периоду рецесије, када је флексибилност неопходност у смислу да се послодавцима мора оставити могућност да измене зараду, трајање радног времена, место рада и друге елементе уговора о раду када то захтевају тржишне околности и потребе пословања. На овом месту ваља поменути случај у којем је запослени премештен у друго место рада због потребе службе и то на основу колективног уговора Националне федерације омладинских и културних центара што је запослени одбио након чега је отпуштен.⁷⁷ Послодавац је истицао аргумент да премештај у друго место рада који свој извор има у одредбама колективног уговора који садржи клаузулу географске мобилности представља просту промену услова рада којој запослени мора да се повинује без обзира на разлоге који стоје у основи премештаја.⁷⁸ Сходно томе, запослени који одбије да поступа по налогу чини повреду уговора о раду због које послодавац може прибећи отказу као дисциплинској мери. Међутим, француски Касациони суд је пошао од тезе да промена места рада мора бити објективно процењена узимајући у обзир финансијске трошкове у вези са селидбом и породичну ситуацију запосленог. Ипак, послодавац може да се ослони на постојање обавезе географске мобилности запосленог утврђене колективним уговором у недостатку клаузуле географске мобилности у уговор о раду запосленог, када је одредба колективног уговора, сама по себи, довољна за њену реализацију и под условом да је запослени у тренутку заснивања радног односа или касније био упознат са њом.⁷⁹

⁷⁴ T. Katz, *La négociation collective et l'emploi*, op. cit., 90 et seq.

⁷⁵ Историјски посматрано, француско право бележи примере закона коју су допуштали одступање од начела *in favorem laboratoris*. Више вид.: Laura Boret, *L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs : quelle flexibilité depuis la loi du 14 juin 2013?*, 25, доступно на: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/11/rapport-copy.pdf>, 17.5.2023.

⁷⁶ Свакако не треба сметнути с ума и Закон од 29. фебруара 2012. године који је био осмишљен са циљем да „ослаби снагу уговора о раду“ будући да је колективни уговор о раду могао да измени радно време установљено индивидуалним уговором раду без потребе за прибављањем сагласности запосленог. *Ibid.*, 52.

⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 27 juin 2002, 00-42.646.

⁷⁸ Љубинка Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду са посебним освртом на премештај запосленог“, *Право и привреда*, бр. 4-6, 2015, 845.

⁷⁹ Elsa Peskine, Cyril Wolmark, *Droit du travail*, 17e édition, Dalloz, Paris, 2024, 199.

Интересантан је случај који се нашао пред француским Касационим судом, а који се водио против чувене француске компаније *IBM*. Због економских потешкоћа крајем 1993. године компанија је усвојила план смањења своје радне снаге на националном нивоу, уз социјални план под називом „Прилагођавање људских ресурса“.⁸⁰ С тим у вези, одлучено је да се обустави производња у једној од радионица и да се укину 174 радна места, те да се у складу са социјалним планом, погођеним запосленима, призна право на превремено пензионисање или обезбеди премештај у другу јединицу на локацији у Монпељеу. Наиме, комитет предузећа је затражио да послодавац запосленима пружи додатне информације, и инсистирао на забрани могућности раскида уговора о раду запосленима који су одбили премештај у друго место рада.⁸¹ Међутим, захтев комитета предузећа да запослени буду обавештени и консултовани о последицама уведених мера на нивоу читавог предузећа је одбијен са образложењем да без обзира на то да ли је утврђен избор који је заснован на легитимним интересима компаније, послодавац има потпуну слободу да измени уговор о раду запослених и да их премести у друго место рада, уз то што је комитет о свим релевантним чињеницама у потпуности информисан односно консултован, јер је то учињено на нивоу радне јединице која је реорганизована.⁸²

Колективни уговор о раду може да садржи одредбе којима се обезбеђује интерна или екстерна професионална и/или географска мобилност запослених.⁸³ Први облик мобилности се састоји од промене локације где се рад обавља, при чему професионална позиција запосленог остаје непромењена, док други облик мобилности одражава професионални развој појединца, с тим да се географска и професионална мобилности међусобно не искључују.⁸⁴ Иако уговор о раду може да садржи клаузулу мобилности, судска пракса је вишеструко ограничила не само важење, него и примену клаузуле мобилност, чак и када је унета уз сагласност запосленог током трајања радног односа. За разлику од ранијег решења, када колективни уговор о раду није могао да се примењује осим ако није садржао повољније одредбе, сада се допушта да колективни уговор о раду прошири обим мобилности конституисан клаузулом у уговору о раду. Отуда се у француској доктрини указује на присутну опасност у вези са управљањем мобилношћу, јер клаузула о фиксном радном месту може бити садржана у уговору о раду, смањујући или укидајући могућност евентуалне мобилности запослених, а да се колективним уговором о раду то правило дерогира.⁸⁵

Социјални партнери могу регулисати услове рада на другачији начин од уговора о раду, те је законодавац одлучио да реши супротности колективног уговора и уговора о раду давањем предности првом над другим. Из тога следи да се клаузуле уговора о раду супротне колективном уговору о раду неће примењивати, иако су повољније за запослене, што поједини француски аутори описују као преимућство колективне норме над уговором о раду.⁸⁶ Такође се наводи да је Закон од 14. јуна 2013. године редуковао начело *in favorem laboratoris*

⁸⁰ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 1996, 94-22.163. Више вид.: L. Boret, L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs: quelle flexibilité depuis la loi du 14 juin 2013?, *op. cit.*, 24.

⁸¹ *Ibid.*, 28.

⁸² Gwennhaël François, Christophe Mariano, "L'accord de performance collective: trois questions en guise d'introduction", у: G. François, C. Mariano (dir.), *L'accord de performance collective. Actes du colloque de ClermontFerrand du 26 février 2021*, Bulletin Joly Travail, 2021, n° 5, 44.

⁸³ *Ibid.*, 45.

⁸⁴ У контексту мобилности уочава се сложеност повлачења линије разграничења између промене услова рада и измене уговора о раду. У страном судској пракси је указано да вршење рада унутра „географског подручја“ представља промену услова рада због чега сагласност запосленог није потребна. Упркос томе, концепт „географског подручја“ није разрађен, те остају сумње када је простор „географског подручја“ нарушен.

⁸⁵ L. Boret, L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs: quelle flexibilité depuis la loi du 14 juin 2013?, *op. cit.*, 10.

⁸⁶ По овом питању не постоји униформан доктринарни став, јер се тврди да клаузула мобилности није супротна колективном уговору о раду, јер је њен обим по природи шири од географског сектора, што значи да би само клаузула фиксног радног места могла била идентификована као по својој садржини супротна клаузула колективном уговору о раду. G. François, C. Mariano, "L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction", *op. cit.*, 43.

допуштајући да се индивидуални стандарди елиминишу. Премда се сукоб норми свакако решава, поменути режим је превише флексибилан и погодује искључиво послодавцима. Из тог разлога је брисан члан 2242-23 Законика о раду, који је предвиђао да један или више запослених који одбију примену колективне норме која се односи на интерну мобилност на индивидуални уговор о раду имају право на мере подршке.⁸⁷ Како запослени због одбијања примене флексибилније норме могу бити отпуштени уз навођење економског отказног разлога, колективни уговор о раду је морао да садржи обим и метод на основу којег се врши премештај запосленог на друге послове у оквиру компаније. Без обзира на број запослених који су отпуштени јер су одбили да прихвате клаузуле колективног уговора о раду (нпр. више од 10 запослени) и период отпуштања (нпр. краћи од 30 дана), послодавац није био обавезан да донесе социјални план, ако је колективни уговором о раду предвиђао мере проналаска алтернативне позиције за запослене погођене отпуштањем. Претња аутоматским индивидуалним економским отказом делује у правцу подстицања запосленог да прихвати примену неповољне одредбе колективног уговора о раду.⁸⁸ Поред тога, обезбеђује се заобилажење компликованог поступка у случају колективног отпуштања (састављање социјалног плана, консултације са радничким саветом итд.), са изузетком мере премештаја на други посао која мора бити укључена у колективни уговор. Штавише, уколико план запошљавања у колективном уговору о раду изостане, индивидуални отказ из економског разлога биће ништав. Уз то, колективни уговор о раду је морао да садржи казнену клаузулу за случај да послодавац не изврши своје обавезе, посебно у погледу очувања запослења.⁸⁹ Такође, висина накнаде штете се утврђује у колективном уговору о раду, с тим да суд може ревидирати износ накнаде у случају да је утврђен незнатан износ.

Додатно, праг репрезентативности који је давао синдикату својство преговарача је прикупљање најмање 30% гласова за репрезентативне организације, што је био исти услов који се постављао и за синдикате када закључују класичан колективни уговор о раду. Након израде и потписивања, колективни уговор се није примењивао одмах, него је улазио у посебну процедуру.⁹⁰ Према том решењу које више није актуелно, спроводила се фаза консултација која је омогућавала да послодавци стекну увид у личне и породичне прилике сваког запосленог. Послодавац је упућивао предлог запосленом препорученом поштом са потврдом о пријему, што значи да се у поступку закључивања колективног уговора о раду примењивала процедура информисања која је важила када се прибегавало измени уговора о раду из економских разлога. Запослени је, притом, има право на рок од месец дана да саопшти одбијање, у супротном се сматра да је предлог прихваћен. Надаље, запослени ће бити премештен на други посао или у друго место рада у складу са одредбама колективног уговора.⁹¹ Оно што посебно привлачи пажњу је чињеница да одбијање запосленог може резултирати отказом из економског разлога што се коси са чињеницом да запослени поступа по гарантованом праву да се супротстави привременој измени битних елемената уговора о раду. С тим у вези, се примећује да се индивидуални интереси жртвују на рачун колективних, премда има и присталица тог модела са тврдњом да колективни интереси морају превазићи интересе појединца, тако да колективни уговор који служи очувању запослења на уштрб сигурности посла постане заједнички циљ који има обједињујућу улогу имајући у виду интересе предузећа и запослених.⁹² Уз то, максимално трајање колективног уговора о раду је

⁸⁷ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 28.

⁸⁸ Michèle Bonnechère, „Doctrines et droit du travail: éléments pour un débat“, *Droit ouvrier*, 2002, 475.

⁸⁹ На основу казнене клаузуле могуће је санкционисати не само неизвршење главне обавезе, него и све друге повреде уговора.

⁹⁰ У светлу тога, у теорији се предлаже појединачно информисање запослених које ће заменити информисање на колективној основи. M. Bonnechère, „Doctrines et droit du travail: éléments pour un débat“, op. cit., 474.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Luc Justet, „Le corps des travailleurs dans le droit. Aux origines du contrat de travail“, *Ergologia*, бр. 8, Décembre 2012, 102-104.

две године, што значи да је систем привремен и да се користи као средство током периода када се очекује побољшање економске ситуације предузећа.

У погледу услова важења, колективни уговор о раду о интерној мобилности се разликује од класичног уговора о раду по две тачке. Прва тачка је захтев за постојањем специфичних економских околности које оправдавају започињање преговора, док се друга односи на услове потписивања колективног уговора. Ове две посебности подстичу, с једне стране, послодавца да прибегне колективном уговору, а с друге стране запослене да прихвате колективне норме као легитимне, упркос њиховом неповољном карактеру у поређењу са одредбама уговора о раду.⁹³ Традиционални систем предвиђа да, у случају економских тешкоћа, послодавац може да предложи запосленом измену уговора о раду и да га отпусти ако је он одбије. У сваком случају, запослени може да оспори разлог отпуштања тврдећи да економски разлог није наступио.⁹⁴ У суштини, економски разлог може бити заснован на очувању конкурентности предузећа, с тим да је француска јуриспруденција строга по том питању, будући да је постајање стварног и озбиљног разлога везано за економске потешкоће свих предузећа групе у оквиру истог сектора. Дакле, независно од тога што је у једном предузећу „алармантна ситуација“, послодавац не може отпуштати запослене који су одбили предлог за измену уговора о раду.⁹⁵

На овом месту ваља навести чл. L5125-1 Законика о раду који је укинут, а који је садржао занимљиво решење да у случају озбиљних економских тешкоћа у предузећу, која се утврђују са репрезентативним синдикалним организацијама запослених, колективни уговор о раду може укинути обавезу послодавца да задржи радна места током периода важења колективног уговора о раду, а дати му овлашћење да уреди организацију и распоред радног времена, као и накнаде. Није више актуелно ни решење да „колективни уговор садржи мере подршке, обуку и помоћ у реализацији географске мобилности што посебно укључује учешће послодавца у надокнади губитка куповне моћи и транспортних трошкова“.⁹⁶ Судска пракса потврђује да је на судијама да утврде да ли примена клаузуле географске мобилности не крши право запосленог на поштовање приватног и породичног живота, и ако крши то право да ли је мешање послодавца оправдано задатком који треба да се оствари и сразмерно жељеном циљу.⁹⁷

1.1.2.2. Однос уговора о раду и других уговора о радном ангажовању

1.1.2.2.1. Уговор о раду и уговор о делу

Радно право традиционално прави разлику између уговора о раду и других уговора по основу рада. Осим тога, термин уговора о раду се користи као кровни појам, тако да истовремено покрива индивидуалне уговоре о раду и колективне уговоре о раду. С друге стране, и индивидуални уговор о раду обухвата две врсте уговора. Једну врсту чине уговори којима се заснива радни однос, а другу групу чине уговори којима се уговора вршење рада ван радног односа. Блиска веза између уговора о раду и уговора о делу досеже до римских корена, када су оба уговора била саставни део јединствене правне конструкције назване *locatio conductio*. Под тим називом уговор о делу се први пут јавља у Гајевим Институцијама, а редактори тог текста указују на уговорну трихотомију, у смислу да *locatio conductio* обухвата

⁹³ Jérôme Porta, „Le droit du travail en changement. Essai d’interprétations“, *Travail et Emploi*, бр. 158, 2019, 96.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ L. Justet, „Le corps des travailleurs dans le droit. Aux origines du contrat de travail“, *op. cit.*, 101.

⁹⁶ Ранији чл. Л 2242-22 француског Законика о раду.

⁹⁷ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, *op. cit.*, 225.

три различита уговора: уговор о раду, уговор о делу и уговор о закупу.⁹⁸ Ипак, упоређивањем изворног текста и превода уочава се термилошко преплитање и упоредо коришћење термина, што се може описати као лексички пропуст, будући да је у пракси преовладавао став о тројној подели *locatio conductio* у којој *locatio conductio operis* представља уговор о делу који се разликује од *locatio conductio operarum* који се поима као уговор о раду оодносно као претеча уговора о раду. Чини се да је поистовећивање уговора о раду и уговора о делу резултат сличности та два уговора. Штавише, *locatio conductio* је најчешће дефинисан као „консензуални контракт којим се једна страна обавезује да ће другој страни предати на привремено коришћење одређену ствар, ставити на располагање своју радну снагу или извршити неко дело, а ова ће за то платити уговорену накнаду.“⁹⁹

Цитирана дефиниција одговара римском схватању рада за другог, по којем рад представља ствар, због чега нема разлике између давања радне снаге у најам и вршења одређеног дела. То је отворило полемику међу врским правницима различитих правних праваца (нарочито у романистици), који су настојали да дају своју аргументацију на сложену, трипартитну природу *locatio conductio* која је толико мучила Римљане. Пре него што се позабавимо мапирањем сличности и разлика између уговора о раду и уговора о делу, осврнућемо се укратко на појам и значај уговора о најму рада у римском праву. *Locatio conductio operarum* је консензуални синалагматични контракт којим се једна страна (најамни радник – *locator*) обавезује ставити на располагање за одређено време своју радну снагу, а друга се страна (послодавац – *conductor*) обавезује за то платити накнаду (*merces*). Битни елементи уговора су рад (*operae*) и најамнина (*merces*).¹⁰⁰ Овај уговор имао је у старом Риму ограничену примену због обиља јефтине робовске радне снаге. Најчешће се радило о ручном раду ниже врсте који су обично обављали робови (тзв. *operae illiberales*). Рад за који је требало одређено знање и образовање обављали су виши сталежи (тзв. *artes liberales*). Тај рад није био предметом најма за новац јер се формално давао бесплатно, у виду мандата (*mandatum*). Имајући у виду наведено, код уговора о најму је више присутна подређеност као конститутивни елемент.¹⁰¹

Међутим, када је реч о елементу плаћености, разлике између римског и савременог права постоје, и огледају се у томе што је основна карактеристика уговора о раду обављање рада за рачун другог, тако да уколико радник из неког разлога не успе да изврши задатак који му је додељен, а ставио је послодавцу на располагање своје радне способности, не губи право на накнаду. Уз то, накнада посленика се разликује од накнаде који запослени остварује по основу рада у оквиру радног односа, будући да је послодавац дужан да запосленом уплаћује пратеће доприносе за здравствено, пензијско и инвалидско осигурање који чине саставни део тзв. бруто зараде.¹⁰² Из тога следи, да су битни елементи уговора о раду у смислу накнаде за рад, посла и субординације, другачије постављени код уговора о делу. Наиме, уговор о делу не може бити основ за заснивање радног односа, док је елемент подређеност видљив само у контексту начелних инструкција које наручилац посла може (што је у пракси ретко) давати посленику. Односно код уговора о делу наручилац има право да врши надзор над обављањем посла и даје упутства када то одговара природи посла, али никако да руководи изградом дела.¹⁰³

Отуда, је у уговор о делу Закону о раду Републике Србије регулисан у делу који се односи на рад ван радног односа. Према конгентним законским нормама уговор о делу је посао

⁹⁸ Радомир Љ. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду: у светлости историје и савременог друштвеног и правног поретка*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 49.

⁹⁹ Мирослав Милошевић, *Римско право*, треће издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2008, 380.

¹⁰⁰ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 47.

¹⁰¹ Боровоје Шундерић, „Уговор о раду и његова природа“, *Право и привреда*, бр. 5-8, 1997, 944.

¹⁰² Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 410.

¹⁰³ Сања М. Максимовић, *Уговор о делу*, докторска дисертација, (необјављена), Универзитет Привредна академија у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2016, 167.

који извршилац посла закључује са одређеним лицем, у писаној форми, ради обављања послова који су ван делатности послодавца, уз накнаду која нема карактер зараде.¹⁰⁴ Дакле, јасно се наглашава да накнада која се остварује по основу уговора о делу није зарада, тако да се код поменутих уговора разликује начин обрачуна, висине накнаде и време њене исплате (периодично или паушално). Другим речима, запослени остварује право на зараду и друга права која су назначена у уговору о раду, на начин на који је то споразумно утврђено, док се код уговор о делу накнада исплаћује једнократно након извршеног дела.¹⁰⁵ Док је код уговора о раду ирелевантан критеријум резултата рада и временаведеног на раду, висина посланикове накнаде зависи од остварених резултата односно вредности послениковог рада и материјала који је утрошен.

Следећа разлика између уговора о раду и уговора о делу је видљива с обзиром на врсту послова односно делатност послодавца, будући да се уговор о делу не може користити за послове који спадају у делатност послодавца. То је важеће решење које датира још из периода југословенске државе, а који је задржан до данас како би се ограничило коришћење тог уговора на оправдане ситуације.¹⁰⁶ У том смислу, уговор о раду служи за коришћење радних способности запосленог на општи и трајан начин, док се уговор о делу користи када је потребно ангажовати једно лице ради вршења радова, поправке ствари или израде другог уговореног дела (мануелног или уметничког). На конкретном примеру, то би значило да послодавац не може на основу уговора о делу да ангажује лице у сектору продаје, али може закључити тај уговор са дизајнером ради уређења излога.¹⁰⁷

Сагледавајући појам уговора о раду и радног односа, закључује се да га карактерише најмање три основна обележја односно особине: обављање одређене радне функције, потчињавање запосленог власти послодавца и примање зараде као накнаде за рад.¹⁰⁸ Радна функција односно посао је обавезан елемент уговора о раду будући да се без тог елемента одређени однос који настаје у вршењу рада за другог квалификује као грађанскоправни (уговор о делу, уговор о пружању услуга). Осим тога, посао се одувек у радном праву сматрао предметом уговора о раду, а предмет уговора је у свим гранама права (нпр. грађанском, уговорном) његов битан елемент.

1.1.2.2.2. Уговор о раду и уговор о заступању

Уговор о заступању (пуномоћју) је уговор у којим се агент обавезује да пружа одређене услуге налогодавцу и да делује у његовом интересу, бесплатно или уз накнаду, што је данас готово правило. Пуномоћник је, притом, на основу уговора о пуномоћству, дужан да у име и за рачун властодавца обави један или више правних послова, а не материјалних као што је то случај код уговора о делу. Сходно томе, постојање мандата подразумева вршење једне или више правних радњи од стране заступника за свог принципала. У упоредном праву, дефиниција мандата је ревидирана са циљем да се истакне присуство два фундаментална елемента односно заступање у вршењу правног акта.¹⁰⁹

Интересантно је гледиште у којем је уговор о заступању окарактерисан као сложен уговор састављен од два уговора, и то модификованог уговора о трговинском заступању

¹⁰⁴ Љубинка Ковачевић, Боривоје Шундерић, *Радно право. Приручник за полагање правосудног испита*, *op. cit.*, 510.

¹⁰⁵ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 270.

¹⁰⁶ Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, Савремена администрација, Београд, 1967, 177.

¹⁰⁷ С. М. Максимовић, *Уговор о делу*, *op. cit.*, 167.

¹⁰⁸ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 357.

¹⁰⁹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 274.

изведеног из ширег појма заступништва и уговора о посредовању.¹¹⁰ Уговор о заступању спада, као и уговор о делу, у круг уговора којима се обавља рад ван радног односа, због чега је потребно извршити анализу овог уговора у радноправном контексту.¹¹¹ Премда има изражене карактеристике облигационог карактера због могућности налогодавца да даје упутства за рад, поменути уговор постаје ближи уговору о раду.¹¹² Из тог разлога се изводи закључак да је његова природа мешовита, нарочито ако се узме у обзир чињеница да уговор о заступању може закључити на одређено и неодређено време.

С друге стране, могуће је да уговор о раду и уговор о заступању коегзистирају у истом правном односу, те као типичан пример наводи агент за некретнине који се сматра запосленим ако добија детаљне смернице за свој рад и поред тога полаже рачун о постигнутим резултатима поштујући у свему примљена упутства налогодавца. Штавише, у француском праву се у тим ситуацијама примењују правила радног права, ако се због функције коју запослени врши уговор у питању може окарактерисати, у ствари, као уговор о раду.¹¹³ Исто тако, на примеру адвоката може доћи до преклапања оба уговора, ако послодавац запосленом повери пружање услуга адвокатске природе поред уобичајених послова.¹¹⁴ С друге стране, на примеру директора полази се од тезе да уговор о налогу искључује примену уговора о раду, ако је степен субординације директора сведен на минимум, будући да се он јавља у улози носиоца управљачке власти када даје осталим запосленима радне налоге.¹¹⁵

Послодавци користи уговор о заступању када желе да специјализованом и квалификованом лицу повере одређене радне задатке, како би они могли више времена да посвете другим пословима из круга њихове делатности. То, даље, значи да послови који се додељују агенту потичу из жеље налогодавца да склопи нове уговорне аранжмане (нпр. послодавци су недовољно обавештени коме продати произведени робу због чега поверавају послове продаје екстерним субјектима специјализованим за продају одређених производа које спадају у њихов продајни асортиман).¹¹⁶ Отуда, уговор о заступању је у непосредној функцији послодавчеве делатности, а у границама изграђеног плана развоја. Другим речима, циљ послодавца је да постане препознатљив на тржишту и стекне већи круг сарадника и будућих партнера праћењем трендова који су карактеристични за делатност коју он обавља. У светлу тога, уговор о заступању као правни основ ангажовања рада ван радног односа, је осмишљен да служи привредним субјектима који настоје да унапреде пословање и створе претпоставке за постизање жељених тржишних успеха. У одређеним ситуацијама, послодавац ангажује стручњака на пример у области продаје, маркетинга или дизајна, из разлога што му је потребан уско специјализован кадровски потенцијал.¹¹⁷ Имајући у виду функционалне погодности није искључено да ће виспренији и снажљивији послодавци успети да уз помоћ овог правног института остваре бројне новчане предности.

Први тест који је коришћен ради прављења разлике између уговора о раду и уговора о заступању је тест контроле. Наиме, агент бира начин на који ће довести у везу свог принципала са трећим лицима ради закључења уговора, док запослени нема никакву слободу у избору

¹¹⁰ Конструкција заступништва у сложеној форми горе наведеној појавила се иницијално у Немачком грађанском закону и послужила је као узор за много друге европске кодексе. У том смислу, прави се разлика између традиционалног модела заступништва који је у римском праву био обухваћен уговором о мандату и модерне верзије која је настала у другој половини прошлог века, а која је додатно разрађена у радовима немачког аутора Лабанда. С. М. Максимовић, *Уговор о делу*, *op. cit.*, 259.

¹¹¹ Јована Петровић, „Уговор о делу као облик рада ван радног односа“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *Зборник радова „XXI век – век услуга и Услужног права“*, Правни факултет Универзитета, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2018, 36.

¹¹² Јелена Јанковић, „Правна природа уговора о раду“, *Гласник права*, Год. III, бр. 3, 2012, 29.

¹¹³ Viviane Vannes, *Le lien de subordination dans le contract de travail*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 159.

¹¹⁴ С. М. Максимовић, *Уговор о делу*, *op. cit.*, 259.

¹¹⁵ О положају директора више вид.: Сенад Р. Јашаревић, Дарко М. Божичић, „Специфичности радноправног положаја директора у привредном друштву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2022, 987.

¹¹⁶ Ј. Јанковић, „Правна природа уговора о раду“, *op. cit.*, 34.

¹¹⁷ Viviane Vannes, *Le lien de subordination dans le contract de travail*, *op. cit.*, 160.

начина на који ће вршити рад.¹¹⁸ Додатно, налогопримац за разлику од запосленог није подвргнут контроли, али је дужан да ако уочи да би извршење налога на било који начин било контрадикторно интересима налогодавца да га о томе обавести. Други критеријум који омогућава разликовање уговора о раду од уговора о заступању је постојање односа субординације који се огледа кроз овлашћење које послодавац има над запосленим, могућност да контролише правилно извршавање поверених задатака, те да санкционише запосленог у случају пропуста. Другачије речено, уговор о раду је акт који се закључује у поступку заснивања радног односа ради стицања статуса запосленог.¹¹⁹ Коначно, пуномоћје може бити опозвано у било ком тренутку од стране налогодавца, док је запослени везан уговором о раду и мора да га испуњава све до истека рока његовог трајања.

1.1.2.2.3. Уговор о раду и уговор о ортаклуку

У периоду капитализма долази до повећања броја најамних радника и до развоја мануфактурне производње, где уговор као правна форма успостављања радних односа није могао да неутралише економско стање неједнакости радника и послодавца на тржишту, а које је засновано на приватној својини над средствима за производњу. Власник средстава за производњу (послодавац) има власт управљања радом запослених и успоставља услове рада, радни ред коме се радник мора повиновати ако жели да ради у одређеној радној средини.

За XIX веку се још везује и настанак теорија о радном односу као социјететном односу. По овој теорији, радни однос се схвата као друштво, тј. као однос различитих облика сарадње (кооперације).¹²⁰ Друштво има статус правног лица и представља органску целину, спој материјалних средстава и људске снаге са унутрашњим поретком и заједничком сврхом. Наиме, овај концепт показује асоцијативни карактер, јер се уједињују рад и капитал на особен начин. То уједињење је идеја водиља, јер се превазилазе посебни интереси, а интерес заједнице постаје кључан за успех пословног подухвата и расподелу добити. Наиме, запослени и послодавац се удружују како би створили неки производ који је њихов заједнички циљ. Тај производ је у сусвојини запосленог и послодавца, али он ће припасти послодавцу, јер својину на свом делу запослени преноси послодавцу у замену за накнаду у виду зараде. То је послужило као основ да се уговор о раду изједначи са ортаклуком иако се радни однос по много чему не може поистоветити са ортаким односом, као што ни између уговора о раду и уговора о ортаклуку не постоји знак једнакости.¹²¹ Ово из разлога што је стање субординације својствено радном односу тешко помишљиво са једнаким правима свих ортака. Исто тако, манифестује се утицај социолошке и економске датости према којој је запослени правно и хијерархијски зависан од послодавца за разлику од заједнице ортака где важи принцип једнакости улога и равноправности ортака.¹²² Даље, располагање ортаким уделом међу ортацима је слободно, за разлику од запослених који не могу располагати оствареним профитом послодавца, премда могу имати приход од учешће у добити предузећа на основу одлуке коју доноси скупштина или извршни одбор.

¹¹⁸ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 274.

¹¹⁹ Jean Rivero, Jean Savatier, *Droit du travail*, Presses universitaires de France, Paris, 1987, 67.

¹²⁰ Илија Бабић, „Уговор о ортаклуку“, *Правни живот*, бр. 10, 2004, 485.

¹²¹ У случају када задруга упућује своје чланове на рад у предузећу кориснику, лица која врше рад нису запослена у том предузећу, нити у задрузи у којој имају својство задругара. Међутим, право социјалног осигурања Перуа установљава фикцију да се та лица ипак имају сматрати запосленима за потребе остваривања права на здравствено осигурање и друга права из државног или приватног пензијског система. Hugo Héctor Barbageleta, *El particularismo del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995, 34.

¹²² И. Бабић, „Уговор о ортаклуку“, *op. cit.*, 486.

1.1.2.2.4. Уговор о раду и уговор о закупу

Дуги низ година уговор о раду је био изједначавањем са уговором о закупу, пошто се сматрало да као што човек може да изнајми кућу и да за то добија месечну кирију, тако може и радник да изнајми свој рад у замену за плату. Овај модел се развио по узору на римски *locatio servi*, по којем је слободан човек изнајмљивао свог роба другом слободном човеку.¹²³ Стога се оправдано потцртавало у литератури да „својина постаје капитал кад више не даје само моћ над стварима него и моћ над људима,“ што за последицу има уподобљавање људи са стварима.¹²⁴ Наиме, уговор о закупу је уговор на основу кога се једна уговорна страна (закуподавац) обавезује да ће предати одређену непотрошну ствар другој уговорној страни (закупцу) на употребу, а овај се обавезује да за то плаћа одређену накнаду и да по истеку одређеног времена исту ствар врати.¹²⁵

Да ли су рад и зарада две стране истог новчића како закључује Маркс у свом памфлету „Надница, цена и профит“ похваљујући Хобсово инструментално расуђивање које индивидуама пориче поседовање интринстичне вредности: „Вредност једног човека јесте, као и код свих других ствари, његова цена.“¹²⁶ Укључивањем рада у тржиште где је способан да буде предмет новчане размене, човек као носилац рада добија своју тржишну вредност, те се „вредност човека мери његовом зарадом“ примећује Жерар Лион Кан а „не као раније његовом врлином, оданошћу и знањем“.¹²⁷ Преношењем ове поставке на концепцију рада који се даје у закуп дугом лицу, за логичку асимилацију накнаде са закупнином било би неопходно предати уговорени предмет, што је у овом случају неизводљиво, јер се предмет закупа (објект) налази у самом телу и личности радника.

У таквом правном моделу, положај радника је изједначен са положајем власника који кроз цену закупнине има користи од ствари које му припада, то јест његове радне снаге. Радна снага, као укупност физичких и духовних способности у живој личности човека, која у процесу производње ствара нову вредност за закупца који је привремено користи доводила је запослене у неповољан положај. Радници, као власници радних капацитета, желели су да измене свој статус и да редифинишу однос са власницима капитала, који су њихову радну снагу, као обичну робу на тржишту, до тада несметано користили на основу уговора о закупу или другог уговора који није одговарао стварној природи односа. У општем стању фетишизације робе, уговор о раду постаје скрајнут, јер је послодавац употребљавао радну снагу као сваку другу робу, убирајући плодове, па и вишак вредности који је радом остварен.¹²⁸ Немачки професор Лотмар (Phillippe Lotmar) је аргументовано указао да између поменутих уговора нема знака једнакости, јер се на крају закупа имовина враћа власнику, док се по истеку уговора о раду не може вратити утрошена енергија.¹²⁹ Следствено томе, развила се потреба за декомодификацијом која се сматра неопходним процесом у којем рад губи робни карактер, те постаје средство индивидуалног благостања. У борби против декомодификације настаје социјализам, у свим својим значењима, било као теорија, идеологија или политичка стратегија.

Осим декомодификације, у литератури се среће и израз декомерцијализација који указује на чињеницу да је потребно другачије сагледавање ствари, које одступа од традиционалног гледишта да радник на тржишту продаје своје вештине које се даље користе

¹²³ Micheline Jamoulle, *Le contract du travail*, Tome I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, Leuven, 1982.

¹²⁴ Тијана Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 49.

¹²⁵ Владимир В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2016, 166.

¹²⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2004, 66-67.

¹²⁷ Walter Gauthier, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, France, 2016, 1.

¹²⁸ Phillippe Lotmar, *Der Arbeitsvertrag: Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Erstar Band, Verlag von Ducken & Humbolt, Leipzig, 1902, 345.

¹²⁹ *Ibid.*

у производњи роба и услуга.¹³⁰ У том смислу, развијају се посебна права радника са жељом да се укаже на то да нема места за поставку да на тржишту рада запослени изнајмљује своје нематеријална добра у замену за новчану противрестацију. Дакле, запослени док траје уговор ставља своје способности другом на коришћење, да би тек по истеку уговора поновно дошао у посед своје радне снаге чији је он власник.¹³¹ Налажење специфичности у односу правне подређености, те контроле другог лица у погледу средстава и метода извршавања рада и немогућност повраћаја радне снаге која је утрошена у процесу рада, извршена је рекласификација уговора.

1.2. Нормативно одређење појма уговора о раду

Прву дефиницију уговора о раду налазимо у белгијском праву у Закону о уговору о раду од 1900. године, који дефинише уговор на начин да се наглашава да се посао обавља под влашћу послодавца у замену за накнаду која се утврђује на различите начине (споразумно, по комаду или вредности уговореног посла).¹³² Следеће је било француско право које је годину дана након белгијског права, употребило израз уговор о раду којим се једно лице обавезује да за зараду обавља рад за друго лице под одређеним условима.¹³³ На сличну дефиницију наилазимо и у холандском Закону о уговору о раду из 1907. године, у којој се на основу уговора о раду једна страна обавезује да одређене време ради у служби и под надзором друге стране остварујући на тај начин накнаду.¹³⁴ С друге стране, швајцарско право уместо посебног закона који уређује уговор о раду, познаје јединствену концепцију која је и данас задржана, а то је укључивање уговора о раду у грађанске законике, тако да уговор о раду представља „конвенцију којом једно лице обећава за друго лице свој рад за одређено или неодређено време, као противпрестацију за исплату зараде.“¹³⁵

Наиме, термин „уговор о раду“ је у свет права ушао као резултат критике најамне концепције, пре свега делима Капитана (Capitant) и других аутора, који су одрицали могућност било какве аналогije између ангажовања радника и најма, уз захтев да се уговор који закључује послодавац и запослени уреди као уговор са „посебним идентитетом“ различитим од свих других уговора приватног права.¹³⁶ Уговор о раду какав данас познајемо дефинисан је у словеначком Закону о радним односима као уговор којим се ствара трајна веза између запосленог и послодавца, у којој запослени добровољно учествује у организованом процесу рада, обављајући послове лично по упутствима које је издао послодавац.¹³⁷ Такође, у радном односу свака од уговорних страна дужна је да остварује уговорена и прописана права и обавезе.¹³⁸ Немачки Грађански законик и аустријски Општи грађански законик уређују уговор о служби (*Dienstvertrag*) у оквиру којег се уговор о раду јавља као подврста. Уговор о служби

¹³⁰ Nergis Müttevellioğlu, Rabia Bato Cizel, „Social rights and the de commodification of labour“, *Social justice and social rights at times of the crisis*, Vol. 12, бр. 4, 2009, 493.

¹³¹ Т. Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 8.

¹³² Штавише, у Белигији постоји традиција доношења посебног закона о уговору о раду која је отпочета са поменутом законом од 1900. године, а даље је настављена низом закона који су касније уследили. Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа и достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 324.

¹³³ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 59.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа и достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 324.

¹³⁶ Ана Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, преддокторски рад (необјављен), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 9.

¹³⁷ Овај закон је донео бројне новине које се непосредно односе и на уговор о раду. *Zakon o delovnih razmerjih* (Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – ZZSDT, 33/16 – PZ-F, 52/16, 15/17 – odl. US, 22/19 – ZPosS, 81/19, 203/20 – ZIUPOPVE, 119/21 – ZČmIS-A, 202/21 – odl. US, 15/22, 54/22 – ZUPŠ-1, 114/23 in 136/23 – ZIUZDS), чл. 4.

¹³⁸ Klemen Marinčič, *Pogodba o zaposlitvi skozi čas na slovenskem*, diplomsko delo, Univerza v Ljubljani Fakulteta za Družbene Vede, Ljubljana, 2007, 50.

је уговор у којем се једна страна обавезује на извршење обећане службе, а друга страна на давање уговорне накнаде.¹³⁹ Предмет уговора о служби може бити служба било које врсте, док се лична зависност (*persönliche Abhängigkeit*) карактерише као битан елемент тог уговора. Независно од формулације коришћене у законским текстовима, субординација чини битну компоненту у изградњи уговора о раду.

Заправо, законодавци на различите начине приступају приликом одређивања појма уговора о раду. У већини хетерономних извора права појам уговора о раду се своди на просто декларисање субјеката који чине стране уговорнице, па се уговор о раду одређује као уговор који се закључује између запосленог и послодавца.¹⁴⁰ Реч је о посредном дефинисању уговора о раду с обзиром на то да изостају битни елементи тог уговора. Према Закону о раду Републике Србије, запослени је физичко лице које се налази у радном односу код послодавца.¹⁴¹ Запослени може бити само физичко лице, док послодавац може бити како физичко, тако и правно лице.¹⁴² Из тога следи да је запослени у домаћем праву увек физичко лице, премда у упоредном праву постоје и другачија решења. Тако је, примера ради, у аустралијској судској пракси, изграђено схватања да је теоријски могуће да запослени буде и правно лице.¹⁴³ Наиме, то произилази из чињенице да се у уговорним односима, ортаклук може третира и као посебан правни субјект одвојен од њених чланова, али и као скуп ортака. Ортаклук се дефинише као облик удружења два или више физичких лица ради остварење одређеног заједничког циља, заједничким средствима, евентуално и заједничким радом, због чега није искључено да ортаклук као друштво лица буде запослено код послодавца.¹⁴⁴ У том смислу, могуће је да послодавац има уговор о раду са ортаклуком¹⁴⁵ или са једним или више ортака који радећи за послодавца остварују право на зараду које, као улог, уносе у друштво.¹⁴⁶ С тим у вези, уговор о раду који закључује ортаклук са послодавцем подсећа на дељење посла као нову форму рада, при чему се код поделе послова радници не организују самоиницијативно нити закључују посебан уговор којим уређују своје међусобне односе. Осим тога, већа је вероватноћа да ће у случају када се привредно друштво или ортаклук јавља као страна уговорница која врши рад бити реч о неком уговору пословног него радног права. Исто важи и за ситуације када се извршавање престације рада поверава трећем лицу, будући да та чињеница указује да је посредник независан рад за другог.

С друге стране, у украјинском законодавству уговор о раду закључује запослени и послодавац који може имати својство власника предузећа, установе, организације, овлашћеног органа или агенције.¹⁴⁷ Запослени има право да оствари своје способности за продуктиван и

¹³⁹ Т. Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у немачком праву“, *op. cit.*, 287.

¹⁴⁰ Важећи аустралијски Закон о раду не дефинише запосленог и послодавца већ указује да се поменути изрази користе у свом уобичајеном значењу. Аустралијски Закон о раду, чл. 11.

¹⁴¹ Постоје бројне дефиниције запосленог као субјекта уговора о раду, али је њима заједничко то што је у питању лице које заснива радни однос ради вршења одређене врсте рада (послова) и те послове врши непосредно за рачун другог, остварујући на основу тога новчана средства, којима обезбеђује економску и социјалну сигурност. К. Marinčič, *Pogodba o zaposlitvi skozi čas na slovenskem*, *op. cit.*, 38-39.

¹⁴² Послодавац, као физичко лице, је појединац коме је правно допуштено да за потребе обављања привредних и друштвених делатности радно ангажује друга физичка лица. С друге стране, послодавац као правно лице је организација људи која је основана у складу са правним поретком одређене земље, ради обављања регистроване делатности и остваривања других циљева уз коришћење властитих средстава за рад. У том смислу, субјекти у праву који се означавају као послодавци могу бити регистровани као предузетници, правна лица, фондације или удружења непрофитног или лукративног карактера. Mark Irving, *The contract of employment*, LexisNexis Butterworths, Australia, 2012, 5.

¹⁴³ Ово гледиште ствара „замагљени простор“ између запослених и извођача радова нпр. грађевинско предузеће која се јавља као страна уговорница уговора о делу.

¹⁴⁴ Ипак, ово схватање трпи критике, јер је запослени, по правилу, појединац, док ортаклук чини заједница два или више ортака. Уз то, запослени је људско биће, за разлику од ортаклука који представља вештачку творевину којој право признаје могућност да стиче права, обавезе и одговорности.

¹⁴⁵ M. Irving, *The contract of employment*, *op. cit.*, 5.

¹⁴⁶ A. C. L. Davies, *Employment Law*, Person, London, 2005, 171.

¹⁴⁷ Украјински Законик о раду, чл. 19.

креативан рад закључивањем уговора о раду са једним или више послодаваца истовремено, ако законом, колективним уговором или споразумом страна није другачије одређено. С тим у вези, постоји разлика између уговора о раду који се користи само за одређене привредне гране, предузећа или послове и споразума о раду којем се генерално прибегава приликом регрутовања нових запослених.¹⁴⁸ Поред тога, уговор о раду се може користити у ситуацијама када нису испуњени законски услови да се закључи споразум о раду на одређено време. Тако уговор о раду на одређено време се може закључити, између осталог, и за обављање послова који по природи нису ограниченог трајања и чији се завршетак не може предвидети, што није случај са споразумима о раду на одређено време.¹⁴⁹ Интересантно је да се уговор о раду и споразум о раду не разликују само језички већ и садржински, будући да уговор о раду може конституисати додатна права и дужности и установити посебан отказни разлог ван списка разлога садржаних у Законику о раду. Из тога следи да једино нема разлике у погледу дужине трајања, јер и уговор о раду и споразум о раду могу бити закључени на одређено и неодређено време. Имајући наведено у виду не чуди што се све више говори о „легислативном фиксирању појма уговора о раду.“¹⁵⁰

У малом броју случајева се уговор о раду дефинише посредством колективног уговора. То је углавном пракса у скандинавским земљама где се колективни уговор јавља као најважнији извор радног права. Из тога следи, да је могуће да се уговор о раду дефинише на различити начине у различитим изворима права, што доводи до проблема у пракси. Због тога се колективни уговор може користити једино као супститут у одређивању појма уговора о раду, када се социјалним партнерима оставља слобода да прецизирају основне радноправне појмове уместо законодавца. Ипак, фински Закон о уговору о раду већ у првом одељку дефинише уговор о раду као споразум по којем запослени обавља плаћени рад за послодавца који га усмерава и контролише у раду.¹⁵¹ На основу понуђене дефиниције се закључује да је основни критеријум за квалификацију уговора о раду у финском праву то је да запослени дужан да престацију рада врши у оквирима које поставља послодавац, као носилац управљачке власти.

У сваком случају, социјални партнери немају могућност да аутономно одређују статус запосленог или природу уговора на основу којег се обавља рад за другог. Флексибилнији приступ приметан је у Ирској, где не постоји јединствена дефиниција уговора о раду, већ се он дефинише на различити начин у зависности од конкретног закона, док се битни елементи радног односа не налазе у хетерономним изворима права, већ у изворима меког права, чиме се сугерише да нормативну функцију не врши искључиво држава, већ се она дели између ње и других актера. Наиме, група стручњака коју је именovala ирска влада одлучила је да донесе правно необавезујући акт за утврђивање постојања уговора о раду. То произилази из тежње за јачањем социјалног дијалога и позиције социјалних партнера који, заједно са јавним властима, претендују на регулисање институција рада. Ипак, употреба „меког“ приступа у утврђивању уговора о раду одговара логици неолибералне школе у којој држава треба да успостави стабилан систем радних односа уз што мање интервенција. Осим тога, позиција меког права у односу на класично право није до краја јасна, будући да се отвара питање да ли меко права

¹⁴⁸ Примера ради, уговор о раду се користи за запошљавање истраживача, наставника, директора, приправника.

¹⁴⁹ M. Irving, *The contract of employment*, op. cit., 6.

¹⁵⁰ Evert Verhulst, „The employment contract as a source of a concern“, у: Knecht Robert (ed.) *The employment contract as an exclusionary device. An analysis on the basis of 25 years of developments in the Netherlands*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2008, 58. У већини земаља законодавци настоје да дефинишу основне радноправне појмове, попут уговора о раду, радног односа, запосленог и послодавца. У мањини су оне које то не чине или то чине парцијално, због чега судска пракса има велику улогу у њиховој концептуализацији. Како се не користе прецизне и свеобухватне дефиниције, начин на који се приступа одређивању поменутих појмова је особен и састоји се у навођењу критеријума или индикатора који служе као основно или помоћно средство за њихову изградњу. Joellen Riley, „The evolution of the contract of employment post workchoices“, *UNSW Journal*, Vol.29, бр.1, 2006, 9.

¹⁵¹ Фински Закон о уговору о раду, чл. 1.

служи као допуна или супститут императивној норми. Тиме се неспорно оживљава дебата о томе да ли сваки норма треба да буде праћена законском санкцијом да би се сматрала легалном. Коришћење инструмената меког права у области радног права може бити оправдано само ако има „прогресивну природу“, те представља прелаз ка успостављању правно обавезујућих правила.¹⁵²

2. Уговор о раду као атрибут трајности радног односа

Уговор, па самим тим и уговор о раду, је био централни концепт Хегелове филозофије права. Применом теорија које је развио овај чувени немачки филозоф на уговор о раду изводи се закључак да уговор о раду настаје као координација воља слободних лица.¹⁵³ Уговор о раду служи успостављању правне, функционалне и организационе везе између запосленог и послодавца. Индивидуалним уговором о раду сматра се и уговор којим се запослени обавезује да ће редовно обављати послове у служби послодавца. Последица трајности престација (*Dauerschuldverhältnis*) је да се околности које су постојале у тренутку закључења уговора о раду могу касније суштински променити.¹⁵⁴ Ослањајући се управо на трајност радног односа и сукцесивност узајамних престација страна уговорница као на основно обележје, Раде (Christophe Radé) дефинише уговор о раду као „синалгматични и онерозни уговор са трајним извршењем којим се запослени обавезује да обавља рад којим управља и који плаћа послодавац.“¹⁵⁵

Из наведеног следи да се субординација јавља као битан елемент тог уговора и да се стање субординације простире у времену. За субординацију се каже да представља угаони камен правне гране која има за циљ да уоквири вршења власти коју је поверила једном лицу у односу на друго.¹⁵⁶ У свом капиталном делу Кан-Фројд (Kahn-Freund) указује да друштво у којем су сви чланови у истом положају не може опстати на дужи рок.¹⁵⁷ Сходно томе, нема организованог друштва без подређености неких чланова другима, без командовања и послушности, као и без доносиоца правила и одлука. С тим у вези, ваља истаћи да је правна субординација као есенцијална карактеристика уговора о раду највидљивија када се мењају услови рада, будући да трајност и сталност престација по основу уговора чине правни однос променљивим. Ово првенствено из разлога што измена уговора о раду утиче на целокупну структуру радног односа. Заправо, „трајност и сталне сукцесивне престације страна у радном односу чине потребу за повременим изменама појединих његових елемената неодвојивим атрибутом радног односа као таквог, посебно када се има у виду да радни однос није и не може бити изолован од спољних и унутрашњих фактора који непосредно или посредно утичу на пословање и индукују промене различитих врста и облика, најчешће организационе, економске и технолошке природе, нарочито у кризним периодима и турбулентним економијама“.¹⁵⁸ Како је уговор о раду уговор са трајним извршењем престација, стабилност уговорног односа представља, на неки начин, и један од циљева радног односа.¹⁵⁹ То вреди,

¹⁵² Mark Butler, „Great Britan“, у: Roger Blanpain (ed.), *International encyclopedia of laws: social security*, Kluwer Law International, The Hague, 2018, 123.

¹⁵³ Simon Deakin, *The legal framework of employment relations*, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 349, 2007, 4.

¹⁵⁴ „Уговор о раду представља трајну обавезу која није ограничена на једнократну размену уговорених услуга“. *Ibid.*

¹⁵⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 15-16.

¹⁵⁶ Ruth Adriana Ruíz Alarcón, „Teorías que explican la subordinación“, *Temas Socio-Jurídicos*, Vol. 27, бр. 56, 2009, 87.

¹⁵⁷ За детаљнији приказ Фројндовог теоријског учења вид.: Paul Davies, Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Third Edition, Stevens & Son, London, 1983, 15 *et seq.*

¹⁵⁸ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 16.

¹⁵⁹ Antonio Artiles Martín, Alós Ramon, „Continuidad y cambio después de la reforma de la negociación colectiva“, у: Amorós Francisco, Torrecillas Rojo Eduardo (dirs.) *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016, 130.

пре свега, за стабилност садржине уговора о раду, будући да је уговор о раду усмерен на периодично извршење идентичних престација у будућности. Када дође до промењених околности, може се захтевати правична измена услова уговора о раду, а у случају неприхватања понуде за закључење анекса може доћи до престанка уговора (рецимо околности су се толико измениле да би рад запосленог на постојећем послу постао претерано отежан или би суочио послодавца са претераним трошковима).

Појмови уговора о раду и радног односа су централни у науци радног права због чега се истиче да се решавање бројних правних питања, укључујући и измене уговора о раду, везује управо за правилно и потпуно разумевање тих радноправних категорија и њиховог међусобног односа. Уговор о раду је полисемантичан, користи се да означи споразум две стране (запосленог и послодавца) којим се успостављају права, обавезе и одговорности. Дакле, уговор о раду „рађа“ правни однос, те у том смислу представља писани документ у којем је „утиснута“ садржина тог односа. Уговор о раду се може посматрати и са објективног правног аспекта као централни правни институт радног права који изграђује правне норме које регулишу настанак, промену и престанак радног односа.¹⁶⁰

Измене уговора о раду су промене у уговору у току његовог трајања. Легитимна је и кореспондента уставној слободи предузетништва потреба послодавца да радне односе периодично прилагођава интерним пословним плановима и економским интересима, као што је оправдана и комплементарна праву на рад и слободи избора занимања, тежња радника да се услови рада мењају искључиво у његову корист, превасходно у смислу напредовања у организационој схеми послодавца и увећања зараде и других примања.¹⁶¹ Имајући у виду основне обавезе које произилазе из радног односа, њихово неизвршавање може бити основа за промену елемената уговора о раду. Оно што је важно је утврдити да ли радни учинак који није у складу са легитимним очекивањима послодавца о еквивалентности услуга двеју страна у уговору довољан разлог за послодавца да искаже да је постало неразумно да се придржава непромењеног уговора о раду. Исто тако, може се јавити легитимна потреба запосленог да иницира измене уговора о раду како би ускладио пословне и приватне обавезе.¹⁶² Наиме, да би остао конкурентан или продуктивнији послодавац ће вероватно желети да промени модел производње или да реструктурира предузеће мењајући услове рада. Исто тако, запослени је слободан да затражи измени уговора о раду из финансијских, здравствених или других разлога.

Измена уговора о раду омогућава прилагођавање уговора новим околностима, а да се не наруши његов континуитет. Безмало свака потреба за променом елемената радног односа, уз изузетак напредовања запосленог и повећање зарада, доводи до сукоба интереса послодавца и запосленог и дебалансира претходно успостављене односе. Стога је, у циљу заштите обе стране у радном односу, неопходно механизам измене елемената радног односа конципирати тако да послодавцу буде омогућено да ефикасно прилагођава организацију рада околностима под којима се одвијају пословне операције, без опасности да радни односи постану кочничари неопходних промена и потенцијално угрозе послодавца, али да истовремено запосленом, као економски и правно подређеној уговорној страни, буде обезбеђена заштита од измена елемената радног односа које нису узроковане стварним потребама, већ разлозима који не спадају у домен легитимних.¹⁶³ Конкретно, неопходно је развити функционални систем у којем ће бити уважени предузетнички интереси кроз могућност једностраног прилагођавања услова рада, али и спречити неправичне исходе до којих би дошло ако би та могућност била неограничена. У том смислу, признавање права на једнострану измену уговора о раду је пожељно, како би се избегао застој у раду и евентуални интересни и правни сукоби, уз

¹⁶⁰ Simon Deakin, Frank Wilkinson, *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 62.

¹⁶¹ Живко Кулић, Сања Шкорић, *Радно право*, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2005, 67.

¹⁶² П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 177.

¹⁶³ Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen MCColgan, *Labour Law*, *op. cit.*, 166.

дефинисање јасних граница који су елементи подложни споразумној измени, а који спадају у корпус управљачких прерогатива. Другим речима, ради превенције неправде и сукоба потребно је повући демаркациону линију између елемената уговора који се могу мењати само уз изричито пристанак запосленог и оних нису обухваћени искључивим доменом аутономије воље уговорних страна.¹⁶⁴

У упоредном праву у недостатку обавезујућих одредби, стране имају право да измене уговор о раду утврђујући процедуру или разлоге за измену уговора о раду, као што могу да овласте послодавца да једнострано измени уговор о раду уношењем одговарајућих клаузула. Циљ уговорних клаузула је да по заједничком договору дају овлашћење једној страни да мења, у целини или делимично, услове уговора односно „да организује променљивост неких његових саставних елемената“.¹⁶⁵ Поређења ради, у социјалистичком праву, радна организација је као послодавац имала овлашћења за једнострану измену услова рада која су била садржана у уставу или закону. Као оправдани разлог за њихово увођење биле су „потребе службе“ односно јавни интерес, захтев радног места, комплексна механизација и аутоматизација производних процеса, прилагођавање структуре радне снаге технолошким процесима.¹⁶⁶ Нове технологије снажно утичу на промену структуре организације рада, али и на радне односе у целиности, те намећу нову улогу уговору о раду односно радном односу. Трансформација посла која може довести до измене уговора о раду је модификација природе посла: нови задаци, компјутеризација итд.¹⁶⁷ Немачки филозоф Ханс Јонас (Hans Jonas) сумира резултате технолошког напретка и указује на то да је технологија изазов за савремено друштво и да је у том погледу потребно поставити одређене границе. Тако би уговор о раду постао „блок стабилности“, заштићен од моћи послодавца.¹⁶⁸

3. Елементи уговора о раду

3.1. Лично извршавање престација рада

Уговорно право све уговоре групише у две основне категорије с обзиром на правни статус страна уговорница и сврху закључења уговора. Отуда се прави разлика између уговора које закључују субјекти који иступају на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе (*commercial contracts*) и уговоре које нису везани са неку комерцијалну активност, већ конституишу лични однос сауговарача (*non-commercial contracts, personal contracts*). Индивидуални уговор о раду се наводи као најчешћи пример уговора који спада у ову другу категорију. Дакле, уговор о раду се сврстава у групу личних уговора који се закључују управо због личних квалитета једне или обе стране уговорнице.¹⁶⁹ Неспорно је да је код уговора о раду лични квалитет запосленог од пресудног значаја, јер се испуњеност општих и посебних услова за рад увек цени приликом заснивања радног односа. Сходно томе се и

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ Philippe Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *Le Droit Ouvrier*, бр. 4, 2007, 175.

¹⁶⁶ А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, *op. cit.*, 204.

¹⁶⁷ Bob Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing Oxford and Portland, Oregon, 2005, 5.

¹⁶⁸ О штетним ефектима дискреционе моћи послодавца и потенцијалним решењима више вид.: Hogbin Geoff, *Power in employment relationships: Is there an imbalance*, New Zealand Business Roundtable, New Zealand, 2006, 23; Manfred Weiss, Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Austin, 2000, 45 *et seq.*

¹⁶⁹ Имајући у виду да је реч о уговору *delectus personae*, иницијална забрана промена субјеката у уговору о раду односила се како на запосленог, тако и на послодавца. Временом се од тога одступило на начин да се током трајања уговора о раду у улози послодавца може јавити и друго лице, као резултат статусне или друге промене. Послодавац не може пренети права и обавезе из уговора о раду једино у случајевима када се личност послодавца, поред личности запосленог, сматра незаменљивом за опстанак уговора. Љубинка Ковачевић, „Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца“, *Радно и социјално право*, Vol. 11, бр. 1, 2007, 344.

радни однос означава као лична, радноправна веза у којој постоји сарадња и узајамно поверење.¹⁷⁰ Губитак поверења доводи до повлачења из уговорног односа, због чега се не може очекивати од послодавца да у радном односу задржи запосленог који је због свог непримереног понашања нарушио кредибилитет, угрозио сарадњу и повредио обавезу узајамног поверења.

Како се уговор о раду закључује с обзиром на личне карактеристике запосленог, минимум обавеза у уговору о раду укључивала би обавезу запосленог да лично обавља рад. Отуда се личност запосленог сматра пресудном чињеницом за послодавца који се ослања на радне способности, вештине и умећа запосленог ради успешног обављања послова из круга његове делатности. То је и разлог што је извршење обавеза или стицање права по основу уговора о раду строго везано за запосленог и што је лично извршење престације рада битан елемент тог уговора. Осим тога, лично извршење престације рада подваја уговор о раду од других њему сличних уговора, попут уговора о делу у којем се назначава факултативност личног извршавања посла. Штавише, у упоредном праву се као елементи који су неопходни да би постојао уговор о раду а не неки други уговор грађанског или пословног права наводе и то да се рад обавља лично у одређеном временском периоду и на одређеном месту, са одређеним трајањем и континуитетом.¹⁷¹ Уз ослањање на лично извршење рада као битан елемент нуде се и теоријске дефиниције уговора о раду, тако да се уговор о раду одређује и као уговор у којем запослени пружа карактеристичну престацију која се не може пренети на треће лице.

Изузетак у том погледу представља немачко право у којем запослени не мора нужно лично извршавати престацију рада, али се обавеза личног извршавања повереног посла сматра снажним индицијом постојања радног односа.¹⁷² Запослени, наиме, у случају сумње, мора лично извршавати радне задатке и дужности, али су уговорници слободни да предвиде и другачије. Даље, у немачкој судској пракси се сматра да радни однос можда и не постоји уколико радник није у прилици да самостално испуни своје уговорне обавезе, већ се у погледу тога ослања на друга лица која радно ангажује.¹⁷³ Премда је послодавац вођен личним способностима, вештинама и радним искуством конкретног запосленог када закључује уговор о раду, аустријско право, слично немачком, обележје уговора о раду као уговора који се закључује *intuitu personae* не сматра нужним и увек присутним, дајући тако предност аутономији странака у уређивању међусобних односа. Овакав приступ, притом, не негира лично извршавање зависног рада као једно од битних елемената уговора о раду, већ допушта да се од тога изузетно одступи изричитим споразумом странака.¹⁷⁴ Субјекти уговора о раду могу предвидети поверавање извршења незнатног дела посла трећем лицу самим уговором о раду, уз могућност да се претходно назначи лице којем ће бити поверено извршавање послова како би се избегао ризик поверавања послова нестручном лицу. Уз то, аустријски судови допуштају да се послодавац сагласи са преносивошћу радних задатака насталих из већ закљученог уговора о раду. Оба случаја су изузетног карактера, с тим да разлика постоји једино у погледу момента давања пристанка за уступање и поделу обавеза оквирно предвиђених уговором. Ипак, лично извршавање рада представља индикатор постојања

¹⁷⁰ „Лична радноправна веза изражена је кроз три квалификатива а која се свде на сарадњу и поверење: радник је дужан лично и у целости обављати поверени му посао; између радника и послодавца се радноправном регулативом успоставља веза те регулише и сама садржина радноправног односа и треће сва лица запослена у једној институцији су функционално, организационо и технички повезана јединственим процесом рада“. М. Јовановић, *Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа*, *op. cit.*, 25.

¹⁷¹ М. Јовановић, *Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа*, *op. cit.*, 25.

¹⁷² Bernd Waas, „The Legal Definition of the Employment Contract in Section 611a of the Civil Code in Germany“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 1, бр. 2, 2019, 27.

¹⁷³ Т. Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у немачком праву“, *op. cit.*, 287.

¹⁷⁴ Elisabeth Brameshuber, „The ‘personal work relationship’ in Austria“, *European Labour Law Journal*, Vol. 10, бр. 3, 2019, 188.

радног односа, док се индикатором постојања независног рада сматра овлашћење радника да извршавање рада повери члановима породице. Слично решење познавао је и српски законодавац до новела Закона о раду из 2014. године, додуше, само у погледу екстерних радника који су у случају да раде код куће могли да у извршавању субординираног рада користе помоћ чланова уже породице.¹⁷⁵ Дакле, неопходно је разликовати ситуације када долази до делегирања послова трећем лицу из оправданих разлога који спречавају запосленог да ради и околности када се запослени приликом рада ослања на помоћ других лица не би ли успешно довршио поверене послове.¹⁷⁶

С тим у вези, интересантно је турско право које предвиђа да се радник и послодавац могу изричито или прећутно сагласити да посао обавља треће лице, или ће, пак, до тога доћи *ipso facto*.¹⁷⁷ У ситуацијама када је дужност вршења престације рада привремено делегирана, уговор о раду између радника и послодавца не престаје. С друге стране, ако је договорено да дужност рада стално обавља друго лице, радни однос између послодавца и запосленог мора престати тј. мора доћи до закључења уговора о раду са лицем којем су заиста поверени послови. Тако је турски Касациони суд утврдио да је уместо запосленог који је иницијално запослен да ради као домар а затим премештен на други посао са пуним радним временом његова супруга преузела дужност домара.¹⁷⁸ Како је обавеза обављања послова домара била отворено делегирана другом лицу радни однос је морао бити окончан између бившег домара и послодавца да би могао бити замењен новим. Међутим, ако би супруга домара, преузела само део његових дужности из уговора о раду она би имала положај помоћника и не би била страна новог уговора о раду.

Надаље, у енглеском праву у случају да запослени није у могућности да лично извршава престацију рада, он ће о свом трошку пронаћи друго лице одговарајућих квалификација које ће уместо њега обављати послове за послодавца. Иако запослени није дужан да у случају болести пронађе радника који ће га заменити, уговор о раду може изузетно да садржи одредбу којом се извршавање послова поверава трећем лицу у случају болести или друге невољне спречености за рад.¹⁷⁹ Притом, поверавање послова би требало бити коришћено повремено, тако да је могућност преношења радних задатака на треће лице суштински ограниченог карактера. Такође, у погледу ситуација и разлога када је допуштено делегирање послова уговором о раду могу бити постављена ограничења. У том смислу, ширина овлашћења за делегирање послова може бити одлучујући фактор у оцени постојања уговора о раду, што је потврђено у предмету *MacFarlane v Glasgow City Council* где су две госпође радиле као инструкторке гимнастике за Градско веће Глазгова које у случају да нису биле у могућности да присуствују часовима могле да организују замену из регистра тренера које је водило Градско веће.¹⁸⁰ Премда је то била уобичајена пракса, повремено би и само Градско веће проналазило замену коју би директно плаћало за извршени рад. Овај случај је значајан, јер је одлучено да поверавање послова трећем лицу није неспојиво са уговором о раду, будући да је то чињено само у посебним околностима и да је избор радника вршен у оквиру одређеног круга лица који је претходно одобрио послодавац. У прилог постојања уговора о раду могу да сведоче и друге чињеница, попут ограничавања максималног периода коришћења замене (нпр.

¹⁷⁵ Закон о раду, „Службени гласник РС“, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14, чл. 45.

¹⁷⁶ Jan Kemp Nel, *Employment Contracts: For The New World of Work*, KR Publishing, Randburg, 2021, 28.

¹⁷⁷ M. Irving, *The contract of employment*, op. cit., 288.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Приликом утврђивања постојања уговора о раду енглески судови прибегавају тзв. вишефакторском тесту који укључује, између осталог, изричиту или прећутну сагласност сауговорача да ће рад у замену за зараду запослени обављати лично, док ће о начину, средствима и времену рада одлучивати послодавац. Премда ниједан фактор није незаменљив, постоји градација фактора, при чему се одређени елементи сматрају неопходним за квалификацију уговора о раду, попут обавезе узајамног поверења и личног рада. Такође, природа односа између запосленог и послодавца утврђује се на основу уговорних права и обавеза, тако да је номенклатура која се користи у уговору ирелевантна. Astra Emir, *Selwyn's law of employment*, 17th edition, Oxford University Press, Oxford, 42.

највише две недеље у току једне године) или немогућност запосленог да уложи вето на одабир трећег лица које привремено преузима његове дужности. Супротно, неће постојати уговор о раду ако постоји клаузула у уговору која оставља могућност да се радни задаци у свако доба и независно од разлога уступе другом на вршење.¹⁸¹

Овде је потребно поменути и институт поделе посла који постоји у појединим правним системима, а који претпоставља поделу послова између два или више запослених које ангажује послодавац на основу уговора о раду са непуним радним временом, при чему запослени сами одређују ко ће и када радити. У суштини, сви послови са непуним радним временом настају реструктурирањем радних места са пуним радним временом, тако да се уместо закључења стандардног уговора о раду прибегава коришћењу атипичних уговорних аранжмана. С тим у вези, ваља навести да је италијанско право раније познавало посебну врсту уговора о раду тзв. уговор о подељеном раду где су два радника солидарно преузимала обавезу испуњења истоветне престације рада.¹⁸² У том смислу, сматрало се да су сви радни задаци додељивани на вршење заједничко и то најчешће наизменично. Ако клаузулом уговора о подељеном раду или колективним уговор о раду није другачије предвиђено, радници су могли да по сопственом нахођењу и у било ком тренутку одлуче о међусобној замени радних задатака, а могли су и да мењају временски оквир рада, што значи да је један радник могао да ради у смени другог под условом да је рад организован у више смена. Немогућност неког од радника да обавља посао повлачила је обавезу другог да ради уместо њега, с тим да се у случају да оба радника одсутствују са рада посао уступао трећем лицу којег би одредио послодавац.¹⁸³ Лично вршење престације рада је важно обележје уговора о раду и пренос права и обавеза из тог уговора по правилу изискује потребу закључење анекса под условом да долази до промене субјекта који врши рад.

3.2. Плаћеност

За већину уговора важи правило да су предмет и цена битни елементи о којима стране уговорнице морају постићи сагласност. Уско посматрано, то исто важи и за уговор о раду будући, да у уговору о раду мора бити јасно назначено коју врсту посла је запослени дужан да обавља за послодавца и колика је зарада коју он остварује на дневном, недељном или месечном нивоу.¹⁸⁴ Следствено томе, предмет уговора о раду је карактеристична престација коју запослени пружа у замену за накнаду.¹⁸⁵ Иако се накнада коју запослени остварује може упоредити са накнадама из других уговора, зарада је по својој природи јединствени институт који у себи садржи порезе и доприносе. Отуда лица која су радно ангажована по другом основу, који није уговор о раду, остварују право на накнаду која нема карактер зараде. Остварена и исплаћена зарада представља основицу пореза на зараде који се исплаћује држави,

¹⁸¹ Gillian Demeyere, „The Contract of Employment at the Supreme Court of Canada: Employee Protection and the Presumption of Employer Freedom, *Dalhousie Law Journal*, Vol. 38, бр. 1, 2015, 8.

¹⁸² Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа, оп. cit.*, 101-104; Michele Tiraboschi, Maurizio Del Conte, „Employment contract: Disputes on definition in the changing Italian labour law“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 88.

¹⁸³ Но, у случају оставке или разрешења једног од радника, уговор о подељеном раду се преображавао у стандардни уговор о раду. Дарко Божичић, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Новом Саду, Правни факултет, Нови Сад, 2021, 242.

¹⁸⁴ Claire Isabel Mummé, *That Indispensable Figment of the Legal Mind: The Contract of Employment at Common Law in Ontario, 1890-1979*, York University Toronto Ontario, Ontario, 2013, 26.

¹⁸⁵ Jeremias Prassl, *The concept of the employer*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 35.

пored доприноса за обавезно социјално осигурање.¹⁸⁶ Значај зараде потврђује чињеница да послодавац и запослени, начелно, могу да предвиде да уговор о раду буде правно обавезујући само ако стране уговорнице постигну сагласност о висини зараде. Синалгматичност, као једно од битних обележја уговора о раду, претпоставља да се зарада остварује као противпрестација за то што запослени ставља послодавцу на располагање своје радне способности, док се у случају одсуства са рада остварује право на накнаду зараде чија висина варира у зависности од узрока спречености за рад.¹⁸⁷ Дакле, накнада зараде се исплаћује уместо зараде или дела зараде, у условима привремене спречености за рад у складу са законом.¹⁸⁸ Накнада зараде ужива исти правни третман као и зарада због чега се у француском праву за ту врсту примања запослених користи израз „одложена зарада“ (*salarie différé*).¹⁸⁹ Запослени остварује право на зараду као новчани еквивалент за извршени рад, при чему је овај елемент у свом развоју прешао пут од искључиве погодбе послодавца и запосленог који је имао карактер приватне ствари послодавца, до елемента који је постао интерес државе и друштвено-економских организација и удружења, не би ли се остварио циљ правичне расподеле добара у друштву.¹⁹⁰ Целокупни друштвени напредак је једино могућ ако се расподела материјалних средстава врши на начин који омогућава свим члановима заједнице достојанствен живот. На окосници дистрибутивне правде изграђује се и концепција достојанствене зараде која треба да буде довољна да омогући носиоцу права потпуно уживање свих тековина савремене цивилизације.¹⁹¹ Штавише, поглед у прошлост сведочи о значају зараде која је у оквиру канонског права била заштићена позивањем на природну потребу за радом и опстанком, где је рад у исто време и надахнуће и неопходност. Дакле, основ за изградњу права радника на праведну накнаду за рад (*iustum praetium*) било је догматско учење о нужности и узвишености рада.¹⁹²

¹⁸⁶ Предмет опорезивања је и тзв. лична зарада предузетника која се сматра панданом заради због истоветног пореског третмана који ужива. Иначе, ова категорија зараде је у Републици Србији изменама Закона о порезу на доходак грађана (*Сл. гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002, 135/2004, 62/2006, 65/2006, 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2012, 7/2012, 93/2012, 114/2012, 8/2013, 47/2013, 48/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015, 112/2015, 5/2016, 7/2017, 113/2017, 7/2018, 95/2018, 4/2019, 86/2019, 5/2020, 153/2020, 156/2020, 6/2021, 44/2021, 118/2021, 132/2020, 10/2022, 138/2022, 144/2022, 6/2023, 92/2023, 116/2023, 6/2024) опционо уведена за све предузетнике који као власници или оснивачи не могу да заснују радни однос у сопственој предузетничкој радњи. Наиме, лична зарада представља део добити предузетника који се опорезује и који може бити нижи од износа минималне зараде. Посматрано из угла радног права, лична зарада нема карактер зараде, али ја аналогно заради оптерећена доприносима за социјално осигурање. Управо је та сличност, чини се, поред времена исплате, била од пресудног значаја за конституисање њеног назива.

¹⁸⁷ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 43.

¹⁸⁸ Ж. Кулић, С. Шкорић, *Радно право*, *op. cit.*, 240. Историјски посматрано, одуство са рада због болести је заправо био један од првих стубова социјалног осигурања широм света у складу са Бизмарковим моделом социјалног осигурања. Упркос томе, готово 50% запослених у услужном сектору америчког тржишта и даље није покривено овим видом осигурања. Заиста, Сједињене Америчке Државе су једина индустријализована земља у свету која ограничава право на плаћено боловање за одређене категорије радника, због чега не изненађује што се у литератури истиче претпоставка права на накнаду зараде, ако из садржине уговора о раду не произлази другачије. Нажалост, поменуто гледиште није добило адекватну судску потврду, будући да је у судској пракси указано да је саставни део уговора о раду и обавештење на месту рада да ће запослен на основу жеље послодавца, а не по законском праву остварити половину зараде за време које није стварно радио за послодавца. В. А. Nepple, Paul O'Higgins, *Employment law*, London, Sweet & Maxwell, 1976, 127.

¹⁸⁹ Она се још назива и зарада за неактивност јер запослени иако радно неактиван остварује примања одређене висине.

¹⁹⁰ W. Gauthier, *La rémunération du travail salarié*, *op. cit.*, 2.

¹⁹¹ Комутативна правда промовише једнакост добара које се размењују у смислу да оно што се нуди мора бити еквивалентно ономе што се даје. С друге стране, дистрибутивна правда не почива на једнакости, већ на сразмерности која треба да омогући да свако добије онолико колико му је потребно. У ту идеју уткана је филантропска димензија рада који се врши на општу корист и добробит свих грађана. Отуда, човек ради не само да би себе издржавао, него и да би другима помагао раздељивањем плодова свога рада.

¹⁹² Слободанка Перић, *Пристојан рад*, докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, 2011, 36.

Давање правичне накнаде је један од критеријума за дефиницију достојанственог рада који је усвојила Међународна организација рада и Организација Уједињених нација за образовање, науку и културу (УНЕСКО). Члан 23 Универзалне декларације о људским правима предвиђа да „свако ко ради има право на праведну накнаду која осигурава њему и његовој породици човека достојан опстанак“.¹⁹³ Готово идентична конструкција тог начела могла се наћи у преамбули и члану 41 изворног Устава МОР, док важећи текст Устава истиче потребу за обезбеђивањем зараде за живот као израз социјалне правде и претпоставке трајног мира. Тачније, у Уставу се прокламује „гаранција зараде која осигурава повољне услове живота“, јер рад који рађа оскудицу проузрокује немире и отежава развој.¹⁹⁴ У том погледу, професионална активност треба да осигура довољан приход за самоодржање појединца и њему блиских лица. То је потврђено у пресуди у предмету Харвестер (Harvester) који важи за најважнију судску одлуку у тој области, где се стандард нормалних потреба просечног запосленог користио као основа за утврђивање „правичне и разумне“ зараде.¹⁹⁵ Наиме, аустралијски Закон о акцизама из 1906. године је наметао додатне акцизе на робу произведену у Аустралији, с тим да је произвођач био ослобођен пореза ако је својим запосленима исплаћивао „правичне и разумне“ зараде.¹⁹⁶ Критеријуми „правичне и разумне“ зараде су задовољени ако је висина зараде постављена на ниво који омогућава неквалификованом раднику да издржава, храни, удомљава и облачи себе, жену и троје деце. Процена трошкова живота била је неопходна за утврђивање најмањег месечног износа зараде потребног за нормалан живот. Имајући у виду алиментациони карактер зараде, принцип „правичне и разумне“ зараде постаје категорички и етички императив у свим правним системима.

Уз то што обезбеђује економску сигурност, зарада омогућује репродукцију човека и његових сила, те има шири друштвени значај. Из тога следи да зарада као добијена вредност за извршени рад има вишеструки значај не само за запосленог и послодавца, него и за друштво у целини. То је извор егзистенције и материјалне сигурности за запосленог који у вршењу рада улаже своје менталне и физичке снаге. С друге стране, зарада је трошак који умањује укупан профит послодавца, јер се остварени производ дели на део који се издваја за зараде, док остатак чини приход послодавца.¹⁹⁷ И коначно, зарада за ширу друштвену заједницу има значај основне претпоставке за очување социјалног мира и успостављање неопходне равнотеже између економског прогреса и циљева социјалне правде.¹⁹⁸ Дакле, зарада мора бити довољна да омогући егзистенцију достојну човека, која поред куповине основних животних добара, покрива и друге сфере друштвеног живота неопходне за остварење идеала људског достојанства, као неприкосновене вредности.

У капиталистичком систему, где зарада као један од трошкова производње утиче на укупну добит предузећа, висина зараде постаје много више зависна од учинка запосленог или економских резултата предузећа него од времена који је запослени стварно био на располагању послодавцу. Критикујући економске постулате и производне процесе, Карл Маркс (Karl Marx) указује да зарада треба да буде у складу са вредношћу рада који запослени обавља, због чега се у његовом епохалном делу „Капитал“ надница појављује као цена рада приказана у конкретизованој роби.¹⁹⁹ Том гледишту се супроставља Џефри Хоџсон (Geoffrey

¹⁹³ Александар Петровић, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009, 77.

¹⁹⁴ *Ibid.* Адекватна зарада није само међународни, него и европски стандард потврђен у бројним документима. Као основно социјално право наводи се у Европској социјалној повељи из 1961. године, Повеља Европских заједница о основним социјалним правима радника из 1989. године и Европском стубу социјалних права из 2017. године.

¹⁹⁵ Случај је добио назив по великом произвођачу комбајна и друге пољопривредне механизације са седиштем у Мелбурну. John Howe, *The broad idea of labour law: industrial policy, labour market regulation and decent work*, Melbourne Law School, Legal Studies Research Paper No. 529, 4.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ Имајући у виду узрочно-последичну везу између тих категорија, висина зараде настаје као резултат компромиса постигнутог између запосленог и послодавца.

¹⁹⁸ Ж. Кулић, С. Шкорић, *Радно право*, *op. cit.*, 240.

¹⁹⁹ Карл Маркс, *Капитал. Први том*, Просвета, Београд, 1978, 93.

М. Hodgson) који истиче да је потпуно немогуће одредити колики је одвојени допринос рада и капитала вредности заједничког производа, јер је резултат оличен у роби настао као последица синхроног деловања рада и капитала који је недељив. Тиме се не негира чињеница да роба има одређену вредност управо из разлога што је у њу уткан људски рад који се нуди на тржишту по одређеној цени.²⁰⁰

У стручној јавности се неретко као синоним за зараду користи израз цена рада, иако то нису исти истоветни појмови. Цена рада се користи као параметар у одређивању висине зараде, у смислу да је послодавац овлашћен да утврди цену рада по радном часу која служи као основица за обрачун зараде. Поред цене рада, на висину зараде утичу и други чиниоци, попут радног учинка и односа запосленог према радним обавезама.²⁰¹ Дакле, самим закључивањем уговора о раду, послодавац преузима одређена права, обавезе и одговорности у односу на запосленог, од којих је најважнија обавеза исплате зараде сразмерно оствареним резултатима рада. Ипак, зарада није само уговорна обавеза послодавца, већ и средство за усмеравање понашања запослених у циљу повећања њихове продуктивности. Сходно томе, награђивање запослених кроз увећање зараде може бити и у интересу послодавца, који на тај начин мотивише запослене на већу посвећеност раду.

Штавише, из обавезе рада и обавезе исплате зараде, произлази и додатни структурни елемент уговор о раду, који се упоредном праву означава као елемент узајамности обавеза субјеката уговора о раду. Узајамност се, притом, одређује као континуирана веза између запосленог и послодавца, која укључује обавезу послодавца да обезбеди рад на трајнијој основи. У том смислу, прави се разлика између два нивоа узајамности обавеза субјеката уговора о раду.²⁰² Први ниво постоји код свих уговора, па и код уговор о раду, будући да *common law* концепција уговора захтева присуство узајамних престација на страни саговорача.²⁰³ Други ниво се везује искључиво за уговор о раду, као уговор са трајним извршењем престација, у којем се обавезе запосленог и послодавца одвијају континуирано у одређеном временском раздобљу. Приписивање више значења узајамности обавеза се најчешће доводи у везу са учењем Фридланда (Mark Freedland), који узајамност обавеза види као добру полазну основу за идентификацију уговора о раду, будући да се уговор о раду у суштини састоји (али не исцрпљује) у размени рада за зараду.²⁰⁴ Следствено томе, послодавац је дужан да запосленом обезбеди посао, док је запослени дужан да прихвати понуђене радне задатке и да их марљиво обавља током уговореног радног времена.²⁰⁵ У том погледу, тест узајамних обавеза је испуњен када радник стварно ради за послодавца, док се такав закључак не може извести у контексту повремених рада који искључује минимум обима посла, те доводи до дисконтинуитета у погледу узајамних обавеза. Дакле, основни захтев који се поставља пред запослене је да буду подвргнути обавези да прихвате и обаве минималан или макар разуман обим посла за послодавца.

²⁰⁰ Geoffrey Hodgson, *Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future*, University of Chicago Press, Chicago, 2015, 450.

²⁰¹ Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017, 95/2018, чл. 107, ст. 2.

²⁰² Simon Deakin, „The evolution of the employment relationship“, 2002, Доступно на: https://www.researchgate.net/publication/4925122_The_Evolution_of_the_Employment_Relationship, 1.3.2023.

²⁰³ Ако нема узајамних обавеза било које врсте онда једноставно нема ни уговора. *Carmichael v National Power plc* [1999] ICR 1226. И још, ако послодавац није у обавези да обезбеди радне задатке нити је запослени дужан да ради, нема уговора о раду. *AD Bly Construction Ltd v. Cochrane* 23.11.05 EAT 0243/05.

²⁰⁴ Поменути аутор је сматрао да је ради исправног разумевања уговора о раду потребно анализирати његову структуру како би се, између осталог, објаснило зашто постоји разлог за тужбу због незаконитог отказа у системима у којима недостаје концепција ваљаних отказних разлога. Његов оригиналан рад на елементу узајамности обавеза у радноправном контексту који превазилази класичне уговорне односе окарактерисан је као један од најважнијих доприноса савременом схватању уговора о раду. Mark R. Freedland, *The Contract of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1976, 104.

²⁰⁵ Одатле следи да нема узајамних обавеза ако према уговору запослени има право избора да ли ће радити или не за послодавца са којим је закључио уговор о раду. *Ibid.*

3.3. Правна субординација

Поред личног извршавања рада и плаћености, правна субординација се јавља као саставни елемент уговора о раду. Отуда, уговор о раду постоји када су испуњена три критеријума: рад који запослени обавља лично има одређену економску вредност за послодавца, запослени у замену за рад стиче право на зараду, и између запосленог и послодавца постоји однос субординације.²⁰⁶ Правна субординација у радном односу игра важну улогу у дефинисању односа између послодавца и запосленог. Послодавац има право да даје упутства о томе како, где и када ће радник обављати задатке, надзире и вреднује рад запосленог, уређује права, обавезе и одговорности из радног односа, а има и овлашћење за кажњавање запосленог за повреде радне обавезе и непоштовање дисциплине. Другим речима, организација рада, расподела задатака и дефинисање рокова је у надлежности послодавца. С друге стране, запослени су обавезни да поштују упутства и да извршавају задатке у складу с одредбама уговора о раду.²⁰⁷ Дакле, правна субординација подразумева хијерархијски однос у коме запослени извршава упутства послодавца. Ова структура је неопходна за ефикасно функционисање предузећа, јер омогућава да се радни процеси организују на начин који подстиче продуктивност и оптимизује производњу.²⁰⁸ Однос субординације карактерише присуство хетерономије која стоји насупрот аутономији појединца у процесу рада. Хетерономија се описује као акт потчињавања једног лица власти другог. Реч је о омеђавању воље појединца који се понаша на начин који је условио други субјект, због чега се у основи хетерономије уочава дириговано понашање усмерено ка одређеном циљу који стоји изван властитих хтења.²⁰⁹ То произлази из карактера рада као вечите природне нужности која омогућава запосленом стицање средстава за издржавање и бригу о себи и другим лицима. Међутим, зависност од рада запосленог доводи у неравноправан положај у односу на власника капитала који ужива привредна добра. Економска супериорност послодавца наспрам радника ставља радника у неповољан положај да прихвати услове рада које послодавац нуди. Ретки су појединци који не морају да живе од свог рада, јер имају друге изворе приходе, док су још ређи појединци који могу диктирати услове рада, јер поседују специфична знања која се тешко налазе на тржишту рада.²¹⁰

Капитал који рађа економске неједнакости лежи у бити марксистичког учења, које полази од тезе да радници живе “само дотле док налазе рада, и који само дотле налазе рада док њихов рад увећава капитал.”²¹¹ Марксов модел субординације заснован је на концепту неуједначених моћи у којем је радник приморан да прода своју радну снагу као питање физичког преживљавања и опстанка. Уместо подређености радника послодавцу марксова анализа претпоставља двостепену субординацију рада капиталу у капиталистичким друштвима. Први степен чини „формална субординација“ која вођена индустријализацијом постаје елемент подобан да окупи хомогену групу пролетеријата изниклу у засебну друштвену класу довољно моћну да се супростави капитализму као друштвено - економском систему

²⁰⁶ Brîndușă Vartolomei, „The subordination of the employee to the employer - the fundamental legal characteristic of the individual employment law contract and its consequences on labor law“, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 3, бр. 1, 2014, 209.

²⁰⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 93

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Felicia Rosioru, *The changing concept of subordination*, Доступно на: https://mta-pte.ajk.pte.hu/downloads/felicia_rosioru.pdf, 7.8.2023.

²¹⁰ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 93. Има и аутора који тврде да извор подређености не лежи искључиво у неједнакости преговарачке моћи на тржишту рада, него и у структури саме организације у којој се рад врши. Hugh Collins, „Market Power, Bureaucratic Power and the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 15, бр. 1, 1986, 2.

²¹¹ К. Маркс, *Капитал*, *op. cit.*, 145.

неједнакости.²¹² Други степен чини „права субординација“ која се оцењује са аспекта начина рада, где форма и интензитет рада покреће и детерминише машински систем у којем радници постају „живи додаци“ машина.²¹³ Стога, упрошћавање и подређивање рада ритмовима машина и развој аутоматизованог производног система у тежњи за повећањем продуктивности подразумева формалну и стварну подређеност класе пролетеријата капиталистичкој класи. Другим речима, у капиталистичкој епохи, коликог год она трајала, влада доминација класног интереса у којој нема истинског класног компромиса. На бази критике капиталистичких односа, промена у процесу рада која води једнакости у расподели производних средстава за крајње има промену у класној структури.²¹⁴

Актуелност марксистичких поставки сведочи чињеница стављања слабијег (запосленог) у службу јачег (послодавца) који увећава свој капитал коришћењем туђег рада. Ово из разлога што су субјекти уговора о раду смештени у асиметричном односу по питању преговарачких моћи који се тешко да изнивелисати због дефицитарности капитала у односу на суфицитарну радну снагу. Иницијална неједнакост се пресликава и на њихов даљи однос, у којем постоји стална субординација, која се може прекинути једностраним или обостраним повлачењем из уговора. Отуда се у средиште уговора о раду смешта правна субординација као својеврсан израз власти послодавца која постоји све док траје тај уговор. Присуство правне субординације налази своје оправдање у потреби за делотворним вршењем послова из круга делатности послодавца који као носилац управљачке власти утврђује и мења обавезе запосленог у процесу рада. С друге стране, запослени притиснут егзистенцијалном нужношћу добровољно пристаје да се стави под туђу контролу. То значи да запослени слободно прихвата хијерархију власти у радној организацији, поштујући директиве које долазе са врха пирамиде.²¹⁵

Послодавац организује посао, одређује начин рада и обезбеђује средства за рад, док запослени треба да марљиво и савесно извршава рад. Квалитет и квантитет резултата рада контролише послодавац или лице које он овласти уз поштовање достојанства и заштите личности радника. Узето скупа, субординација подразумева постојање хијерархијске везе и последично потчињавање радника управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца.²¹⁶ У ствари, садржину субординације одређују различита овлашћења које послодавац има у односу на запослене. Једноставно речено, субординација постоји када послодавац има свеобухватно право да одређује где, када, како и шта запослени треба да ради то јест када послодавац посредно или непосредно утиче на време, трајање, место и врсту рада. Подређеност као израз моћи контроле и усмеравања рада запослених у предузећу, истовремено је добар показатељ постојања уговора о раду.

²¹² David Neilson, „Formal and real subordination and the contemporary proletariat: Re-coupling Marxist class theory and labour-process analysis“, *Capital & Class*, Vol. 31, бр. 1, 2007, 100.

²¹³ Инспирисан Марксовим радовима Зинцхајмер је развио концепт дуалне субординације у којој се огледа сва неправда својствена капиталистичком начину производње у смислу потчињавање рада капиталу (структурна или колективна субординација) и потчињавање појединачног радника послодавцу (индивидуална субординација). Guy Davidov, „Subordination vs. domination: Exploring the differences“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 22., бр. 3, 2017, 372.

²¹⁴ Према савременом схватању стицање контроле над сопственим радом није резултат класне борбе, већ одраз координације и сарадње. Pedro Jaime Quintanilla Islas, *La subordinación en el derecho del trabajo*, Maestria en derecho del trabajo, Universidad Autónoma de Nuevo León, Ciudad Universitaria, 1.

²¹⁵ B. Waas, „The Legal Definition of the Employment Contract in Section 611a of the Civil Code in Germany“, *op. cit.*, 28; Pierluigi Digennaro, „Subordination or subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems“, *Labour and Law Issues*, Vol. 6, бр. 1, 2020, 10.

²¹⁶ С тим у вези ваља уочити да нема једногласности у одређивању појма правне субординације, јер се, по мишљењу појединих аутора, као елемент субординације јавља управљача, нормативна и дисциплинска власт послодавца, док су ризик посла и интегрисаност запослених у радни процес споредни елементи тог појма. Вид.: Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 58.

Лично извршавање престације рада је *condition sine qua non* правне субординације у радном односу.²¹⁷ Дакле, лична подређеност запосленог упутствима послодавца претпоставља лично обављање рада и темељи се на лично-правној структури уговора о раду. Јединствену дефиницију односа субординације, позивајући се изричито на Законик о раду, дао је француски Касациони суд који је потврдио да је субординација битан елемент уговора о раду.²¹⁸ Веза субординације се манифестује извршавањем послова у надлежности послодавца који издаје наређења, контролише извршење радних задатака и санкционише повреде радних дужности.²¹⁹ Присуство субординације се утврђује доказном методом, где првостепени суд, према формули Касационог суда, на основу „чињеница и услова под којима се обавља делатност послодавца“ потврђује постојање стања субординације.²²⁰ Притом, показатељи везе субординације су контролна и управљачка овлашћења на страни послодавца, рад у оквиру организоване службе где су услови обављања посла једнострано утврђени, као и вршење делатности у име и у за рачун предузећа које преузима економски ризик.²²¹ С друге стране, италијански судови у идентификовању субординације у уговор о раду најчешће користе метод супсумције тако што конкретан уговорни однос подводе под апстрактну законску одредбу, уз коришћење супсидијарних показатеља подређеног рада, попут укључивање радника у организацију предузећа и обавезе поштовања радног распореда, трајање рада и континуитет у раду, редовно исплаћивање фиксне накнаде за рад и одсуство ризика посла. Подређеност у строгом смислу је „двоструко отуђење“ (*‘doppia alienità’*) радника у односу на производну организацију послодавца будући да радник ретко шта контролише у производној организацији, ужива слабу заштиту својих економских интереса и не убира плодове свог рада.²²²

Насупрот томе, немачки Савезни радни суд сматра да је за потребе правне сигурности неопходно користити типолошки приступ у утврђивању подређеног рада узимајући у обзир немогућност постављања апстрактних критеријума применљивих на све односе настале у вршењу рада. Штавише, немачка судска пракса је отишла толико далеко да ниједан критеријум није издвојила као незаменљив или битан за квалификацију уговора о раду. Отуда, субординација као елемент може изостати, ако се стекну више индикатора подређеног рада (стална контрола, издавање тзв. фактичких упутстава којима се ближе прецизира садржај радних обавеза, периодично плаћање итд.).²²³ Поједине карактеристике уговора о раду могу

²¹⁷ Из обавезе личног обављања рада простице професионалност као обележје радног односа с обзиром на то да се приликом ангажовања запосленог послодавац води својом потребом за обављање послова одређене професије. Међутим, како је елемент професионалности присутан и код других облика рада у оквиру али и ван радног односа, он се не може сматрати битним елементом не само радног односа него и уговора о раду. Бранко А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 149.

²¹⁸ С друге стране, Суд правде Европске уније у својим одлукама узима субординацију (уз зараду) као кључно мерило за правну квалификацију комунитарног појма „радник“, при чему се субординација дефинише као рад за и под руководством другог лица. P. Digennaro, „Subordination or subjection? A study about the dividing line between subordinate work and self-employment in six European legal systems“, *op. cit.*, 11.

²¹⁹ Jean Savatier, „Pouvoir patrimonial et direction des personnes“, *Droit social*, br. 1, 1982, 3.

²²⁰ Cass. soc., 19 déc. 2000, no 98-40.572.

²²¹ Cass. 2e civ., 14 juin 2006, no 04-30.711.

²²² Vincenzo Pietrogiovanni, „Between *sein* and *sollen* of labour law: civil (and constitutional) law perspectives on platform workers“, *King's Law Journal*, Vol. 31, No. 2, 2020, 319. Идентичну терминологију користио је Маркс у својим размишљањима који алијенацији додаје антрополошко значење, по угледу на Фојербаха. У том смислу, двоструко отуђење погађа подједнако како капиталисте тако и пролетеријате, с тим да је отуђење код капиталисте свесно отуђење од заједнице ради уживања моћи. Насупрот томе, до отуђења код пролетеријата долази услед деловања властите немоћи као последица аутоматског одвајања производа рада од вршиоца рада. За разлику од првих који настоје да такво стање одрже, други се томе отворено противе. Peter Singer, *Marx: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1980, 40.

²²³ Штавише, у немачком праву се указује на потребу за реконструкцијом појма личне зависности (*persönliche Abhängigkeit*) због институционалних и друштвених промена које су утицале на свет рада. Притом, лична зависност није законски концепт, већ пуки производ судског стварања. Њен настанак се везује за статусну концепцију радног односа где се запослени фактичким ступањем на рад интегрише у заједницу предузећа у којој важе принципи „части, верности и старања“ (*Ehre, Treue und Fürsorge*). Поред личне зависности у појединим

бити присутне у различитим облицима или у комбинација са другим карактеристикама, при чему изражено присуство одређених индикатора може у одређеној мери да компензује недостатке других обележја.²²⁴ Тиме се нарушава традиционално схватање субординације као битног елемента уговора о раду који мора бити увек присутан за квалификацију одређеног уговорног односа као радног односа.

С друге стране, португалски Законик о раду индиректно упућује на правну подређеност приликом дефинисања уговора о раду, тако да се правна субординација узима као главни критеријум разликовања уговора о раду од њему сличних уговора.²²⁵ Ипак, независно од формулација коришћених у законским текстовима, већина аутора види субординацију као дефинишући ноту уговора о раду.²²⁶ Насупрот томе, има и оних који предлажу измештање елемента субординације или „разарање“ надмоћи послодавца у корист апсолутне слободе која искључује сваки облик потчињености. Ово из разлога што подређени рад имплицира „отворени уговор чија садржина стално мора бити испуњавана налозима које поверилац (послодавац) издаје дужнику (запосленом)“, чиме се нарушава аутономија и слобода запосленог.²²⁷ Осим тога, послодавац има произвољну моћ по питању доношења одлука што значи да се у процесу одлучивања не уважавају интереси и мишљења запослених на које те одлуке утиче.²²⁸ Ово је најочигледније у економским односима и капиталистичким привредама где се као основна компонента тржишта умиће размена између страна које делују по сопственом нахођењу. Замисао о отклањању узрока инфериорног положаја и произвољног поступања појединца у друштву изникла је у политичким и филозофским радовима Петита (Philip Pettit), али је због иновативности предлога постала предмет опсежне дебате и међу стручњацима радног права, који су настојали да сагледају могућности преношења тих идеја на подручје рада.²²⁹ Међутим, чини се да то решење није у целости прихватљиво, имајући у виду

правним системима се као битан елемента уговора о раду могла наћи економска зависност али и социјална зависност јер запослени посредством рада склапа додатна пријатељства и стиче одређени друштвени статус, уз то што остварује приход. То је навело поједине ауторе да економску зависност и личну подређеност сублимирају у јединствени концепт социјалне зависности радника од рада за послодавца. Т. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавачеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 11; Pedro Jaime Quintanilla Islas, *La subordinacion en el derecho del trabajo*, Maestria en derecho del trabajo, Universidad Autónoma de Nuevo León, Ciudad Universitaria, 9; John Duddington, *Employment Law*, Second Edition, Pearson Education, London, 2007, 48.

²²⁴ Georg Schima, *Abschied von der persönliche Abhängigkeit im Arbeitsrech*, 203,

https://sms.law/wpcontent/uploads/publikationen/Aufsatz_Umweltdynamik_1989_Abschied_von_der_persoelichen_Abhaengigkeit_im_Arbeitsrecht.pdf

²²⁵ V. Pietrogiovanni, „Between sein and sollen of labour law: civil (and constitutional) law perspectives on platform workers“, *op. cit.*, 320.

²²⁶ Међу домаћим ауторима, изузетак је, проф. Брковић који сужава домен субординације везујући је искључиво за рад у посебном режиму радних односа. Радоје Брковић, „Упоредноправна анализа службеничког система Републике Србије, у: Радоје Брковић (ур.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*. Књ. 2., 2004, 379-390.

²²⁷ Слобода запосленог се, притом, одређује као одсуство доминације послодавца на радном месту који располаже управљачким овлашћењима. Уместо доминације, у делу италијанске литературе се говори о „правно-техничкој“ субординација која је уско везана са положајем зависности у којима се запослени налази а који осликава његову изразиту рањивост. С друге стране, „техничко-функционална“ субординација истиче да осим издавања упутства и контроле рада послодавац може казнити запосленог за извршене активности и учињене пропусте. V. Pietrogiovanni, „Between sein and sollen of labour law: civil (and constitutional) law perspectives on platform workers“, *op. cit.*, 317.

²²⁸ То је навело да се у теорији понуди алтернатива за субординацију у облику „демократског дефицита“ који карактерише одсуство консензуса, при чему се, према том гледишту, раднички губитак гласа не види нужно као повреда права на аутономију. G. Davidov, „Subordination vs domination: Exploring the differences“, *op. cit.*, 369.

²²⁹ Заправо, најважнија републиканска вредност је политичка слобода, схваћена као одсуство доминације и независност од произвољне моћи. Заговорници републиканизма, као идеологије, наводе да доминација потиरे основне принципе на којима правда лежи због чега мора бити искорењена. Давидов (Guy Davidov) приликом упоређивања теорије доминације којом се објашњавају социјалне разлике и елемента субординације који осликава уговорну неједнакост разликује субординацију као правну категорију и субординацију као емпиријску чињеница, која описује друштвену стварност. G. Davidov, „Subordination vs domination: Exploring the differences“, *op. cit.*, 368.

да је правна субординација сложен концепт који премда укључује хијерархију, не искључује активно учешће запослених у доношењу одлука. Партиципација запослених је концепт који се односи на активно укључивање радника у различите аспекте управљања што доноси значајне предности у организацији рада. Кроз делегирање одговорности запослени добијају могућност да управљају одређеним задацима, што им омогућава да преузму активнију улогу у предузећу.

4. Врсте уговора о раду

4.1. Стандардни уговор о раду

Класификација уговора о раду је могућа с обзиром на бројна мерила, а ми ћемо се осврнути на поделу уговора о раду узимајући у обзир дужини њиховог трајања. Уговор о раду може да се закључи на неодређено или одређено време. Као стандардни уговор о раду означава се уговор о раду на неодређено време који је по правилу праћен бољим условима рада и доноси већу правну сигурност за запослене. Из тог разлога је потребно са већом пажњом приступити поступку заснивања радног односа, будући да се сигурност посла традиционално везује за уговор о раду на неодређено време. На другој страни стоје алтернативно запошљавање које послодавцима обезбеђују финансијске користи и пореске олакшице због чега се често користе у пракси. Без обзира на то, уговор о раду на неодређено време остаје правило, док се уговор о раду на одређено време закључује само када је то оправдано.

Користећи колоквијалне изразе, уговор о раду се означава као сигуран посао због рока важења уговора који није унапред одређен. Засигурно је да уговор о раду на неодређено време са пуним радним временом обезбеђује квалитетнију заштиту запослених и последично виша примања. Наиме, уговор о раду на неодређено време са пуним радним временом је „улазница“ за шири корпус права запослених и бољу заштиту. Послодавац је, такође, бенефицијар повишеног степена правне сигурности који проистиче из прецизнијег уређења односа који се формира са запосленим.²³⁰ С друге стране, послодавцу не погодује чињеница што уговор о раду на неодређено време прате ограничења у погледу раскида уговорног односа. Иако послодавци нису нарочито вољни да конституишу стабилнији однос са запосленима, раширена употреба уговора о раду на неодређено време има вишеструке предности, јер доводи до повећања страних инвестиција. У том смислу, уговор о раду на неодређено време је добар показатељ стања на тржишту рада у одређеној земљи. То је непосредно повезано са повећањем запослености, јер уређивање радних односа на прецизан начин, те стварање правне сигурности у вези са положајем запослених и њихових права, засигурно ће утицати на већи прилив инвестиција.²³¹

Свему наведеном треба придодати чињеницу да је читаво радно законодавство конципирано по моделу уговора о раду на неодређено време. Као што смо поменули уговор о раду на неодређено време је уговор чије трајање није унапред утврђено, с тим да ако у уговору о раду није назначен период његовог важења на сцену ступа претпоставка у корист уговора о раду на неодређено време.²³² Уговор о раду у којем није утврђено време на које се закључује сматра се уговором о раду на неодређено време. Дакле, претпоставља се да је уговор о раду закључен на неодређено време, ако су странке пропустиле да одреде трајање уговора.²³³ Уговор о раду на неодређено време је основ за заснивање стандардног радног односа – на

²³⁰ Марио Рељановић, Бојана Ружић, Александра Петровић, *Анализа ефеката примене измена и допуна Закона о раду*, Фондација Центар за демократију, Београд, 2016, 9.

²³¹ Astra Emir, *Selwyn's law of employment*, op. cit., 40.

²³² Nicola Countouris, *Defining and regulating work relations for the future of work*, International Labour Office, Geneva, 2018, 3. Из тог разлога се говори о концепцијској кризи традиционалног модела уговора о раду. Richard Mitchell, Joel Fetter, „Human resource management and individualisation in australian labour law“, *The Journal of Industrial Relations*, Vol. 45, бр. 3, 2003, 294.

²³³ Закон о раду, чл. 31 ст. 1 и 2.

неодређено време, са пуним радним временом, који је у највећој мери обухваћен заштитним радним законодавством.²³⁴ Наиме, највећи број права запослени остварује с обзиром на дужину трајања радног односа код одређеног послодаваца (отпремнина, дужина трајања годишњег одмора, износ новчане накнаде у случају вишка запослених). Штавише, закључењем уговора о раду на неодређено време с пуним радним временом остварује се у целини уставом гарантовано право на рад. Уз то, једна од важнијих разлика између заснивања радног односа на неодређено време и сваког другог вида радног ангажовања запослених тиче се трајања уговора, па самим тим и начина његовог престанка.²³⁵

Упркос томе што је уговор о раду на неодређено време принцип, послодавци често прибегавају закључивању уговора о раду на одређено време.²³⁶ То се може тумачити као непотпуна и неделотворна имплементација института радног права, непоштовање законских ограничења и заобилажење правних норми са циљем избегавања обавеза према запосленима и/или држави. Ипак, чине се да промене не треба усмерити у правцу промене суштине института уговора о раду на неодређено време, него у правцу његовог функционисања и ефикасне примене у пракси, и предузети одређене кораке односно увести правне мере које ће спречити злоупотребе.

У суштини, „тржиште рада је изложено опасности од поларизације, која укључује сигурне, 'стандардне' уговоре, с једне стране, и 'несигурне ситуације' на основи нестандартних (атипичних) облика запошљавања, с друге стране“.²³⁷ Међу случајевима када послодавац закључује уговор о раду на одређено време, посебно се издвајају они који су повезани са радом на неком пројекту и радом код новооснованог послодавца. Заснивање радног односа уговором о раду на неодређено време, који претпоставља рад код једног послодавца током читавог трајања радног века се сматра класичним или гарантованим начином запошљавања.²³⁸ Стабилност уговора о раду је термин који подразумева заштиту уговорног односа на неодређено време. У британском праву, сматра се да је реч о уговору о раду на неодређено време, ако је запослени радио дуже од четири године код послодавца. Релевантан је још једна случај када се примењује претпоставка у корист уговора о раду на неодређено време и она важи од тренутка када је запослени закључио последњи уговор о раду на одређено време.²³⁹

²³⁴ Драгана Радовановић, „Радни однос на одређено време као атипичан радни однос“, *Радно и социјално право*, бр. 4-6, 2016, 679.

²³⁵ Љубинка Ковачевић, „Комунитарноправна начела заштите запослених са атипичним радним односом, *Право и привреда*, бр. 5-8, 2009, 676-682. Једно од основних правила исландског права је уговора о раду на неодређено време, с тим да су послодавци и запослени подједнако овлашћени да га откажу без навођења отказног разлога. Отказ се обавезно доставља у писаној форми, написан на истом језику на којем је сачињен и уговор о раду. Међутим, у случају престанка радног односа на иницијативу послодавца, запослени има право да захтева разговор са послодавцем у року од четири дана од сазнања за отказ уговора о раду. Уколико послодавац не поступа по наведеном захтеву, запослени има право да тражи поновни разговор са послодавцем у присуству синдикалног представника. Приликом разговора са послодавцем, запослени може инсистирати да се послодавац изјасни о разлозима иницираног престанка радног односа, те и да их наведе у додатном писаном образложењу. Интересантно је уочити да отказни рокови нису јединствени већ се у зависности од колективног уговора крећу у распону од 12 дана до шест месеци, с тим да су у пракси најчешће три месеца, што је троструко дуже у поређењу са роковима применљивим у нашем праву. Штавише, отказни рок се према исландском праву продужава у зависности од континуираног рада запосленог за истог послодавца и уније синдиката којој тај синдикат припада. Astra Emir, *Selwyn's law of employment*, op. cit., 40.

²³⁶ Lorber Pascale, „La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée: l'utilisation: délibérée de la directive Européenne“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Vol. 1, 2012, 81.

²³⁷ Д. Радовановић, „Радни однос на одређено време као атипичан радни однос“, op. cit., 680. О дисфункционалности регулаторног режима и кризи стандардног радног односа из компаративне перспективе вид.: Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, „The transformation of employment regimes: a worldwide challenge“ in: *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (ed.) Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, Russell Sage Fondation, New York, 2013, 5.

²³⁸ Д. Радовановић, „Радни однос на одређено време као атипичан радни однос“, op. cit., 680.

²³⁹ Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, „The transformation of employment regimes: a worldwide challenge“, op. cit., 6.

Избор врсте уговора о раду, заправо, није диктиран искључиво ценом рада, него је условљен и другим чиниоцима, пре свега, производним потребама предузећа, али и олакшицама за доприносе које могу остварити послодавци. Тако, ради промовисања стабилног облика запошљавања, италијанско право ослобађа послодавце од обавезе уплате доприноса за запослене који су закључили уговор о раду на неодређено време.²⁴⁰ Изненађујуће је да поједини аутори критикују овакво решење видећи његове нарушавајуће ефекте у динамици тржишта рада, јер се мотиви за избор врсте уговора о раду од производних потреба послодавца померају ка пуком уживању материјалних користи, премда финансијски подстицаји треба првенствено да служе стабилизацији постојећих односа.²⁴¹

У послератном периоду у већини индустријализованих земаља, велики број радника уживао је низ радних права укључујући сигурност посла и стабилност уговора о раду на неодређено време, поред социјалног осигурања које су обезбеђивали држава или послодавац.²⁴² Сигурност посла се остваривала ефикасном заштитом запослених од производних отпуштања, док се стабилност уговора о раду на неодређено време постизала ограничењем могућности послодавца да користи нестандартне уговоре о раду. Коришћење потоњих уговора ван законом предвиђених услова водила је друштвеној осуди прекришиоца, премда је могла бити изречена и правна санкција упоредо са економским мерама.²⁴³ Иако се стандардним уговор о раду остварују основна економска права, ова врста уговора служила је као платформа преко које су се обезбеђивала и многа социјална права, почев од здравственог осигурања, преко права на годишњи одмор, до новчане накнада за помоћ и негу другог лица. Према мишљењу појединих аутора, сигурност посла која је произилазила из уговора о раду настала је као резултат технолошког прогреса, масовне производње или је изграђена на темељу друштвеног уговора који је појединац закључивао са друштвом, а који је представљао надградњу уговора о раду.²⁴⁴ Ово последње из разлога што се полазило од поставке да радом појединац доприноси друштву, тако да је друштво појединцу гарантовало сигурност и друге услове неопходне за нормалан живот и развој.

Међутим, сигурност посла се није обезбеђивала свим радницима подједнако, јер су је у пуном обиму уживали мушкарци запослени у већим предузећима или јавном сектору. У периоду који је уследио, послератне правне и регулаторне структуре које су давале примат стандардном уговору о раду биле су укинуте.²⁴⁵ Резултат тога је смањивање броја радника који су били обухваћени стандардним уговором о раду што је последично водило већој несурности посла. „Поред тога, многе владе су усвојиле фискална ограничења или мере штедње којим се радикално смањује њихов капацитет да подстичу добре праксе на тржишту рада односно сузбијају оне лоше“.²⁴⁶ Поједини стручњаци у области радног права доводе у питање констатацију да је стандардни радни однос преовлађивао у послератном периоду.²⁴⁷

²⁴⁰ Осим тога, примедба је упућена и алтернативном предлогу који предвиђа могућност да се уговор о раду на одређено време закључи и на период унапред неодређен што је контрадикција. За коришћење те могућности потребно је да се испуне услови у погледу организационих промена које уводи послодавац уз пружање детаљног објашњења (нпр. лансирање нових производа, наредна фаза истраживачкој пројекат), предвиђено је колективним уговором и покрива најмање 6% запослених у свакој производној јединици послодавца. Michele Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, ADAPT University Press, Modena, 2012, 43-44.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Françoise Dauty, Marie-Laure Morin, „Entre le travail et l’emploi: La polyvalence des contrats à durée déterminée“, 24, https://travail-emploi.gouv.fr/publications/Revue_Travail-et-Emploi/pdf/52_3116.pdf, 4.2.2023.

²⁴³ Mark Freedland, „Burying Ceaser: What was the standard employment contract“, in: *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (ed.) Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, Russell Sage Fondation, New York, 2013, 82.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Roger Blanpain, „Fixed-term employment contracts: the exception?“, *ADAPT Working Paper*, бр. 43, 2017, 4.

²⁴⁶ Markus Sädevirta, *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three eu member states*, Faculty of Law in the University of Helsinki, Helsinki, 2013, 66.

²⁴⁷ *Ibid.*, 88.

Наиме, „ерозија стандардног радног односа” први пут се појавила у научној расправи почетком осамдесетих година прошлог века. Стандардни уговор о раду пратиле су издашне социјалне престације за случај незапосленост или повреда на раду и у вези са радом.²⁴⁸ Понекад су средства за систем социјалне сигурности коришћена за државну штедњу, премда су се оправдање за мање улагање у социјалну сферу налазила и у побољшању националне конкурентности кроз снижавање цене рада.²⁴⁹ Значај закона о раду је умањен било кроз одсуство његове примене у пракси, иницијатива за његову измену на штету радника, те неповољним судским тумачењем његових одредби. У последњих неколико деценија приметно је опадање броја радника са стандардним уговор о раду у низу напредних економија чије се правни системи и системи социјалне сигурности значајно разликују.²⁵⁰ То није случај у свим земљама, те је у том смислу интересантно приметити да тржиште рада Уједињеног Краљевства иако не обезбеђује високу заштиту запосленима, не исказује потребу за закључивањем нестандартних уговора. Тако, већу популарност ужива уговор о раду на неодређено време, што доказују и статистички подаци, па је у 2003. години укупно било 67,5% закључених уговора о раду на неодређено, а свега 1,2% уговора на одређено време што је занемарљива бројка.²⁵¹

4.2. Нестандардни уговори о раду, са посебним освртом на уговор о раду на одређено време

Тежња за флексибилношћу на тржишту рада довела је до све разноврснијих уговорних облика запошљавања, који се могу значајно разликовати од стандардног уговорног модела, у погледу степена сигурности запослења и прихода, као и релативне стабилности услова рада и живота који су нераскидиво повезани за претходним.²⁵² Ово се огледа, најпре, у бројним варијацијама у организацији рада, радном времену, зарадама и величини радне снаге у различитим фазама производног циклуса. Ове промене су створиле потражњу за ширим спектром врста уговора о раду. Поред уговора на одређено време, присутни су и уговори са непуним радним временом, уговори са нултим радним временом, уговори о привременим и повременим пословима итд.²⁵³ Поменути уговори су постали устаљена карактеристика европских тржишта рада, те је удео у укупној запослености оних који су активни у различитим радним аранжманима који се разликују од стандардног модела уговора, порастао са преко 36% у 2001. години на скоро 40% у 2005. години.²⁵⁴ Готово све европске земље, са изузетком Данске, искусиле су повећање удела уговора на одређено време и то 12% у просеку у чланицама Организације за економску сарадњу и развој. Према подацима Евростата за 2010 годину овај удео је посебно висок у Шпанији где достиже 24,9% и у Холандији где је 18,5% уговора о раду закључено на одређено време.²⁵⁵

²⁴⁸ Michele Tiraboschi, „Glancing at the Past: An Agreement for the Markets of XXIst Century“, *International journal of comparative labour law and industrial relations*, Vol. 15, бр. 2, 1999, 106-114.

²⁴⁹ Више вид.: Љубинка Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистраска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007, 23.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ Sandra Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet, Zagreb, 2001, 87.

²⁵² Сања Н. Стојковић Златановић, Ранко П. Сивиљ, „Дужност лојалности и институт (анти)конкуренције“, *Страни правни живот*, бр 3, 2023, 525.

²⁵³ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 339.

²⁵⁴ Patrik Vulkan, *The Microfoundations of Flexicurity: Employees' Well Being and Attitudes to Labour Market Policy in a Swedish and Nordic Welfare State Setting*, University of Gothenburg, Department of sociology and work Science, 2016, 40.

²⁵⁵ *Ibid*; M. Tiraboschi, *Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*, *op. cit.*, 35.

Тежња за флексибилношћу на тржишту рада довела је до све разноврснијих уговорних облика запошљавања, који се могу значајно разликовати од стандардног уговорног модела у погледу степена сигурности запослења и прихода и релативне стабилности повезаних услова рада и живота.²⁵⁶ Ово се огледа у варијацијама у организацији рада, радном времену, зарадама и величини радне снаге у различитим фазама производног циклуса.²⁵⁷ Нестандардни уговори о раду изграђују динамику тржишта, јер пружају већу флексибилност и стварају повољно окружење за мобилност радника, чиме се доприноси иновативној култури, побољшању економског утицаја и ефикасности.

Притом, нестандартни рад је шира категорија од нестандартног уговора о раду која покрива три велике групе различитих облика рада: привремени рад и рад са непуним радним временом, рад код куће и рад на даљину, рад посредством агенција за привремено запошљавање и независни рад.²⁵⁸ Националне статистике у области рада често садрже податке о броју радника који раде са непуним радним временом чиме се ова група радника издваја од других радника такође ангажованих на рад у нестандартним облицима.²⁵⁹ Штавише, запослени са скраћеним радним временом могу радити на неодређено време, с тим да је њихов рад ограничен на одређен број сати недељно.

Неопходно је истаћи да је уговор о раду постао један од стубова послератног економског система. Достојанствене зараде су водиле већој потрошњи, улагањима и уштеди, што је узето скупа омогућило развој националне привреде чинећи је, у неку руку, самодовољном и независном од прекограничне потрошње и иностраних улагања.²⁶⁰ Послератни период обележила је стриктна регулатива форме и садржине уговора о раду која је умногоме допринела ограничењу власти послодавца у коришћењу нестандартних уговорних аранжмана. Примера ради, Јапан је дуго забрањивао пословање агенција за привремено запошљавање поред тога што је начелно забрањивао коришћење уговора о раду на одређено време, уз одређене изузетке.²⁶¹ Међутим, бројне реформе у области рада, које су уследиле, укинуле су ограничења која су постајала, у погледу запошљавања радника преко агенција за привремено запошљавање, што је довело до тога да се број тих агенција удвостручи за период мањи од шест година. Такође, ригидности су биле отклоњене и у погледу коришћења нестандартних уговора о раду.²⁶²

Поменута дешавања водила су деградацији положаја радника имајућу у виду опадање реалних зарада, редукцију у системима социјалне сигурности и смањење капацитета за

²⁵⁶ Бранко А. Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, 209.

²⁵⁷ Релативно нов тип радног аранжмана је флексибилна расподела радног времена (енг. *flexitime*) који је уведен са циљем да се у оквиру од 40 сати недељно боље искористи радно време запослених како би се боље задовољиле њихове личне потребе. У Румунији, у зависности од врсте компаније и карактеристика посла који се обавља, запослени може изабрати неједнаку расподела радног времена, под условом да се не прекорачи обим од 40 сати недељно. Флексибилни програм рада представља поделу дужине радног дана на два периода: фиксни период током којег су запослени на својим радним местима, и променљиви/ мобилни период, у коме запослени бирају време доласка и одласка, под условом да се доследно поштује укупна дужина трајања радног времена. Неједнак распоред рада важи само ако је то изричито наведено у индивидуалном уговору о раду, а може се и касније утврдити његовим изменама на споразумној основи. P. Vulkan, *The Microfoundations of Flexicurity: Employees' Well Being and Attitudes to Labour Market Policy in a Swedish and Nordic Welfare State Setting*, University of Gothenburg, Department of sociology and work Science, Gothenburg, 2016, 35 et seq.

²⁵⁸ Тијана Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у немачком праву“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2022, 286; О променама у организацији рада више вид.: Laura Carolina Márquez Gómez, María Alejandra Revelo Castiblanco, „Globalización económica y transformaciones laborales: el papel de las normas internacionales de trabajo“, *Revista Universitas Estudiantes*, бр. 10, 2013, 63.

²⁵⁹ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 339-356.

²⁶⁰ Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, New York 2012, .

²⁶¹ Takashi Araki, „The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan“ у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 3.

²⁶² *Ibid.*

заштиту властитих интереса кроз индустријску акцију.²⁶³ Томе додатно сведочи драстичан пад удела зарада у укупном друштвеном дохотку држава чланица Организације за економску сарадњу и развој основане са циљем реконструкције европског простора ради нормализовања светске привреде. Овакво стање резултирало је јасним смањењем квалитета послова и квалитета живота радника, који више нису били у стању да својим оскудним зарадама подмирују трошкове свакодневног живота и тражили су додатне приходе коришћењем рада на црно. Средином 1990-их, међународне институције почеле су да размишљају о овим несигурним пословима, и уопштеније о квалитету послова и начину на који су ефективно омогућиле радницима да воде живот у складу са људским достојанством.

Веза са предузећем се мери темпоралним, просторним и административним критеријумима. Код рада по основу уговора о раду на одређено време веза са предузећем је временски ограничена на дужину трајања самог уговора.²⁶⁴ Ограничена физичка или просторна везаност постоји када се рад обавља на даљину или код куће, као што се и степен административне везаности са предузећем редукује код запослених уступљених од стране агенције или у случају рада независних извођача. Радници са ограниченом административном везом са послодавцем су они који су под управљачком контролом пословног ентитета различитог од послодавца или нису под контролом већ су прилично самостални у раду. Дакле, прва ситуација је она у којој су радници под контролом једног субјекта, иако рад суштински не обављају за њега. Исто тако се уочава да је контрола над радом лица мања ако су она макар и делом независна у шематској организацији начина извршења додељених задатака.²⁶⁵

Једна од најутицајнијих дефиниција нестандартних радника дали су Фефер (Pfeffer) и Барон (Baron) који су нестандартне раднике категорисали у три широке групе: они који имају ограничену привремену везу са организацијама, као што су привремени радници и радници са непуним радним временом, они са ограниченом физичком везаношћу за организацију, као што су радници на даљину или они који раде код куће, и они са ограниченом административном везаношћу за организација попут оних који су запослени преко посредника у раду или су независни извођачи.²⁶⁶ Рад ван пословних просторија послодавца подразумева како континуирано, тако и наизменично обављање рада на традиционалан начин и (к)од куће. Отуда у основи има места закључку да се рад који се обавља само један дан у недељи (к)од куће сматра нестандартним радом. Категорија нестандартног односно атипичног рада је поприлично широка, због чега ћемо се осврнути само на уговор о раду на одређено време.

У радном законодавству у региону највише пажње се поклања релевантним аранжманима везаним за запошљавање на одређено време, које је у социјалистичком периоду важило за изузетан облик запошљавања, условљен природом посла или другим објективним разлозима. Последњих година, рад на одређено време се повећава не само у земљама Европске уније, већ и у другим земљама Европе и Централне Азије. Уговори на одређено време су у великој мери концентрисани међу младим људима (у ЕУ близу 40 процената за младе између 15 и 24 године), незапосленима и осталим учесницима на тржишту рада са слабијом преговарачком моћи.²⁶⁷ Због недостатка информација о стварној продуктивности кандидата за запослење, послодавци у поступку заснивања радног односа нуде уговор о раду на одређено

²⁶³ Vicky Schulz, „Life’s work“, *Colombia Law Review*, Vol. 100, 1881; Paul L. Davies, Mark Freedland, „Employees, workers and the autonomy of labour law“. In: Hugh Collins, Paul L. Davies, Roger Rideout, (eds.) *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International, London, 2000, 281.

²⁶⁴ Judy Fudge, „Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation“, *Osgoode Hall Law Journal*, бр. 44, 2006, 23.

²⁶⁵ Katherine V.W. Stone, „The new psychological contract: implications of the changing workplace for labor and employment law“, *Ucla Law Review*, Vol. 48, бр. 1, 2001, 1.

²⁶⁶ Elizabeth George, Prithviraj Chattopadhyay, *Non-standard work and workers: Organizational implications*, Conditions of Work and Employment Series No. 61, Hong Kong University of Science and Technology, International Labour Office, Geneva, 2015, 3.

²⁶⁷ Guy Davidov „The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection“, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, 2002, 401.

време и нижу зараду уз могућност потписивања уговора о раду на неодређено време, након стицања одговарајућег радног искуства.²⁶⁸ За разлику од привременог рада, рад на одређено време се види као прелазна фаза у заснивању стандардног радног односа.

Уговор о раду на одређено време је уговор закључен између послодавца и радника где је престанак уговора о раду одређен објективним условима као што је извршење конкретног задатка или настанак одређеног догађаја. Поређења ради, удео радника на одређено време износи 27% у Пољској, а 1% у Румунији, што се делимично може објаснити ограничењима у радном законодавству.²⁶⁹ Тако, у Румунији су уговори на одређено време забрањени за сталне послове и максимално трајање им је ограничено на 24 месеца, док, с друге стране, у Пољској нема ограничења за коришћење и максимално трајање уговора на одређено време.²⁷⁰ Рад на одређено време доприноси да тржишта рада буду флексибилнија, јер се на тај начин контролишу цикличне флукуације потражње за радном снагом, што оставља простор компанијама да прилагоде нивое запослености. Такође је важно нагласити да радници на одређено време у радном односу не би требало да буду третирани неповољније од упоредивих радника на неодређено време осим ако је другачији третман оправдан објективним разлозима који произилазе из закона или колективног уговора.²⁷¹ Европски савет наводи да оквирни споразум о раду на одређено време дозвољава да запослени на одређено време буду стављени у неповољнији положај у поређењу са стално запосленима по објективним основама без даљег прецизирања тих основа уз инсистирање да таква дискриминација мора бити ограничена на апсолутни минимум.²⁷² Да би се спречиле злоупотребе које произилазе из коришћења узастопних уговора о раду или односа на одређено време, Директива Савета ЕУ 1999/70/ЕУ о оквирном споразуму о раду на одређено време предлаже да се у националном законодавству наводе једна или више од следећих мера: 1) објективне разлоге који оправдавају обнављање таквих уговора или односа; 2) максимално укупно трајање узастопних уговора о раду или односа на одређено време и 3) број обнова таквих уговора.²⁷³

У праву Италије се уговор на одређено време може закључити на период од 36 месеци уз максимално осам продужења. Једино ограничење је да уговор о раду на одређено време не може имати више од 20% запослених од укупног броја запослених код послодавца.²⁷⁴ Уговори на одређено време се могу закључити и без неког посебног објективног разлога који оправдава уговор на одређено време, али се у тим случајевима уговор може продужити само три пута у периоду од две године. У Француској, уговор на одређено време има изузетан карактер и подлеже објективним и прецизним условима прописаним Законом о раду, као што су замена одсутног радника, привремено повећање активности компаније или рад који је привремен по природи, као што су сезонски послови.²⁷⁵ Фински Закон о уговорима о запошљавању од 2001. у општем смислу предвиђа да сваки уговор на одређено време мора бити заснован на

²⁶⁸ Тијана Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у упоредном и домаћем праву“, у: Јована Рајић Ћалић (ур.), *Упоредноправни изазови у савременом праву - in memoriam др Стефан Андоновић*, Институт за упорено право, Правни факултет у Крагујевцу, 284.

²⁶⁹ Милица Ковач Орландић, „Флексибилизација радног права – изазови и границе“, *Studia iuridica Montenegrina*, бр. 1, 2019, 91.

²⁷⁰ European Foundation of The Improvement of Living and Working Conditions, *Forth European Living and Working Survey*, 2007, 8. За преглед упоредноправних решења вид.: Elizabeth George, Prithviraj Chattopadhyay, *Non standard work and workers: Organizational implications*, op. cit., 4-5.

²⁷¹ Једнак третман треба да важи у различитим областима: здравље и безбедност, накнаде, трајање и организација радног времена, плаћено одсуство и државни празници, стручна обука, социјална давања или информације о слободним радним местима и накнадама.

²⁷² Вид.: Direktiva 99/70/EZ Okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/LSU/?uri=celex:31999L0070>

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Tiziano Treu, *Labour law in Italy*, fourth edition, Kluwer Law International, The Netherlands, 2014, 145.

²⁷⁵ Pascal Lokiec, „Fixed-term contracts in France“ у: Roger Blanpain (ed.), *Regulation of fixed-term employment contracts: A comparative overview*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2010, 72.

објективним (оправданим) разлозима.²⁷⁶ У Данској се правила о уговорима на одређено време углавном налазе у колективним уговорима и кршење ових правила рађа право да се захтева накнада штете.²⁷⁷ Немачко законодавство даје неисцрпну листу објективних разлога који оправдавају уговоре на одређено време, међу којима, и ситуације када је рад оперативно потребан на лимитиран период, када запослени замењује другог запосленог, када посебна природа посла оправдава ограничење трајања, када је ограничење оправдано разлозима везаним за личност запосленог, када је запослени плаћен из буџетских средстава издвојених за рад на одређено време итд.²⁷⁸ Што се трајања тиче у упоредном праву уговори на одређено време варирају (са изузецима у неким земљама) од једне године у Шпанији, 18 месеци у Француској, две године у Грчкој, Луксембургу, а три године у Шведској, Холандији и Португалу. С друге стране, у Аустрији, Белгији, Данској, Ирској и Италији нема ограничења трајања.²⁷⁹

У земљама англосаксонског правног круга не постоје ограничења у погледу коришћења уговора о раду на одређено време или обавеза обавештења треће стране, државне агенције или синдиката, о намери отпуштања већег броја запослених. Особено решење познаје право Замбије које предвиђа код уговора о раду на одређено време који су закључени на период не дужи од месец дана конверзију у исти уговор исте дужине трајања.²⁸⁰ Још од 1991. године перуански законодавац подстиче нестандартне уговоре о раду предвиђајући могућност да се уговори о раду на одређено време закључе чак и на период од пет година, уз ограничење да послодавци морају бити „економски условљени“ за њихово коришћење.²⁸¹ Упркос реформама усмереним ка релаксацији крутог радноправног режима који је, наводно, отежао отварање нових радних места, учинио отпуштања тежим и скупљим за послодавце, проблем незапослености није решен. Напротив, раширена употреба уговора о раду на одређено време обесхрабљује послодавце на улагање у обуку запослених што може негативно утицати и на сам развој предузећа будући да води стагнацији његових техничких капацитета.²⁸²

У Уједињеном Краљевству такође не постоји ограничење у погледу максималног броја уговора о раду који се могу закључити, али запослени који су имали узастопне уговоре на одређено време у периоду од четири или више година мењају свој статус односно долази до конверзије уговора, осим ако послодавац не може објективно оправдати наставак коришћења уговора о раду на одређено време.²⁸³ С друге стране, у Финској не постоји одређено максимално трајање уговора о раду на одређено време, али након пет година уговор о раду на одређено време подлеже истим условима који важе за раскид уговора на неодређено време.²⁸⁴ Обнављање уговора на одређено време је ограничено чак и у земљама са најфлексибилнијим прихваћеним решењима, те тако у Белгији максимални рок трајања уговора на одређено време није ограничен али се не може обновити без оправдања које је засновано на природи функција или постојању других легитимних разлога. У Данској је обнављање дозвољено само из објективних разлога, док у Шпанији уопште није дозвољено продужење уговора о раду на одређено време чије је трајање истекло.²⁸⁵ У многим земљама флексибилни режим применљив

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 86.

²⁷⁸ *Ibid.*, 87.

²⁷⁹ Markus Sädevirta, *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three Eu member states*, op. cit., 18

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Mark Freedland, *The Contract of Employment and the Paradoxes of Precarity*, Legal Research Paper Series Paper No 37/2016 June 2016, University of Oxford, 5.

²⁸² Т. Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у упоредном и домаћем праву“, op. cit., 286.

²⁸³ Aristea Koukiadaki, „The Regulation of Fixed-term Work in Britain“, у: Hiroya Nakakubo, Takashi Araki (eds.), *Labour Policy on Fixed-Term Employment Contracts*, Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2010, 24.

²⁸⁴ Markus Sädevirta, *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three Eu member states*, op. cit., 172-201.

²⁸⁵ Sandrine Cazes, Alena Nesporova, „Labour markets in transition: balancing flexibility and security in Central and Eastern Europe“, *Revue de l'OFCE*, Vol. 5, бр. 91, 2004, 28.

на уговоре на одређено време има потенцијал да буде злоупотребљен, иако би они у ствари могли да постану делотворно средство за отварање нових радних места.

Ваља поменути оригинално решење немачког права које предвиђа да је уговор о раду на одређено време без чињеничног разлога неважећи, као и када је запослени у истом предузећу већ био запослен пре 30 и више година, када се у истом предузећу не може поново запослити на одређено време што је изузетно повољно решење за запослене.²⁸⁶ Притом, злоупотребе постаје само ако је укупно трајање радног односа на одређено време посебно дуго или ако се продужења одобравају нарочито често. С тим у вези, прихваћена је фикција да је радни однос продужен на неодређено време, ако се радни однос наставио уз знање послодавца, након истека времена на који је заснован или након постизања циља, а послодавац није уложио приговор без одлагања или није обавестио запосленог о постизању циља.²⁸⁷

Заснивање радног односа уговором о раду на одређено време ваљано је ако за временско ограничење уговора постоје оправдани разлози. Супротно, ако је уговор закључен противно законским нормама, наступају одређене правне последице које се огледају у конверзији уговора о раду на одређено време у уговор о раду на неодређено време. У делу теорије се заступа став да је законска претпоставка необорива и да послодавац не може доказивати супротно чиме се остварује начело *in favorem laboris*.²⁸⁸ У одсуству детаљније регулативе могуће је користити и контра аргументе, те се у судском поступку мора доказивати незаконитост уговора о раду на одређено време и постојање уговора о раду на неодређено време.²⁸⁹

У делу немачке литературе се заступа гледиште да уговор о раду на одређено време може користити послодавцима и запосленима подједнако, тако да се допуштеност временског ограничења уговора о раду схвата као уживање права на рад посматрано из угла запосленог, односно уживање слободе предузетништва, посматрано из угла послодавца.²⁹⁰ Осим тога, оправдање за увођење рокова у уговоре о раду има свој основ у принципу правичности, а може произићи и из телеолошког тумачења елемената уговора о раду. Према томе, уговорна флексибилност се види као полуга борбе против незапослености од које корист имају не само запослени и послодавци, него и привреда у целини.²⁹¹ Поред тога, уговори о раду са ограниченим роком важења помажу послодавцима да се лакше прилагоде променљивом економском окружењу с тим да се овај механизам користи само у одсуству других начина прилагођавања који су јефтинији и/или ефикаснији.

Додатно, уговори о раду на одређено време пружају могућност послодавцима да врше унапређену селекцију кадрова, јер им се оставља простор да након интегрисања запосленог у радну средину провере његове радне способности.²⁹² Наравно, реч је о својеврсној *ex post* селекцији кадрова, која се врши након закључивања уговора о раду и ступања запосленог на рад. Ово је веома значајно у ситуацијама када послодавац утврђује дозвољене посебне услове за заснивање радног односа својим једностраним општим актом. Насупрот томе, поједини аутори су видели преимућство у промени политике тржишта рада која се не огледа у временском ограничавању трајања уговора о раду на одређено време, већ у релаксацији редовне заштите од отказа, што је далеко радикалнији приступ.²⁹³ С друге стране, уговор о раду на одређено време који је закључен на период краћи од три године, може бити продужен

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 100-101.

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Саша Синђелић, „Особености радног односа на одређено време“, *Бранич*, бр. 1, 2020, 106-108.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ John Duddington, *Employment Law*, second edition, Pearson Education, 2007, London, 120.

²⁹² Andrijana Bilić, „Transformacija radnopravnog odnosa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, бр. 2, 2011, 772.

²⁹³ *Ibid.*

највише три пута тако да укупно трајање тог уговора не прелази двогодишњи рок.²⁹⁴ С тим у вези, судска пракса поставља строге захтеве за продужење у смислу да до обнављања уговора о раду долази за време његовог важења који је прецизно дефинисан, при чему се осим рока важења, остали услови уговора не мењају.²⁹⁵ У том смислу, уговорнице могу сагласношћу воља да измене битне елементе уговора о раду, пре или након продужења.

Интересантно је приметити да у уговор о раду на одређено време у аустријском праву није временски ограничен, али је детерминанта те врсте уговора о раду чињеница да је престанак уговора објективно одредив и предвидив. Ако је радни однос закључен доживотно (*Arbeitsverhältniss auf Lebenszeit*) или на период дужи од пет година, запослени може да иницира његов престанак након пет година, уз поштовање отказног рока.²⁹⁶

У контексту уговора о раду на одређено време, ваља поменути да се анекс увек везује за уговор чије је саставни део, што значи да се трајање анекса ограничава на трајање уговора о раду. Да се подсетимо, измена елемената уговора о раду је могућа само ако не угрожава минимум права, која су предвиђена општим актима који регулишу однос између запосленог и послодавца (закон, колективни уговор, општи акт послодавца), па се и евентуалне измене морају кретати у граница постављеним тим актима. С тим у вези, истиче се да као и уговор о раду, тако и анекс може бити закључен на одређено и неодређено време, уз навођење да ако је измена уговорених услова рада резултат потребе процеса рада која је временски одређена, онда ће се и анекс уговора о раду закључивати до истека тог периода.²⁹⁷ У осталим случајевима, анекс као саставни део уговора закључује се на неодређено време, те у том смислу анекс у целости прати уговор. Дакле, анекс важи све док важи и уговор, што значи да је трајност анекса у случају уговора о раду на одређено време лимитирана. Другим речима, ако је уговора о раду закључен на одређено време, на пример, неколико месеци или година, онда анекс важи до престанка важења уговора, осим ако није другачије утврђено.²⁹⁸

Ваља напоменути да црногорски законодавац предвиђа да се анекс уговора о раду закључује када се уговор о раду на одређено време продужава у периоду до максималних 36 месеци. Дакле, у овом случају нема обавезе закључења новог уговора, већ се ранији уговор продужава анексом. Наиме, у егземплифкативну листу разлога који оправдавају измену уговора о раду наводи се и овај разлог који је непознат српском праву, али не и забрањен будући да се у уговору о раду и колективном уговору може изричито навести.²⁹⁹

Свакако да је уговор о раду на неодређено време принцип, али је тешко рећи да је уговор о раду на одређено време изузетак. Ово из разлога што послодавци исказују потребу за закључењем уговора о раду на одређено време и у случајевима који нису објективно оправдани, како би олакшали своју позицију и лакше прилагодили пословање тржишним захтевима. Дакле, уговора о раду на одређено време дугује своју популарност послодавцима који прибегавају том уговору као средству за заобилажење заштитних норми. Послодавци одмеравају финансијске предности флексибилности и конкретне потребе предузећа за сталном радном снагом. Циљ запосленог је проналазак сигурног посла који има перспективу да траје читав радни век, док послодавац настоји да минимизује трошкове производње и ангажовања радне снаге.

²⁹⁴ Т. Ковачевић, „Уговор о раду на одређено време у упоредном и домаћем праву“, *op. cit.*, 293-296; Barnd Wass „Labour Policy and Fixed-Term Employment Contracts in Germany“, у: Hiroya Nakakubo, Takashi Araki (eds.), *Labour Policy on Fixed-Term Employment Contracts*, Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2010, 29-37.

²⁹⁵ Dries van Gasse, Dimitri Mortelmans, „Contrats de travail flexibles: du concept general a la taxinomie“, *Revue belge de securite sociale*, бр. 2, 2016, 232; M. Sädevirta, A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three eu member states, *op. cit.*, 284.

²⁹⁶ Wolfgang Däubler, *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis and Studium*, 10 überarbeitete Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2014, 285.

²⁹⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, *op. cit.*, 100-101.

²⁹⁸ Борислав Радић, Јована Борјан Лазута, „Анекс уговора о раду у правном систему Републике Српске“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 2, 2022, 235.

²⁹⁹ Закон о раду Црне Горе, *Сл. лист Црне Горе*, бр. 74/2019 и 8/2021, чл. 47 ст. 1 тач. 5.

У швајцарском правном систему, трајање уговора је одређено споразумом страна, објективно одредивим догађајем или произлази из сврхе посла који треба да се обави.³⁰⁰ Послодавац и запослени имају слободу да закључе уговор на одређено време у складу са својим интересима без ограничења, уз изузетак забране преваре. У недостатку посебних одредби, остаје отворено питање да ли се уговор о раду на одређено време може мењати на исти начин као и уговор на неодређено време, те да ли уговорнице могу смањити дужину трајања уговора. Једино конституисано правило је да се запослени не може одрећи својих потраживања или права до истека уговореног рока трајања уговора нити може прихватити измену уговора која би га лишила потраживања или права.³⁰¹

У домаћем праву правила о изменама уговора о раду се могу применити и на уговор на одређено време, с тим да ће то у пракси ређе бити случај. Дакле, начелна могућност постоји, али се она ређе среће у правном животу, због саме природе и карактера тог уговора који је временски ограничен.

4.3. Нови концепт јединственог уговора о раду

Криза на глобалним финансијским тржиштима која се убрзала крајем 2008. године, довела је до рецесије која се негативно одразила на функционисање тржиште рада, али и на ширу економију.³⁰² У извештају *Employment in Europe 2010* се наводи да су мере усмерене ка подстицању нестандартних уговора о раду како би се унапредила запосленост непродуктивне и да је потребно пронаћи алтернативна решења која ће довести до стварања стабилнијих радних места.³⁰³ Једна од понуђених мера је фискални подстицај за послодавце да запошљавају раднике на неодређено време, поред новог модела јединственог уговора о раду.³⁰⁴ Реформе тржишта рада које је предложила Европска комисија имале би за циљ смањење законске заштите запослења, тј. њено степенасто остваривање у зависности од дужине радног стажа запосленог што би имало за последицу отварање нових радних места. Учињени предлози би требало да подстакну стварање нових облика уговора о раду који ће допринети смањењу сегментације,³⁰⁵ те створити уједначеније тржиште рада засновано на принципу флексибилне сигурности.³⁰⁶

Сегментирано тржиште рада означава структуру тржишта у којој већи део радника остаје на маргинама производног систем, а са ниским нивоом социјалне сигурности и

³⁰⁰ Franz Marhold, Michael Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Springer, Wien, NewYork, 2012, 33.

³⁰¹ *Ibid.*, 311.

³⁰² Astrid Sanders, „Fairness in the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 46, бр. 4, 2017, 510.

³⁰³ Nicolas Lepage-Saucier, Juliette Schleich, Étienne Wasmer, „Le contrat de travail unique: quid pro quo ou simple qui pro quo?“, *Regards croisés sur l'économie*, бр. 13, 266.

³⁰⁴ Идеја о стварању јединственог система заштите радног односа и јединственог уговор о раду потекла је од неколико француских економиста. Њен заговорник је, између осталих, и Жан Тилор (Jean Tirole) који је добитник Нобелове награде за економске науке. Juan J. Dolado, Etienne Lalé, Nawid Siassi, Moving towards a Single Labour Contract: Transition vs. Steady State, доступно на: <https://www.qmul.ac.uk/sef/media/econ/images/documents/DoladoLaleSiassiV4.pdf>, 25.12.2023.

³⁰⁵ Не постоји једногласност у погледу тога да ли јединствени уговор о раду треба да буде замена за постојеће уговоре о раду имајући у виду њихову бројност или, пак, додатна опција за послодавце при регрутовању нових запослених.

³⁰⁶ Француска влада је у својим званичним документима истакла потребу за модификацијом уговора о раду на неодређено време кроз стварање јединственог уговора о раду, као подлоге за дугорочно запослење кроз градацијско повећавање радних права запослених који су закључили јединствени уговор о раду. Ово из разлога што се проблем дуализма тржишта рада везује за појаву нових форми рада и одсуство реформи радног законодавства у делу који тиче уговора о раду на неодређено време. N. Lepage-Saucier, J. Schleich, É. Wasmer, „Le contrat de travail unique: quid pro quo ou simple qui pro quo?“, *op. cit.*, 270

смањеним изгледима за одржавање запослења.³⁰⁷ Такво тржиште је исцепкано на централни и маргинални простор у којом уместо унитарне радне снаге постоји подела радника на оне који чине „језгро“ радне снаге, те уживају висок степен заштите и „периферне“ раднике који су суочени са бројним ризицима. Дуалност тржишта рада одражава очигледне неједнакости које повлаче бројне друштвене и економске последице. Ова неједнакост статуса може бити посредно извор других неједнакости, као што је ограничен приступ банкарским кредитима. Наиме, банке, готово увек, за одобравање кредита захтевају испуњавање одређених услова од стране корисника кредита, међу којима је и постојање стандардног радног односа. Осим тога, послодавци улажу у обуку запослених чије стицање вештина има повратан ефекат на њихово пословање, чиме се приступ обуци ограничава када је реч о запосленима на одређено време.³⁰⁸

Према схватању изложеном од стране појединих стручњака, претежно економиста, подела уговора о раду на одређено и неодређено време је довела до великих разлика у степену законске заштите стварајући раднике прве и друге класе, што се највише одразило на положај лица која се по први пут укључују на тржиште рада. Заиста, највећи број младих немају могућности да буду радноактивни на трајн(иј)ој основи, јер им се, по правилу, нуде временски лимитирани уговори о раду.³⁰⁹ Наравно, уговор о раду на одређено време може представљати добар начин да се стекне професионално искуство и обогати радна биографија, а може бити и корисно средство у борби против незапослености, те омогућити лакши улазак на тржиште рада.³¹⁰ Међутим, проблем настаје што се могућности преласка са уговора о раду на одређено време на уговор о раду на неодређено време драстично смањују у периоду кризе, због чега су изгледи за останак на тржишту рада и професионални напредак знатно умањени.³¹¹ С друге стране, уговори о раду на одређено време постају све чешћа појава, нарочито у земљама које су примениле флексибилнији приступ у уређивању овог уговора.³¹² То се објашњава чињеницом да је радно законодавство „ригидно“ у погледу отпуштања запослених са стандардним уговором о раду, што је довело до учесталијег коришћења атипичних уговорних аранжмана у којима посебна заштита од отказа изостаје. Другим речима, радно право кроз своју заштитну функцију отежава ефикасно функционисање тржишта рада.³¹³ Међутим,

³⁰⁷ У Шпанији је 2009. године грађевински сектор изгубио једну четвртину или 23% своје радне снаге, с тим да су зараде порасле за 3,9% у корист оних који су успели да задрже посао. Sandra Laleta, „Jedinstveni ugovor o radu“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1, 2013, 142.

³⁰⁸ Јединствени модел уговора о раду који предвиђа исти или универзални третман свих запослених, настао је у Енглеску током 1940-их. Nathalie Mihman, „Le contrat unique : une bonne idée?“, *IUSLabor*, бр. 2, 2007, 2; Pierre Cahuc, „For a unified contract“, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, бр. 3, 2012, 193.

³⁰⁹ То потврђује чињеница да се у појединим државама Европске уније готово искључује могућност да се младима старости од 15-18. година понуди стандардни уговор о раду. Број уговора на одређено време са старешћу опада, с тим да се статистичке вредности знатно не мењају, јер укупан број радника млађег узраста прелази половину од укупног броја радника запослених на одређено време, што значи да су млади несразмерно заступљени међу радницима са уговором о раду на одређено време. Корелација између година старости и вероватноће преласка са уговора о раду на одређено време на уговор о раду на неодређено време постоји и код старијих радника који се, такође, теже интегришу у тржиште рада. S. Laleta, „Jedinstveni ugovor o radu“, *op. cit.*, 144.

³¹⁰ Међутим, ако би јединствен уговор о раду био резервисан само за новозапослене с разлогом се примећује да би уставно начело равноправности било повређено. Осим тога, недостатак одговарајуће заштите од отпуштања може угрозити делотворно остваривање права на рад чији су битни елементи стабилност запослења и заштита од престанка радног односа. S. Laleta, „Jedinstveni ugovor o radu“, *op. cit.*, 144.

³¹¹ Шансе да се након једногодишњег рада на одређено време заснује стандардни радни однос су изразито мале чак и у земљама које имају ригиднији став према уговорима о раду на одређено време. Pierre Cahuc, „For a unified contract“, *op. cit.*, 193.

³¹² Шпанија је проширила домен примене уговора о раду на одређено време са сезонских послова на све врсте послова што је довело до наглог пораста броја уговора о раду на одређено време. Негативне последице наведене појаве се огледају и на широм плану с обзиром на то да је нестабилност послова утицала на друштвену интеграцију и довела до одлагања склапања бракова и стварања потомства. Pierre Cahuc, „For a unified contract“, *op. cit.*, 193-196.

³¹³ Уместо законске регулативе нуди се слободно тржиште у којем се слабији учесници уместо гарантованих минималних права штите другим механизмима као што су делотворније информисање, континуиране обуке, професионална и географска мобилност, те дугорочне престације за случај незапослености. Pierre Cahuc, „For a unified contract“, *op. cit.*, 194.

истакнути аргументи немају одговарајућу емпиријску потврду, будући да су поједине студије показале управо супротно да је висок ниво заштите од отказа у потпуности компатибилан са високим растом запослености односно да теже отпуштање запослених не значи и „закључавање“ радних места. Пример за то су скандинавске земље у којима су издашни социјални програми и заштита од отказа суплементи растуће стопе запослености. Отуда нови модел јединственог уговора о раду није без критика, премда су разлози оспоравања ове врсте уговора о раду различити.

Прво, накнада коју запослени може остварити у случају отказа јединственог уговора о раду може бити нижа од износа који би запослени добили на име усвојеног одштетног захтева због незаконитог отказа, док би у појединим околностима они били нижи и од износа отпремнине који би запослени остварили према националном праву. Друго, начело сигурности посла може бити озбиљно нарушено, јер би са закључивањем јединственог уговора о раду запосленом било онемогућило да у одређеном периоду оспорава законитост отказа пред судом.³¹⁴ У овом моделу заштите запослених који има монетарну основу (порез на отпремнине, посебне субвенције за незапослене итд.) заштита од отказа се замењује системима подстицаја на основу обрачуна процењених трошкова раскида уговора, уместо административне или судске контроле законитости отказа, што може довести до неоснованог престанка радног односа који се правно допушта и толерише. Дакле, трошкови раскида уговора о раду зависили би од радног стажа запосленог, што би на конкретном примеру изгледало овако: ако се уговор раскида након радног стажа од шест месеци исплаћује се новчана накнада у висини једне месечне зараде, док би након три године рада послодавац дуговао запосленом накнаду која је једнака висини шестомесечне зараде. Дакле, што дуже запослени ради код послодавца то су већи трошкови отпуштања који поред накнаде запосленима повлаче и посебну врсту пореза јавним властима (тзв. допринос солидарности) који служи за финансирање престација за случај незапослености.³¹⁵

Притом, јединствени уговор о раду пролази кроз неколико фаза, у којима се грађањски повећава обим права запослених. Иницијална фаза се означава као „пробни период“ или „период консолидације“ у којем се запосленима гарантује минимум права, при чему уговор може бити отказан из било ког разлога.³¹⁶ Друга фаза се означава стабилном јер се запосленима гарантује исти обим права који уживају запослени са стандардним уговором о раду. Управо одсуство оправданих разлога за отказ у иницијалној фази је довело до тога да се овој уговор окарактерише као синоним за уговор о раду „по вољи“ англосаксонског права, који може престати у било које доба, из било ког разлога, па чак и без разлога. Тиме би се нарушио општи принцип да сваки престанак радног односа треба да буде оправдан, уз урушавања права радника да се у случају неоправданог отказа обратe непристрасном телу за заштиту. То, даље, значи да би усвајање идеје о јединственом уговору о раду нарушило достигнуте европске стандарде у овој области. Конкретно, усвајање овог предлога би значило истовремено повлачење појединих земаља из Конвенције МОР бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца која захтева ваљан разлог за отпуштање запослених који утврђује суд

³¹⁴ Најбољи показатељ је италијанско право у којем би се ограничила судска заштита у периоду од три године од закључења јединственог уговора о раду, изузев става који је изнео Ичино који се залаже за искључивање могућности оспоравања законитости отказа због пословних разлога током читавог трајања јединственог уговора о раду, што је аналогно идеји изложеној у шпанском „Манифесту 100 економиста“. Премда се ово не односи на дискриминаторне и дисциплинске отказне разлоге, сузбијање судске контроле над отказима свакако води повреди права радника на делотворну судску заштиту од неоправданог отказа. Angelo Zambelli, *Labour Law and Employment Compliance in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2022, 35.

³¹⁵ Ово решење је испиристано тиме што се у појединим правним система фокус ставља на запослене са стандардним уговором о раду, док се, с друге стране, довољна заштита не нуди лицима која траже посао.

³¹⁶ На овом месту ваља поменути да је дужина иницијалне фазе од две године оцењена од стране француског Касационог суда као неразумна. Pascal Lokiec, „The framework of France labour law and recent trends in regulation“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.), *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of labour law and the notion employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 75.

у сваком конкретном случају.³¹⁷ Поред тога, спорно је да ли је јединствени уговор о раду у складу са чл. 30 Повеље Европске уније о основним људским правима која пружа правне гаранције у случају неоправданог отпуштања.

Притом, уочава се да јединствени уговор о раду, сам по себи, не може решити проблем дуализма тржишта рада, нити злоупотребе везане за неоправдано коришћење уговора о раду на одређено време, због чега се предлажу и пратеће мере, попут јачања социјалној дијалога и утврђивања минималних радних права. Ипак, осим ове варијанте јединственог уговора о раду, постоји и друга верзија која се своди на укидање уговора о раду на одређено време и његове замене јединственим уговором о раду, чиме би се избрисале разлике између уговора о раду на одређено време и уговора о раду на неодређено време. С тим у вези, сличност између уговора о раду на неодређено време и јединственог уговора о раду се огледа у томе што ни код јединственог уговора о раду не постоји *ex ante* утврђен рок важења.³¹⁸ Отуда следи да јединствени уговор о раду има специфични циљ да својим прогресивним трајањем доведе до уговора о раду на неодређено време у смислу нивоа заштите који се запосленима нуди.

³¹⁷ Ову међународну конвенцију од развијених земаља нису ратификовале Немачка и Сједињене Америчке Државе, што поједини аутори користе као аргумент у прилог усвајања јединственог уговора о раду. Критике на рачун јединственог уговора о раду су бројније, особито ако се узме негативан став Европске комисије по том питању. S. Laleta, „Jedinstveni ugovor o radu“, *op. cit.*, 151-154.

³¹⁸ *Ibid.*, 155-167.

ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О РАДУ КРОЗ ИСТОРИЈСКО-РАЗВОЈНУ ПРИЗМУ

1. Основне концепције радног односа и уговора о раду

1.1. Уговорна концепција радног односа

Корени данашњег уговора о раду могу се наћи у римској концепцији радног односа под називом *locatio conductio operarum*, која је терминолошки и садржински означавала сложене односе у оквиру организованог рада. Многи правни писци у овом институту проналазе прве обресе широко прихваћеног посебног уговора радног права - уговора о раду, који представља стожер за који се везују бројна права и обавезе његових суконтрахената.³¹⁹ Мада је улога овог уговора била минорна у римском друштву, он је с друге стране, у римском правном систему представљао једну заокружену целину, јер су римски правници сваком друштвено-правном феномену давали одређену форму и облик. Воља појединца била је, наиме, апсолутно суверена и у ствари представљала је извор права и обавеза, те интервенција трећих лица у односе настале уговором није била могућа.

У Римском царству, притом, уговор о најму рада закључивао је најугроженији слој становништва који је пристајао на све не би ли дошао до зараде, те није искључено да се послодавац врло често користио принудом да га примора на неку врсту рада која није била уговорена, као и да избегне да му исплати накнаду.³²⁰ Када је реч о регулативи уговора о најму рада у римском праву праву запажамо да се уговор узимао као основ за најам људских радњи и ту се врши одвајање *in abstracto* ових радњи од самог човека који их врши. Како су субјекти права сматрани једнаким, а пошто се уговор закључује са слободним човеком, његове радње морају *in abstracto* да се одвоје од њега, пошто само оне могу да буду предмет то јест објект уговора.³²¹ Ово је уследило након што су римски правници изградили фикцију о одвајању радне снаге од његовог носиоца, како би избегли противречности да се слободни грађанин истовремено појављује и као субјект и као објект права, што је једино било могуће за лица која су се налазила у положају апсолутне зависности од суверена, што су били искључиво робови.³²² Тако је створена правна конструкција према којој је власник радне снаге субјект уговора о раду, а његова радна снага предмет уговора коју он даје у најам (закуп) послодавцу. У складу са тим, развила се уговорна концепција радног односа, која полази од тезе да је радна снага предмет уговора о најму рада.

Locatio conductio operarum (уговор о најму рада) је уговор којим се једна страна – радник (*locator*) обавезује да другој – послодавцу (*conductor*) стави на располагање своју радну снагу то јест живи рад, а послодавац се обавезује да му исплати одређену новчану накнаду. Послодавац је дужан платити уговорену накнаду и за оно временско раздобље у којем најамник није радио, ако је до немогућности коришћења најамникове радне снаге дошло услед послодавчевог пропуста или из других разлога (нпр. временских неприлика).³²³ Штавише, ако извршимо кратку анализу уговора о раду у односу на римски *locatio conductio operarum* по

³¹⁹ Сенад Јашаревић, „Уговор о раду - настанак, појам и карактеристике“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 2, 2022, 7.

³²⁰ Micheline Jamouille, *Le contrat de travail*, Tome I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, Leuven, 1982, 21.

³²¹ Р. Љ. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду: у светлости историје и савременог друштвеног и правног поретка*, *op. cit.*, 140.

³²² *Ibid.*

³²³ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 70.

њиховим најважнијим сегментима видећемо да је разлика између тих уговора једино та да је сваки прилагођен духу времена у којем је обитавао. Премда уговор о раду садржи значајно више битних елемената, накнада за рад и обављање рада су неспорни заједнички елементи.³²⁴ Исплата накнаде је свакако уређена знатно подробније данас, али је сама суштина остала иста – накнада се исплаћује оброчно у уговореним, општим актом послодавца или законом предвиђеним роковима, независно од резултата рада, што значи да уговор о раду остаје облигација циља. Што се тиче престације рада, као другог битног елемента, он је проширен и знатно сложеније уређен законом, док је, с друге стране, питање преузимања ризика посла суштински истоветно регулисано у смислу да је ризик обављања посла на послодавцу.³²⁵ Трећи битни елемент је правна субординација или подређеност запосленог власти послодавца која се најпре огледа у континуираном издавању упутстава и налога за рад. Међутим, у погледу уговорне концепције, основна њена слабост није у прихватању правне субординације као битног елемента уговора о раду или у објашњењу правне подређености запосленог управљачкој власти послодавца већ у тумачењу домета нормативне власти послодавца – посебно правилника о раду као „анекса уговора о раду.“³²⁶ Наиме, правилник о раду који је уређивао права и обавезе субјеката најамног односа није сматран једностраним актом, већ додатком постојећег уговора који настаје консензусом.

1.1.1. Класична најамна концепција уговора о раду

Иако је кроз историју изнедрено више уговорних теорија, које на различите начине објашњавају правну природу уговора о раду и радног односа, може се рећи да је њихов заједнички садржалац афирмисање индивидуалног уговора о раду, као манифестације слободне воље запосленог и послодавца да тим уговором заснују однос правне подређености (условљене економском подређеношћу запосленог), који почива на добровољном пристанку запосленог на власт послодавца, као власника капитала и консеквентно економски надмоћне стране.³²⁷ Међу уговорним теоријама доминирале су: 1) схватање уговора о раду као уговора о купопродаји радне снаге; 2) схватање уговора о раду као уговора о најму радне снаге и 3) схватање уговора о раду као уговора *sui generis*. Прве две теорије настојале су да уговор о раду објасне као класичан имовинскоправни однос, покушавајући да права, обавезе и одговорности из уговора о раду у целости објасне применом института уговорног права. Показале су се, међутим, неодрживе, будући да се бескомпромисном аналогijом није могло доћи до одговора на основна питања. Код „купопродајне теорије“ није било могуће објаснити чињеницу да у уговору о купопродаји „радне снаге“ не долази до физичког преноса на послодавца, већ је, напротив, поседовање радне снаге од стране запосленог и њено коришћење за потребе послодавца *condition sine qua non* закључења и извршења уговора.³²⁸

Овај недостатак покушава да отклони „најамна теорија“, али ни она није могла да објасни чињеницу да „најмодавац“ не само да не губи посед „радне снаге“, као „предмет најма“, већ управо предмет најма користи за извршење својих обавеза по уговору о најму.³²⁹ Теорије су тек постале неодрживе када је реч о заради, као накнади за рад која не представља економски еквивалент престације рада, а што је суштина и услов пуноважности уговора у облигационом праву.³³⁰ Сходно томе, као најкомплекснија уговорна теорија показало се

³²⁴ О. Митровић, *Скривљено понашање запосленог као разлог за отказ уговор о раду* (докторска дисертација, *op. cit.*, 46.

³²⁵ Bruno Veneziani, „The evolution of the contract of employment“, у: Hepple Bob (ed.) *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986, 224.

³²⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 169.

³²⁷ Martin Vranken, *Death of Labour Law? – Comparative Perspectives*, Melbourne University Press, Melbourne, 2009, 36.

³²⁸ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 10.

³²⁹ *Ibid.*, 11.

³³⁰ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 164.

схватање уговора о раду као *sui generis* уговора, која полази од премисе да радни однос не може бити уподобљен класичном облигационоправном односу, већ да је у питању специфични уговор, чије су основне карактеристике обавеза вршења подређеног рада и обавеза плаћања тог рада, дакле, правна и економска подређеност радника послодавцу и чињеница да се права и обавезе регулишу поводом живог – текућег рада (не опредмећеног – мртвог рада).³³¹ Све уговорне теорије, без обзира на конкретно испољено схватање правне природе уговора о раду, придају му као двостраном правном акту којим се на несумњив начин манифестује воља уговорних страна за заснивањем и постојањем одређеног односа поводом процеса рада, кључни значај у радноправним односима.³³² Овај заједнички садржалац разлог је и њиховог заједничког недостатка, који се састоји у томе што нису у могућности да објасне нормативну власт послодавца, премда се овлашћење за доношење правилника о радном реду није црпело из нормативне власти, него из аутономије воље субјеката најамног односа.

Уговор о најму рада у првим грађанским кодификацијама представљао је копију римској *locatio conductio operarum*, тако да се у капиталистичком привредном систему задржала основна логика о најму (закупу) радне снаге. Наиме, зачеци капиталистичког начина производње и систем проширене кооперације као други назив за унутрашњу поделу рада ишли су у корак са уговорном концепцијом радних односа. Афирмисање најамне концепције у правној легислативи је отворило врата за уговорну концепцију о правној природи послодавчевих правилника. Присталице ове концепције полазе од тога да основ за доношење правилника није нормативна власт послодавца, с обзиром на то да извор радноправне норме садржане у правилнику лежи у сагласју воља, што значи да воља само једне стране у овом случају послодавца није довољна да том правном акту да обавезујући карактер и суштински значај. Заправо, правилник постаје обавезујући за запосленог тек када запослени пристане да се обавезе и повинује његовим одредбама. Отуда, правилник је пуноважан када постоји сагласност воља запосленог и послодавца, те једнострана изјава воље послодавца није довољна да правилник којим се уређују радни ред и услови рада производи дејство.³³³

Ова концепција створена је још крајем XIX века, када су правилници о радном реду, заједно са уговором о најму рада, чинили једине акте нормирања радног односа. Правилник је сматран за *lex contractus* у којем су садржане клаузуле уговора о раду, којима запослени прећутно приступају тиме што прихватају да раде под условима који су утврђени правилником.³³⁴ Дакле, уговор о раду и правилник о радном реду су били једини извори права и обавеза за запосленог и послодавца, с тим да правилник није настајао као резултат вршења нормативне власти послодавца, будући да је он поиман као анекс уговора о раду, тако да је увек изграђиван на бази узајамне сагласности. То је, даље, водило примени правила која важе за уговоре и на правилнике у предузећу, те су се правилнику могле приписати карактеристике уговора по приступу, какав је и уговор о раду чији је он саставни део. Наиме, ово је произилазило из тога што је позиција послодавца другачија у односу на позицију запосленог, јер запослени економски зависи од послодавца који ту зависност фактички користи да наметне запослени услове рада путем правилника о радном реду. Послодавац поставља услове рада, а запослени им у свему „приступа“ закључењем уговора који имплицитно садржи и одредбе правилника. Садржина правилника се претвара у садржину уговора изјавом воље запосленог.³³⁵ У тренутку заснивања радног односа пристанком на понуду правилник о радном реду се инкорпорише у уговор, односно постаје „конвенција која је додата уз уговор о раду”

³³¹ *Ibid.*, 165.

³³² Сенад Јашаревић, „Радни однос – тенденције у пракси и регулативи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2013, 239.

³³³ О. Митровић, *Скривљено понашање запосленог као разлог за отказ уговор о раду*, *op. cit.*, 46.

³³⁴ С. Јашаревић, „Уговор о раду - настанак, појам и карактеристике“, *op. cit.*, 8.

³³⁵ Тома Пикети, *Капитал у XXI веку*, Академска књига, Нови Сад, 127.

или „анекс уговора о раду, који је пре предмет, него извор радног права,” премда се ни сам уговор о раду не сматра извором радног права.³³⁶

1.1.2. Недостаци најамне концепције уговора о раду

Према најамној концепцији уговор о раду је имао облигациони карактер и представљао је један прост акт размене, који је функционисао на бази фикције одвајања радникове личности од његових радних активности. Француски правник Планиол (Plainiol) је то описивао на следећи начин: „Радник је давао под најам своју радну снагу која се код послодавца користила на исти начин као снага једне машине или коња“.³³⁷ Од *locatio conductio operis vel operarum* где је радна снага уподобљавана телесним стварима *in commercium*, потекло је и називање тог односа најамни. У том смислу, рад представља одређену покретну ствар која се размењују на тржишту по тржишној или индивидуално утврђеној цени, тако да је носилац или власник изнајмљује оном ко је може најбоље платити. Присталице овог схватања полазе од тога да је битно да овде постоји размена рада за зараду, а то самим тим значи ступити у имовински однос. Дакле, битно је да постоји сагласност воља у погледу заснивања радног односа и да размена рада за накнаду представља суштину те сагласности. Дакле, полази се од тога да радник може заснивајући радни однос дати самога себе у замену за накнаду, то јест да радник даје своју личност у најам и не обећава послодавцу извршење само једног дела, него му обећава стално вршење одређених радњи.³³⁸ Ово схватање је настало у периоду владавине либерализма и неограничене слободе у економским односе, те се и сам рад сматрао економским апстрактом, чиме се занемаривала чињеница да радник својом целокупном личношћу улази у производњу где не улаже своју физичку и духовну снагу, него „жртвује и здравље, па и живот“.³³⁹ Имајући у виду да радник целокупном својом личношћу у процесу рада критичари ове концепције указали су на потребу учешћа државе која ће стати неспутаном уговорном либерализму на пут и изградити правне норме којима ће се заштити запослени. Заједно са побољшањем правног и привредног положаја радника, којима би се апстраховала рањивост, „вођена је борба и за побољшање њиховог угледа као нарочитог сталежа у друштву“, па је нађен и бољи термин уместо „најамни однос“ и „уговор о раду“ – „радни однос“ и „уговор о раду.“ Како се оправдано указује „не ради се ту само о промени једног правног термина, или задовољењу правног ћефа (*un caprice doctrinal*), већ је тиме стварним чињеницама дата она правна квалификација, која им по њихово природи највише одговара“.³⁴⁰ Основи уговорне концепције могу се наћи у првим међународним актима универзалног карактера, особито у Декларацији права човека и грађанина из 1789. године.³⁴¹ Штавише, ова концепција је настала на основу првих грађанских законика који су се темељили на овим начелима.

Колин (Colin) и Капитан (Capitan) налазе да уговор о раду (радни однос) има своју особиту индивидуалност, различиту од других уговора, и да га као таквог треба третирати, без обзира на његове сличности са други уговорима.³⁴² Зато том уговор треба дати и нарочито име која га најбоље карактерише и издваја од осталих уговора, те је израз уговор о раду добро

³³⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 167.

³³⁷ Нав. према: Боровоје Шундерић, „Уговор о раду и његова природа“, *Право и привреда*, 5-8/97, 944-945.

³³⁸ György Kiss, „Transition of a Contract of Employment: from the *Locatio Conductio* to the *Relational Contract*“, *New Zealand Journal of Employment Relations*, Vol. 43, бр. 3, 77; Hazel McLean, „Contract of Employment. The Perennial Problem of Definition“, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 49, бр. 3, 1990, 412.

³³⁹ Б. Шундерић, „Уговор о раду и његова природа“, *op. cit.*, 945.

³⁴⁰ Адама П. Лазаревић, „Знаци разликовања трговачких и грађанских правних послова с обзиром на судску надлежност“, *Савремени правни проблеми*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1934, 32.

³⁴¹ Декларација права човека и грађанина је један од најосновнијих докумената Француске револуције којим се потврђују индивидуална права појединца односно грађанина и колективна права народа према држави.

³⁴² Нав. према: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 167.

изабран за оно што представља, јер је у првом реду довољно експресиван и јасан.³⁴³ Особено се, дакле, формирало мишљење да је реч о новом уговору који се не може поистоветити са постојећим из више разлога. Прво, најамна концепција полази од тога да је људски рад исто што и роба и да се не разликује у правном саобраћају од друге робе, будући да радник на тржишту нуди своју радну снагу чији је он власник, не би ли је разменио за новац, чији је власник послодавац. Међутим, власништво на радној снази се овде не може стећи, него се она може само разменити или дати у најам (закуп). Ипак, додирних тачака са уговором о најму радне снаге је одиста мало, јер је предмет обавезе трајна активност радника чије се извршење не може одвојити од личности радника и пренети на треће лице.

Премда нема рада за другог, дуги низ година уговор о раду је био изједначаван са уговором о закупу, пошто се сматрало да као што човек може да изнајми кућу и да за то добија месечну кирију, тако може и радник да изнајми свој рад у замену за зараду. Овај модел се развио по узору на римски *locatio servi*, по којем је слободан човек изнајмљивао свог роба другом слободном човеку.³⁴⁴ Стога се оправдано потцртавало у литератури да „својина постаје капитал кад више не даје само моћ над стварима, него и моћ над људима,“ што за последицу има уподобљавање људи са стварима.³⁴⁵ Наиме, уговор о закупу је уговор на основу кога се једна уговорна страна (закуподавац) обавезује да ће предати одређену непотрошну ствар другој уговорној страни (закупцу) на употребу, а овај се обавезује да за то плаћа одређену накнаду и да по истеку одређеног времена исту ствар врати.³⁴⁶

1.2. Статусна концепција радног односа

У периоду либерализма и индивидуализма као реакција на сталешко уређење феудалног друштва, уговор о раду је схватан као уговор који се закључује између једнаких и равноправних субјеката. Вануговорне теорије полазе од тога да радни однос нема основ у уговору, већ у радној интеграцији запосленог код послодавца. Ефективно обезбеђивање радне снаге је облик манифестације воље материјализован у фактичком поступању, а не у правним документима.³⁴⁷ Поред тога, запослени постаје део тима поштујући функционалну хијерархију. Радни однос не настаје уговором о раду, нити примена норми радног законодавства и колективних уговора зависи од тог уговора. Наиме, фактичким ступањем радника на рад и успостављањем личне радноправне везе са послодавцем настаје радни однос. Ово схватање је утицало на то да се из радног односа изгубе имовинско-правна обележја, и приближило је уговор о раду и радно право јавном праву. Следствено томе, уговор о раду је био уговор о верној служби и подразумевао је самодавање личности под туђу власт са придржавањем слободе (нем. *Selbsthingabe in fremde Mund unter Vorbehalt der Freiheit*), а уз накнаду за личну заштиту и издржавање.³⁴⁸ У том смислу, главна детерминанта уговора су његова садржина и статусна веза.

Уговорне теорије постају замењене статусним теоријама, које у различитој мери са различитом аргументацијом, миноризују улогу и значај уговора о раду уздижући, с друге

³⁴³ Теофило Поповић, *Радно право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1980, 67.

³⁴⁴ Micheline Jamouille, *Le contract du travail*, Tome I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, Leuven, 1982.

³⁴⁵ Тијана Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 49.

³⁴⁶ Владимир В. Водинелић, *Јавно и приватно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2016, 166.

³⁴⁷ Leodegario Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2014, 16.

³⁴⁸ Т. Угараковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 244.

стране, елементе необлигационог карактера.³⁴⁹ Ради разумевања оваквог става треба имати у виду да су статусне теорије настале као резултат свести о неопходности шире државне и колективне заштите права и интереса радника, с обзиром на то да економска потчињеност радника онемогућава поштено преговарање, па тиме и заштиту положаја радника на индивидуалном нивоу, што је у наредној итерацији развоја ових теорија резултирало тиме да је значај индивидуалног преговарања и уговора о раду, као његовог израза, минималан, будући да је положај радника превасходно условљен хетерономним и аутономним правним изворима.³⁵⁰ Под утицајем немачке историјске школе у жељи да се допринесе већој заштити личности радника и његовој укупној добробити, дошло је до настанка статусне концепције радног односа и уговора о раду. Уговор о најму, како га је означавало римско право, германска правна средина није могла да прихвати, те је изнедрила нов уговор – уговор о служби, који је почивао на обавези узајамне верности.³⁵¹

Поменута германска идеја према којој радни однос карактерише лична припадност заједници, интегрише лични аспект у оквиру субординације. Порекло овог овлашћења игра значајну улогу у одређивању садржаја уговора и евентуално у процени његових граница у случају измене. Гирке (Gierke) је био први правник који је уговор о раду замислио ван грађанске категорије уговора о служби, која је подразумева формалну једнакост уговорних страна. Уговор о раду није само однос размене, већ и инкорпорација радника у „владајуће удружење“ (*Herrschaftsverband*) односно предузеће организовано са унутрашње тачке гледишта на апсолутистички начин.³⁵² Отуда је права сврха уговора о раду смештање радника у хијерархијску организацију рада засновану на односу доминације тј. подређености. У предузећу, услед инхерентног хијерархијски структурисаног односа, лично-правна веза постаје основна садржинска текстура, док је тражбени однос секундарног значаја.

Основне поставке изложеног становишта се и данас срећу у немачком Грађанском законнику који уговоре о раду квалификује као подврсту уговора о служби, с тим да се као

³⁴⁹ Theo Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Herold Yienne, 1956, 59. Најразвијенији облик статусне концепције уговора о раду налазимо у теорији националсоцијалистичке Немачке, где је ова модификована статусна теорија тежила да оправда националсоцијалистичку идеологију у области принудног рада у фашистичкој Немачкој. Прецизније, у оквиру статусне теорије разликује се схватање о радном односу као личном односу и схватање о радном односу као институционалном односу, док се на њиховим заједничким темељима изграђује националсоцијалистичко схватање радног односа. Наиме, радни однос представља заједницу у којој су интереси послодавца и радника јединствени, док предузеће представља органску заједницу у којој влада хијерархијски поредак. Сматра се да је изградња радног односа на подлози саме личности, без имовинске основе, могућа под условом да радна заједница од техничке постане и социјална, те би на тај начин ишчезао сваки траг имовинске компоненте. Т. Угараковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 244.

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Робно обележје рада је супстрат уговорне концепције радног односа, с тим да би до губљења уговорне основе могло доћи само ако се деси преображај радног односа. На овом месту ваља поменути и корпоративну идеологију економског етатизма, где радник има социјалну дужност рада која негира могућност раскида интегралне везе са предузећем. Насупрот томе, власник предузећа, као вођа и представник радног колектива, могао је слободно искључити запосленог из институције тј. предузећа. До великог преокрета долази када је суд у Немачкој за време националсоцијалистичког „новог поретка“ 1936. године одлучио да пружи заштиту запосленом који је отпуштен због свог јеврејског порекла. Суд је оценио да то не може бити довољан и оправдан разлог за једностран раскид „органског односа“ не признајући, притом, дискриминаторску природу таквог поступања послодавца, јер је по речима суда, он, мислећи на запосленог, и даље, становник те државе, мада не и њен слободни грађанин. У светлу тога, радници заједно са руководиоцима чине јединство, и удружено делују у правцу општег друштвеног и националног интереса, због чега је однос који настаје између њих лично-правни однос, који изграђује права и дужности, од којих је најважнија дужност верности. Manfred Löwisch, *Arbeitsrecht: Ein Studienbuch*, 7. Neubearbeitete Auflage, Wernern Verlag, Düsseldorf, 2004, 20; Игор Вуковић, Љубинка Ковачевић, „Заштита узбуњивача: обавеза лојалности запосленог послодавцу наспрам заштите јавног интереса“, у: Жељко Мирјанић, Игор Милинковић (ур.), *Правни положај узбуњивача у упоредном и домаћем праву (правни и етички аспекти): зборник радова са округлог стола*, Бања Лука, 2019, 10.

³⁵² Р. Љ. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду – у светлости историје и савременог друштвеног и правног поретка*, *op. cit.*, 202.

основни критеријум разграничења узима природа облигације, која је код уговора о служби непроменљива.³⁵³ Насупрот томе, уговор о раду има за предмет облигацију средства, а изузетно и циља када је самосталности у раду запосленог већа, због чега је у немачкој литератури дошло до поделе на слободне уговора о раду (*selbständige, unabhängige Arbeitsverträge*) и зависне уговора о раду (*unselbständige, abhängige Arbeitsverträge*).³⁵⁴ Ова деоба уговора о раду тежи да укаже на нехомогеност односа подређености и надређености полазећи од претпоставке да уговор о служби попут уговора о купопродаји има различите подваријанте. Иако оправдано, ово разграничење није најпрецизније, јер се епитет зависности везује за начин рада запосленог који је при вршењу својих радних задатака потчињен управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца. Отуда се зависност не може тицати правног основа вршења рада, због чега је уговор о раду увек „слободан“, што потврђује и енглеска терминологија која кроз слободу уговора (*freedom of contract*) институционализује слободу уговарања.

Да би се избегли потенцијални спорови, жељене измене уговора о раду и раскид у случају одбијања (ако се измена не прихвати, уговор престаје истеком отказног рока) морају бити назначени на јасан и прецизан начин. У светлу тога, остављање одговарајућег рока за изјашњење није довољно да надомести пропуст у погледу јасноће предлога. Међутим, обавеза послодавца да пружи потребна обавештења у швајцарском праву произилази из узајамне обавезе верности (*Treuepflicht*).³⁵⁵ То се с правом критикује уз аргумент да је потребно утврдити обавезу обавештења која излази из оквира обавезе верности која настаје у тренутку закључења уговора. Супротно, Савезни суд сматра да не постоји општа обавеза послодавца да упозна запосленог са својим правима, посебно у погледу заштите од отказа. Што се тиче кантоналних судова и они доста опрезно приступају том питању не заузимајући јединствен став.³⁵⁶ Најчешће се утврђује да је обавеза давања информација и границе обавезе лојалности из којих претходна обавеза произилази, одређују се према околностима конкретног случаја.

Обавеза верности забрањује свако понашање који може проузроковати штету послодавцу или његовом пословању. Ако радник објављује одређене информације које могу нанети штету послодавцу, укључујући ту и представника предузећа, угрозити његову пословну репутацију на тржишту или на било који други начин бити контрапродуктивни и омаловажавајући, запослени повређује обавезу верности чак и када су такве вести истините. Такође, повреда ове дужности постојаће када радник подстиче свог колегу да тражи премештај код другог послодавца или раскид уговорног односа, будући да се исти ефекат, у смислу економског деградирања, те нарушавања пословног реномеа постиже само посредним путем.

1.3. Институционална концепција радног односа као надградња статусне концепције

Схватање о личном односу почива на схватању да за радни однос уговор о раду више није од великог значаја, будући да је његов правни садржај већ унапред уређен државним прописима и колективним уговором, те да радни однос не настаје уговором о раду, нити он има утицаја на промену норми радног законодавства и колективних уговора.³⁵⁷ Радник не остварује права из радног односа зато што је закључио уговор о раду са послодавцем, већ стога што фактички врши рад за послодавца. Док је радни однос, поред уговорног односа, обележавао и чисто фактички однос, он је свој нормативни циљ постигао у потпуној сагласности са социјалном стварношћу. Када је, наиме, ове оквире прешао да би добио и

³⁵³ Лична подређеност се појављује и у швајцарском Грађанском законнику у значењу да се запослени има придржавати упутстава и директива послодавца у вези са обављањем посла. Hansjörg Otto, Marcus Beider, *Arbeitsrecht*, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2020, 47.

³⁵⁴ *Ibid.*, 197.

³⁵⁵ T. Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, op. cit., 60.

³⁵⁶ Р. Љ. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду – у светлости историје и савременог друштвеног и правног поретка*, op. cit., 202.

³⁵⁷ M. Jamouille, *Le contrat de travail*, op. cit., 34.

аутономну правну садржину, он се од стварности почео нагло одвајати, па је и (Potthoff) обележио однос између радника и послодавца као однос солидарности, јединства, сарадње који у себи носи сопствени правни ред.³⁵⁸ Но, та сарадња се свела не техничку везу засновану на реални акт који је чисто формалне природе, а то је фактички рад за послодавца. Не треба пренебрегнути да тај однос има једну базу која је основ изградње, и која доводи до остварења односа сарадње, што води питању да ли се радни однос може објективизирати и уздићи на степен аутономне установе са сопственим правним поретком.³⁵⁹ Како се у тржишном систему управљања и привређивања однос понуде и тражње примењује као виталан и ваљан, радна снага се појављује као фактор производње, због чега се негира постојање „заједнице“, осим у грубо економском смислу повезивања рада и капитала.

Орју (Nauriou) је посебно својом теоријом институције довео у питање појам уговор о раду, одбацујући уговор као такав.³⁶⁰ По овој концепцији инкорпорација у заједницу није ништа до друго до приступање једној институцији – индустријском предузећу, а радни однос се овде појављује као правна веза која сједињује у институцију руководиоца предузећа са свим члановима његовог персонала. Приступање предузећу је један акт – услов на основу којег се стиче статус радника и услов за коришћење свих права која су радницима дата на основу закона. По мишљењу Орјуа, који се сматра творцем теорије институције, уговори по пристанку у које спада у уговор о раду, нису уговори, него је реч о нарочитој погодби која има за последицу стављање два лица под један објективно нормиран поредак, чији је творац један од њих, али који и њега обавезује, исто као и лице које своје изјавом има једино могућност да му приступи или не.³⁶¹ У том смислу, радни однос има статусни, а не уговорни карактер, и уговор о раду се појављује као акт - услов за улажење у институцију односно као услов за примену објективно постојеће статусне ситуације на дотичног радника.³⁶²

Радници, према овој теорији, не ступају у радни однос са власником предузећа него са предузећем као заједницом људи. Наиме, предузеће представља заједницу људи која се заснива на односима солидарности и сарадње.³⁶³ Притом, радна заједница се појављује као правно лице, односно као једна институција у којој се послови обављају у циљу заједничког добра. Сходно томе, радни однос појављује се као веза која сједињује у институцији њене чланове, док се предузеће схвата као институција заједнице рада у којој су руководиоци и радници повезани солидарношћу која се заснива или произлази из њихових заједничких интереса. Дакле, радни однос није резултат уговора о раду, већ настаје једним актом условом, а то је приступање предузећу. С друге стране, односи у предузећу се заснивају на узајамној верности и поверењу, будући да се у предузећу остварује лично-правна заједница.³⁶⁴

Према томе, централну улогу има институт распоређивања радника на радно место, тако да се и без уговора о раду, на бази примене хетерономних извора права или актом инкорпорације, обезбеђује правна веза. С обзиром на то да је институционална теорија предузећа и радног односа служила као ефикасна основа за фашистичку идеологију, поједини француски аутори су подржавали, па чак и уздизали концепт уговора који је поиман као „крајњи инструмент заштите“.³⁶⁵ Класични уговорни концепт види у радном односу однос размене материјалистичког типа у којем се мире супротстављени интереси. Како радни однос губи уговорни карактер у теорији је интеграција радника као кључна карактеристика оштро критикована. Прво, због тога што једнострано одбацује уговор о раду који не треба да постоји,

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ L. Justet, „Le corps des travailleurs dans le droit. Aux origines du contrat de travail“, *op. cit.*, 103.

³⁶⁰ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, *op. cit.*, 129.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² Теорија институције поприма шире размере после Другог светског рата.

³⁶³ Т. Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 248.

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ L. Justet, „Le corps des travailleurs dans le droit. Aux origines du contrat de travail“, *op. cit.*, 103.

јер се правни однос ствара улажењем у институцију.³⁶⁶ Друго, из разлога што је она неприхватљива ако се иде корацима марксизма, јер се заснива на солидарности између радника и капиталисте, што је супротно процесу класне борбе. Приговара се, додатно, овој теорији да одбацивањем уговора о раду, као израза слободне воље радника да ступи у радни однос, радник ставља под власт послодавца као „врховног поглавара“, којег није бирао.

Предузеће се више не посматра као скуп уговора, већ као заједница између различитих чланова организације намењена општем добру. Институционални приступ имплицира одређене последице и ограничава моћ послодавца чинећи легитимност те моћи зависном од интереса предузећа. Наиме, у француском праву интерес предузећа служи да се утврди постојање стварног и озбиљног разлога за отказ након одбијања понуде за измену уговора о раду. Штавише, уколико интерес предузећа то захтева, као у случају измене из економских разлога, послодавац може захтевати измену уговора. Супротно, у швајцарском праву, послодавац је носилац прерогатива не зато што је власник предузећа, већ зато је страна у уговору о раду који је извор његове управљачке власти.³⁶⁷ Швајцарско право испитује моћ послодавца на уговорној основи, док је се у историјској перспективи трагови институционалне концепције могу наћи и у француском праву. Према потоњем приступу, уговор није био довољан да се успостави овлашћење за управљање предузећем као колективом. Право на усмеравање послодавца није значило истовремено постојање права да се једнострано мења уговор о раду.

Раније француско право је, наиме, давало послодавцу дисциплинска овлашћења која су досезала до измене елемената уговора, уз позивање да је власти послодавца потребно индиректно обезбедити приоритет у односу на уговорна начела.³⁶⁸ Иако се у интерним прописима помињу санкције као што је премештај или деградација, то се не чини довољним да се уведу у уговорно поље, јер је Закон од 4. августа 1982. године којим су били уређени интерни акти наводио да нормативна моћ послодавца произлази из институционалног карактера предузећа.³⁶⁹ Слично, швајцарско право наглашава посебности институционалне теорије у погледу пословне регулативе, при чему остаје нејасно да ли послодавац може једнострано мењати уговор о раду и када дисциплинска санкција није предвиђена. Притом, ваља приметити да швајцарски судови не праве разлику између казних и других дисциплинских санкција. У конкретном случају, швајцарски Кантонални суд је оценио да се не може мењати стопа активности запослених због непознавања страних језика, чак и када послодавац има оправдан разлог да једнострано измени уговор.³⁷⁰ У швајцарској доктрини, споредне обавезе које произлазе из уговора о раду захтевају од запосленог да прихвати измене елемената уговора које се сматрају прихватљивим, будући да то не прети принципу забране једностране измене уговора.³⁷¹

2. Радни однос између уговора и статуса

2.1. Уговор о раду у индивидуалистичком поретку

Индивидуалистички поредак настаје и развија се крајем 18. века, као плод револуционарних филозофских схватања. Наиме, као одговор на класне неједнакости и фаворизовање сталешке групације, изграђује се индивидуализам, као нова струја која описује

³⁶⁶ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 46.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ Француски Законик о раду, чл. L 120-40.

³⁶⁹ Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21e édition, Dalloz, Paris 2002, 950.

³⁷⁰ Franz Marhold, Michael Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, op. cit., 72.

³⁷¹ Интересантно је навести да се у холандском праву уговор о раду не сматра самодовољним актом, него се увек посматра у односу на позадину предузећа, у смислу интеграције радника у радно окружење, што се описује као модерна верзија институционалне концепције предузећа. Lammy Betten, *International Labour Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993, 185.

стварност другачије. Друштво се објашњава на духовној разини, као скуп појединаца који су једнаки у достојанству и правима.³⁷² Аутономија појединца је смештена у средиште Русоове (Rousseau) рефлексije о власништву и положају радника који се у процесу рада удаљује од властите природе и урођених права. Радник „продаје“ радну снагу послодавцу који поседује капитал, а односи између њих се уређују искључиво уговором као основном правном категоријом. У светлу тога, радницима је гарантована слобода рада, док су послодавци имали својину на стварима за производњу и потпуну слободу у организацији процеса рада. Из тога произлази да је радни однос утемељен на својинској структури и друштвеној расподели, док уговор у условима привидне једнакости постаје средство „социјалног подјармљивања.“³⁷³

Индивидуалистичка идеологија ставља акценат на уговор на основу којег појединац улази у процес рада у замену за накнаду. Својина је дала моћ власнику средстава за рад да њима монополски располаже и управља, односно да процес рада слободно организује, што је довело до општег незадовољства радника, који таквом стању ствари нису могли да се супротставе. Услови рада нису били предмет преговора, јер је једнакост страна била само формална. Равноправност и једнакост као основни постулати индивидуалистичког учења остају мртво слово на папиру.³⁷⁴ Ово из разлога што се избор радника да ли да ради или не битно ограничавао његовим неповољним економским положајем и социјалним статусом који га је гонио на рад не би ли преживео. Дакле, фактичко стање је одступало од прокламованих начела, а интереси послодавца су превладавали, тако да је радник прихвата услове који су унапред формулисани. Штавише, упркос прокламованој слободи рада, уговор о најму рада као чисто облигациони уговор остаје „недовршен.“ Проблем је издвојено сагледавање права на рада ван економског контекста у којем се остварује, због чега је индивидуализам морао бити напуштен.

2.1.1. Аутономија воље као руководни принцип индивидуалистичког поретка

Доктрина „аутономије воље“ настала је у условима политичког и економског либерализма у 18. и 19. веку, који се описује као последња страница историје модерног друштва. Та сјајна страница епохе индивидуализма и либерализма у сфери уговорних односа обележена је апсолутном једнакошћу и безграничном слободом. Под утицајем ове доктрине начело слободе уговарања уврштено је у прве европске грађанске кодификације. Поједини аутори тврде да је аутономија воље плод индивидуалистичке тековине о схватању друштва и понашања појединца у друштву и да је аутономија воље, у ствари, друго име за слободу уговарања.³⁷⁵ У складу са њеним основним поставкама, људи се међусобно обавезују својеволно, а њихова воља је аутономна.³⁷⁶ Слободан човек преузима обавезу јер тако жели, вођен сопственом слободном вољом да ступи у интеракцију са другима. Другим речима, суштина доктрине аутономије воље лежи у давању слободе појединцима да у складу са својом вољом, жељама и хтењима регулишу међусобне односе, без уплитања државе. Тековине буржоаских револуција оличене у индивидуалистичким и либералистичким постулатима у уговорним односима продире у све политичке системе, где је и слобода рада нашла своје место. Аутономија воље се махом изграђује на поставкама уговорне теорије, која полази од тезе да сви људи имају иста,

³⁷² Р. Љ. Живковић, *Проблем правне природе уговора о раду – у светлости историје и савременог друштвеног и правног поретка*, *op. cit.*, 100-107.

³⁷³ Т. Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 9.

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Милорад Рочкманов, „Аутономија воље странака у уговору о продаји са елементом иностраности“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 10, 1974, 340.

³⁷⁶ „Теорија о аутономији воље продукт је економског либерализма из 19. века, а ова теорија је прихваћена од стране буржоаских теоретичара, а тада је био актуелан либералистички став по коме се добро друштвене заједнице остварује само по себи, ако се одређени привредни токови одвијају без уплитања државе [...] Правни послови обавезују онога ко их закључује јер је он својом слободном вољом пристао на испуњење преузете обавезе, а не због тога што га закон приморава да обавезу испуни“. *Ibid.*

урођена права, која им се не могу одузети. Природна права су универзалног карактера и гарантована су сваком појединцу као члану друштва, на чему се темељи чувена концепција друштвеног уговора.³⁷⁷ Друштвени уговор је схваћен као Русоов *agnum opus* – као централно дело његове политичке и правне мисли, које на јединствен начин описује природну једнакост људи која не може бити ограничена. Како то описује академик Перовић: „Природа је мера свих ствари, природно право је мера свих права. Природно право је заједнички језик човечанства. И зато, нека је благословено само оно право које нас братими са свим људима света. Старост родне куће природног права утврђује се, не бројем година, већ бројем столећа. Најстарија ера њена је постојбина. Свет мишљења и свет осећања, рођен у тој кући, живи у вечитој младости, и ево га данас овде са нама и у нама, свуда на сваком кораку практичног живота и на сваком врху заједничке умности“.³⁷⁸

Слобода воље се у радним односима обично разматра у оквиру питања која се односе на уговор о раду. Правна доктрина је објашњавала обавезујућу страну уговора класичном (волунтаристичком) уговорном теоријом, која извор принципа обавезне силе уговора види у аутономији воље.³⁷⁹ У том периоду привредни живот је био прожет духом либерализма по коме се добро читаве заједнице остварује само по себи, уколико се игра привредних снага одвијати без мешања и захвата државе. Према овој доктрини обавезе између страна настају на бази слободне воље која је аутономна, па је у том смислу аутономија воље неопходна инструмент у системима који се заснивају на формално прокламованој слободи рада. Наиме, сматрало се да послодавци и запослени уживају једнака права, због чега свако произвољно мешање у слободу уговарања не може бити допуштено, будући да нарушава ту једнакост.³⁸⁰ Веће ослањање на тржишне снаге имало је последицу да се услови рада утврђују преговором, за разлику од статусног односа између господара и слуге у којем су услови рада били предвиђени закон или произлазили из обичаја.

2.1.1.1. Две полуге уздизања аутономије воље

2.1.1.1.1. Индивидуалистичка филозофија

Индивидуализам као аутономија деловања долази највише до изражаја након индустријске револуције и као амалгам идеја она представља филозофску мисао о неприкосновеној вредности појединца. Настао као производ друштвених потреба, овај идеолошки правац има чврсту везу са економском политиком слободног тржишног деловања. Као што се у литератури истиче још је античка Грчка препознала потребу за заштитом природних права чији је носилац појединац, а не колективитет.³⁸¹ У светлу тога, индивидуализам, као феномен, постаје предмет истраживања у расправама које су везане за економски либерализам и доктрину *laissez-faire*. Политика либерализма ставља већи акценат на права појединца која морају бити заштићена од стране организоване власти. Отуда, средишна тачка индивидуализма је слобода појединца и друга права коју су му гарантована у демократском поретку. На овим поставкама развија се демократија либералног типа у којој појединац, као део заједнице у којој живи и којој припада врши властиту вољу. Стога, појединци су слободни да делују користећи гарантована права, а држава је дужна да им омогући ту акцију, признајући приватну својину и једнакост.

³⁷⁷ Жан Жак Русо, *Друштвени уговор: о пореклу и основима неједнакости међу људима*, Књига прва, „Филип Вишњић“, Београд, 1993, 35.

³⁷⁸ Слободан Перовић, *Беседе са Копанника*, Копанничка школа природног права, Београд, 2018, 325.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ Влајко Брајић, „Слобода воље у радним односима“, *Право и привреда*, бр. 5–8, 2003, 824.

³⁸¹ Тијана Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 77.

По речима Диркема (Durkheim), индивидуализам не само да издиже појединца, он га „слави као највишу вредност“.³⁸² Реч је о принципу који највише промовише либерализам као правац политичког организовања и деловања. Индивидуализам почива на неколико премиса, а то је властита свест и воља, приватно власништво и слободно тржиште уз минорну државну активност када је то неопходно. У светлу тога, индивидуа је покретач свега, премда се језгро деловања налази у организованој заједници. Притом, појединац је рационално биће које делује у правцу заштите својих права и интереса, док с друге стране конкуренција рада и слобода уговарања воде ефикасности.³⁸³ То је имало за последицу да се у крилу индивидуалистичке демократије роди економска идеологија либерализма.

2.1.1.1.2. Филозофија економског либерализма

На овом месту треба да се осврнемо на чувену Мејнову (Maine) реченицу: „можемо рећи да је кретање прогресивних друштава до сада било кретање од статуса ка уговору“,³⁸⁴ што би означавало слободу уговарања или принцип *laissez faire, laissez passer* који се сматра својеврсним програмом економског либерализма. Ова економска теорија поникла је у 18. веку, са циљем слабљења утицаја државе у привредним токовима.³⁸⁵ Базична нота била је, свакако, већа привредна активност и јачи подстицај за предузетничке подухвате, с тим да суштина економског успеха лежи у конкуренцији, као „природном поретку“ који влада светом.³⁸⁶ Теорију *laissez faire* развили су француски физиократи и њен смисао био је у слабљењу државе на привредном пољу, те апсолутној слободи учесника на тржишту. Пошто је ова „природна саморегулација“ најбоља врста регулације, нема потребе да се привредни и трговински односи компликују интервенцијом државе.³⁸⁷ Редуковано учешће државе у привредним токовима постаје главно учење физиократа, који су сматрали да се економска снага црпи из природе (грч. *physis*), те да у том смислу једино пољопривреда ствара вишак вредности и доприносу напретку. Они су уживали велику подршку у Француској у периоду од 1756. до 1778. године, дакле, пре него што су масовна индустријска производња и организована робна размена узеле маха. У основи те теорије лежи схватање да је појединац слободан да следи своје жеље чије ће остварење бити праћено најбољим резултатима који не користе само њему, него и читавом друштву.

Доктрина *laissez faire* је једна од првих артикулисаних економских теорија, која је популаризована средином 70-их година прошлог века. Држава треба да интервенише како би сачувала имовину, живот и слободу појединца, а економски процеси, с друге стране, подлежу непроменљивом закону који се усмерава кретањима „невидљиве руке“, како је то касније британски економиста Адам Смит (Smith) описао.³⁸⁸ Економија би следила принципе *laissez faire* доктрине ако би користила приступ у којем држава уопште није укључена у

³⁸² Нав. према: Сузана Игњатовић, „Повезаност методолошког, културног и политичког индивидуализма у друштвеним наукама“, у: Сузана Игњатовић, Александар Бошковић (ур.), *Индивидуализам*, Институт за друштвене науке, Београд, 2017, 27-28.

³⁸³ Guillermo Cardona Martínez, „Generalidades acerca del salario“. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, бр. 85, 1989, 42.

³⁸⁴ Henry James Sumner Maine, *Ancient Law*, Create Space Independent Publishing Platform, London, 1861, 17.

³⁸⁵ Наиме, „*laissez faire*“ потиче од 1681. године и састанка француског министра финансија Жан-Баптиса и бизнисмена по имену Ле Жандре, том приликом Колбер је питао Ле Жандреа како би влада најбоље могла да помогне развоју трговине, на шта је Ле Жандре одговорио „*Laissez-nous faire*“ што у преводу са француској језика значи „остави да (би) ради(ло)“. Физиократи су популаризовали ову фразу, користећи је за постављање темеља њихове основне економске доктрине.

³⁸⁶ Горан Обрадовић, „Флексибилизација радних односа – узроци и границе“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2008, 12.

³⁸⁷ Imanol Zubero, „Trabajo y globalización“, *Lan Harremanak*, бр. 12, 2005, 88.

³⁸⁸ Смит је пошао од тога да је реч о једном специфичном моралном програму у којем слободно тржиште представља огледало природног система слобода, јер посредством тржишта људи осигуравају остварење својих природних права. Г. Обрадовић, „Флексибилизација радних односа – узроци и границе“, *op. cit.*, 12.

функционисање привреде, пословања или тржишта. Уместо тога, слободно тржиште би регулисало не само цене, већ би и дисциплиновало произвођаче да остану добри актери на тржишту и да поступају правично у међусобним односима. Ово учење је полазило од тога да свако друштво има користи ако су његови чланови слободни да остваре своје засебне интересе. У скоку вере у ову филозофију, заговорници су тврдили да добра и функционална заједница представља збир индивидуалних преференција. Стога би импулси за максимизирањем сопствених задовољстава и профита допринели укупном благостању друштва. Дакле, суштински састојак овог система су слободна и отворена тржишта на којима влада међусобна конкуренција. Једнако значајно, роба и услуге које друштво тражи аутоматски би се обезбедиле, пошто је неко увек спреман да их произведе, с обзиром на довољну потражњу.

Економска слобода и конкуренција, укратко, стварају „невидљивом руком“ оптималну количину производње и размене. Након што учесници остваре властите циљеве, уследиће и друштвене користи. Један од главних карактеристика овог система је инхерентна морална противречност која не обезбеђује заштиту најслабијима, што за резултат има економску неравнотежу.³⁸⁹ Идеја да се влада потпуно одвоји од економског сектора је у ствари срж економских принципа који доприносе укупном, то јест, појединачном и скупном, развоју. Дакле, *laissez faire* доктрина почива на следећим поставкама: „Појединац је основна јединица у друштву, то јест стандард мерења у друштвеном прорачуну, стога, појединац има природно право на слободу и физички поредак природе је хармоничан и саморегулишући систем,³⁹⁰ или што би Милтон Фридман (Friedman) рекао: „Најважнија чињеница о слободном тржишту је да нема размене ако од ње обе стране немају користи“.³⁹¹

Оваквим приступом искључује се нормативна интервенција државе, као нужног императива у остваривању сигурности запослења, чиме се и измене елемената уговора о раду, као супститут отказу, изопштавају из примене, те се њихова практична функција губи. У светлу тога, основне вредности радног права се обрушују, док се карактер отказа као крајњег средства губи.³⁹² Сходно томе, обесмишљава се институт измена уговора о раду и стабилност радног односа. То не води просперитету и економском бољитку, јер оставља запослене незаштићеним, због чега критичари оправдано тврде да је тржиштима (укључујући и тржиште рада) потребан одређени степен државне регулативе и учешћа.³⁹³

Наиме, ако говоримо о пореклу ове доктрине, морамо се вратити корак у назад и осврнути се на период грађанских сукоба, када је политичка мисао спојила приватно власништво и права појединаца, што је омогућило раст слободног предузетништва и капиталистичке економије.³⁹⁴ У периоду њеног конституисања робно-новчана размена почивала је на другачијим (традиционалним) основама, те је привреда, у складу са тим махом била концентрисана на мала предузећа, због чега се није могло ни замислити да ће ова филозофија довести до велике акумулације капитала. Стога није изненађујуће да су индустријалци, банкари и предузетници деветнаестог века марширали под заставом класичног либерализма.³⁹⁵ Даље, у јеку велике депресије ова доктрина уступа место кејнзијанској економији која није дуго опстала, тако да се у 20. веку, појам *laissez faire* поново реafirмише.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ Andreas Abegg, Annemarie Thatcher, „Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer’s Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert“, *German Law Journal*, Vol. 5, бр. 1, 2004, 102.

³⁹¹ Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, 40th Anniversary Edition, The University of Chicago Press, Chicago and London, 163.

³⁹² Aline Van Bever, Open norms and the foundations of employment law: A legal examination of hidden patterns in employment relationships, *European Labour Law Journal*, 2011, бр. 3, 228.

³⁹³ Г. Обрадовић, „Флексибилизација радних односа – узроци и границе“, *op. cit.*, 12.

³⁹⁴ М. Фридман, *Capitalism and Freedom*, *op. cit.*, 162.

³⁹⁵ *Ibid.*

2.2. Социјалистичка концепција радног односа - трансформација или ишчезавање уговора о раду?

Погледом у прошлост налазимо јединствени приступ регулисању материје радних односа и јединствени систем самоуправног социјализма као привредни и друштвени модел који је био осмишљен са циљем стварања алтернативе капиталистичкој привреди и који је отуда познавао и специфичну концепцију радног односа. То је била идеологија која је баштинила одлике марксистичких идеала и принципа, због чега је окарактерисана као форма *sui generis* марксистичке идеологије у новом времену. Полазило се од тезе да је за развој друштва и боље уређивање међусобних (радних) односа било потребно изградити идејну платформу на којој ће хуманизам бити врховни постулат, а самоуправна права радника њихов конститутивни елемент.³⁹⁶ То је, наиме, значило и истовремену изградњу нових појмова и вредности, где појам уговора о раду постаје изметнут. Уместо уговора о раду у средишту самоуправног радног права смешта се радни однос специфичног карактера, који је прилагођен новим околностима. Друштвена садржина радног односа постаје измењена у складу са лично-функционалном везом у друштвено-удруженом раду. Притом, радник се укључује у радну организацију радећи на одређеном послу који је утврђен одлуком о пријему радника која замењује уговор о раду. Дакле, радни људи се удружују и успоставља се међусобни однос између њих, без конституисања међусобних права и обавеза.³⁹⁷

С друге стране, правна веза између радника и радне организације се са увођењем концепције међусобног односа формира на основу одлуке радне организације којом се радник укључује у радни колектив. То значи да између радног односа и међусобног односа радника нема једнакости, и да радник ступањем на рад постаје део радног колектива, али без стварања узајамних права и обавеза, које радник једино има према радној организацији.³⁹⁸ Дакле, правна веза са радном организацијом се успоставља на основу одлуке која замењује уговор о раду као акт којим се заснива радни однос. Наиме, да би се сложени односи више конституената у периоду развијеног социјализма разјаснили у теорији се говори о двојству правних односа, радног односа, с једне стране и међусобног радног односа, с друге стране.³⁹⁹ Разликују се две категорије правних односа, будући да радници заснивају радни однос са радном организацијом на основу одлуке о пријему, а да се након тога успоставља међусобни однос између радника.

Исто тако, позиција радника је била другачија у односу на „класичан“ радни однос, у смислу да су радници имали овлашћења да доносе кључне одлуке од значаја за пословање, почев од перерасподеле средстава па све до структурних питања и промена у организацији пословања.⁴⁰⁰ Удружени радник врши повезивање укупног друштвеног рада кроз удруживање рада у основним организацијама, одлучивање о ступању радника у радну организацију и утврђивања услова рада. У основној организацији, као основном и најважнијем облику удруживања рада остварује се заједништво рада и развоја, одлучује о заједничким интересима и плановима, на начелима узајамности и солидарности. У светлу тога, садржина радног односа била је саздана на темељима и идеолошким постулатима самоуправног политичког система. С тим у вези, радно право је, почев од 1944. године прошло неколико развојних етапа, пратећи изградњу целокупно другачијег друштвено-економског модела и планске привредне матрице.⁴⁰¹ Ишло се у правцу напуштања капиталистичког друштвеног уређења и управљања, те формирања друштвено-економских односа на особитим темељима. Нова идеологија допринела је томе да је у раздобљу између 1944. и 1950. године донето преко 90 законских

³⁹⁶ Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије - систем самоуправних међусобних радних односа и основни проблеми социологије рада*, Савремена администрација, Београд, 1979, 79.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Влајко Брајић, „Уговорно и споразумно уређивање односа у области рада“, *Правни живот*, бр. 5–6, 2002, 102.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ I. Politeo, *Radno pravo*, *op. cit.*, 2.

⁴⁰¹ Нав. према: А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 35.

прописа из области рада, махом по узору на најважнији акт тог периода - Устав ФНРЈ из 1946. године.⁴⁰² Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације од 26. октобра 1946. године решено је питање односа према правном систему старе Југославије рушењем окупаторског режима.⁴⁰³ Начела и правни прописи радног права старе Југославије нису могли бити више примењивани, већ је било потребно изградити радно право *ab ovo*, са другим и новим карактеристикама и циљевима и потпуном заштитом радника имајући у виду дотадашњи фрагментарни регулаторни приступ.

Наредна фаза развоја радног права, која се може назвати периодом раног самоуправног социјализма, започета је 1950. године, увођењем радничког самоуправљања и доношењем Основног закона у управљању привредним предузећима и вишим привредним удружењима од 1950. године, који означава почетак изградње самоуправних односа у Југославији, који су на нивоу уставне категорије подигнути Уставним законом о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ и савезним органима власти од јануара 1953. године.⁴⁰⁴ Могуће је ову фазу поделити у три етапе: 1) 1950-1957. године, коју карактерише почетак преузимања предузећа од стране радника и правне празнине у области радних односа, јер радно законодавство није било усаглашено са друштвено економским односима и самоуправљањем у привреди; 2) 1957-1963. године, коју карактерише развој радних односа на самоуправној основи и права кодификација радног права, доношењем Закона о радним односима од 1957. године не би ли се превазишао проблем неусклађености правних прописа⁴⁰⁵ и 3) 1963-1971. године, коју карактерише доношење Устава СФРЈ 1963. године и Основног закона о радним односима од 1965. године,⁴⁰⁶ којим је извршено усаглашавање радних односа са новим положајем радника у непосредном самоуправљању, где класичан концепт радног односа, који постоји између радника и радне организације, бива напуштен у корист нове садржине радног односа, коју чине узајамна права и дужности између чланова радне заједнице, који удружују рад на средствима за производњу у друштвеној својини ступањем у међусобне односе и као чланови радне заједнице у радној организацији самостално утврђују међусобне дужности и права која произлазе из удруженог рада.⁴⁰⁷

Основним законом о радним односима од 1965. године била је предвиђена могућност промена следећих елемената радног односа: 1) посла (трајно или привремено) и 2) места рада. Промена посла, „премештај“ у садашњој терминологији, вршена је кроз институт распоређивања. Распоређивање је вршено на основу једностране одлуке радне заједнице, што је било специфични назив за послодавца, која је могла бити донета уз испуњење одређених претпоставки. У специфичној терминологији овог закона, израз запослени није био коришћен, као ни уговор о раду, већ је адекватан израз био радник и радни однос (изузетно споразум о раду који није кореспондирао уговору о раду), а исто тако се уместо израза посао користио израз радно место.⁴⁰⁸ Наведени механизам распоређивања у потпуности је кореспондирао новом концепту заснивања радног односа, уведеним овим законом, којим је уговор о раду, уз малобројне изузетке, елиминисан из употребе и уступио место решењу послодавца о

⁴⁰² Закон о решавању радних спорова, *Службени лист ФНРЈ* 56/1946.

⁴⁰³ Закон о о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ* 86/1946, 105/1946 и 96/1947.

⁴⁰⁴ Основни закон о управљању државним привредним предузећима и вишим привредним удружењима од стране радних колектива, *Службеном листу ФНРЈ* 43/1950.

⁴⁰⁵ Закон о радним односима, *Службени лист ФНРЈ* 53/1957, 26/1958, 1/1959, 8/1961 и 17/1961. На овом месту ваља поменути да ако распоређивање радника није било уређено правилима предузећа, раднички савет је то питање уређивао правилником. Душан Паравина, „Престанак радног односа по основу технолошког вишка, нарочито према стандардима Међународне организације рада“, *Радно и социјално право*, бр. 4–7, 2000, 20.

⁴⁰⁶ Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ* 17/1965, 43/1966, 52/1966, 26/1968, 20/1969 и 12/1970).

⁴⁰⁷ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, ор. cit., 35; Боривоје Шундерић, *Радни однос. Теорија. Норма, Култура*, Београд, 1990, 179.

⁴⁰⁸ Закон о основама радних односа, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и 51/99.

заснивању радног односа.⁴⁰⁹ Препуштањем самог заснивања радног односа једностраном акту послодавца, који је у идеологији самоуправног социјализма попримао сасвим нову функцију и значење, јасно је да су и све промене услова током трајања радног односа пренете у сферу аката послодавца, односно радне заједнице, што ни у ком случају није искључивало право радника на судску заштиту због незаконитог премештаја, коју је радник могао тражити ако је сматрао да му је премештајем повређено право, након што је код послодавца, односно у радној организацији, одбијен приговор радника против одлуке о премештају.⁴¹⁰ Претпоставке за распоређивање радника на друго радно место биле су да то 1) захтеви процеса рада и да 2) услови за то радно место одговарају стручним и другим радним способностима радника, док је премештај на радно место са мањим или већим способностима био условљен његовим пристанком. Изузетак је био предвиђен само у случају више силе и у другим изузетним околностима, када је радник могао бити привремено распоређен на свако радно место у радној организацији. Основни закон о радним односима је познавао и институт премештаја у друго место рада, али искључиво уз сагласност запосленог, осим када природа делатности радне организације и послови радног места захтевају да се рад врши у другим местима ван места дотадашњег рада, ако је то одређено статутом или другим општим актом.⁴¹¹ У свим поменутим случајевима, није било реч о елементима уговора о рада или радног односа који се мењају споразумно, него о условима рада који се утврђују и мењају у складу са одлукама донетим од стране радне организације. Распоређивање радника је имало значајно место и у Закону о међусобним односима радника у удруженом раду од 1973. године који је превиђао да се у случају технолошких и економских промена у предузећу, раднику мора обезбеди друго одговарајуће радно место, у истој или другој организацији.⁴¹²

Како се југословенско радно право развијало по угледу на совјетско законодавство,⁴¹³ ваља се осврнути на решења Закон о раду РСФСР из 1918. године регулисао је премештај у чл. 40-45, који се реализовао само ако је то у интересу пословања и на основу одлуке надлежног органа управљања.⁴¹⁴ Сходно томе, премештај је вршен по налогу надлежног државног органа, обавезног и за послодавце и за запослене, па је у том смислу њихов договор суштински био немоћан да било шта промени. Пристанак радника на премештај није спомињан, а радник је једино имао право жалбе на одлуку органа управљања о премештају. Уз то, било је могуће организовати принудни премештај читаве радне групе ради извршења хитних друштвених послова у недостатку довољног броја волонтера.⁴¹⁵

Окончање грађанског рата и економске политике комунизма поклопили су се са формирањем СССР-а и усвајањем Закона о раду из 1922. године који је садржао велики број диспозитивних норми, развио уговорне принципе, јасно потврдио слободу рада као врховну друштвену слободу и изградио начело *in favorem laborem* (у правцу побољшања статуса радника). Притом, поменути закон је предвиђа могућност привременог премештаја радника у два случаја: ако предузеће привремено не може запосленом да обезбеди посао за који је закључио уговор о раду и у изузетним случајевима када је потребно спречити претећу

⁴⁰⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 453.

⁴¹⁰ Б. Шундерић, *Радни однос. Теорија, норма, пракса*, *op. cit.*, 40.

⁴¹¹ Закон о радним односима, *Службени гласник РС*, бр. 55/96, 28/01 и 43/01.

⁴¹² Закон о међусобним односима радника у удруженом раду, *Службени лист СФРЈ* 22/1973, чл. 57.

⁴¹³ Иако ово важи само за одређене периоде развоја југословенског радног права, утицај права прве земље социјализма је огроман о чему сведочи и чињеница да су многе државе донеле законе о десовјетизацији. Љубинка Ковачевић, Тијана Угарковић, „Радно право у социјалистичкој Југославији“, у: Дејан Поповић, Борис Беговић, Зоран С. Мирковић (прир.), *Социјалистичко право у Југославији 1945-1990. Трећи том*. Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1315.

⁴¹⁴ Кирилл Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда : сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, Издательство деловой и учебной литературы, Москва, 2005, 59.

⁴¹⁵ Sebastian Kwiecień, „The worker's employment contract - the legal regulations of interwar Poland“, *Roczniki Nauk Prawnych*, Vol. XXVIII, No. 4, 2018, 76.

опасност.⁴¹⁶ Поред тога, запослени је могао премештен у друго место рада (по тадашњој терминологије „пресељење“) или упућен на рад код другог послодавца („премештај“), с тим да ако запослени одбије премештај може бити отпуштен уз исплату отпремнине. Када је реч о принудном премештају, већа државна интервенција у регулисању радних односа довела је до ограничења коришћења тог института само када је то потребно из оперативних разлога и највише у трајању од месец дана.⁴¹⁷

Наредни период био је обележен коришћењем привременог премештаја као дисциплинске казне, што је судска пракса признала као легитимно право послодавца уз аргументацију да је премештај блажа казна од отказа. Са избијањем Другог светског рата и усвајањем ванредних закона уводи се обавезан премештај радника из једног у друго предузеће на захтев послодавца, док је премештај на иницијативу запосленог био строго забрањен, при чему је одбијање рада санкционисано казном затвора од два до четири месеца. Касније, Указом Президијума СССР-а укинута је одговорност радника и обавезни премештај. Искорак напред учињен је са Законом о раду из 1972. године када је уведено опште правило да измена уговора о раду изискује сагласност запосленог. Одбијање запосленог да пређе на друго место рада може довести до отказивања уговора о раду само ако је предлог за премештај учињен због промене локације на којој послодавац послује. Надаље, законодавац наводи три изузетка од општег правила о сагласности запосленог на премештај који иницира послодавац: привремени премештај у случају производне промене,⁴¹⁸ застоја у раду, те дисциплински премештај на слабије плаћено радно место.⁴¹⁹ Новина радног законодавства тог периода је употреба нових правних категорија и изричитог спомињања појма „основни услови рада“. Изричито се наводи да премештај на други посао код истог послодавца без промене специјалности, квалификација, положаја, зараде, бенефиција, предности и других значајних услова рада не индукује промене уговора, већ се сагласност запосленог захтева када се мењају суштински услови уговора. За разлику од ранијег решења када је премештај у друго место рада био могућ, али уз ограничења на период од месец дана, с тим да ограничења нису постојала у погледу броја премештаја који је допуштен за годину дана, осим када је реч о изузетном премештају ради замене привремено одсутног запосленог.

2.3. Концепција уговора о раду као уговора по приступу

У погледу правне природе уговора о раду, поставља се и питање да ли је уговор о раду уговор по приступу. Адхезиони уговор или уговор по приступу је такав уговор код кога понуђач веже склапање уговора за прихватање свих услова садржаних у формулару који предлаже другој страни и не пристаје на измену његове садржине. Понуђени може да те услове прихвати или одбије у целости, јер је понуђач претходно условио закључење уговора таквим поступањем, што значи да понуђени не сарађује у креирању уговора, не постоје елементи преговарања, те се аутономија страна своди на прихватање или одбијање понуде у целости. Штавише, неједнакост преговарачке моћи присутна је још у предуговорној фази, док се по закључењу уговора о раду она дефинитивно утврђује. С тим у вези, и ми ћемо се осврнути на дилему да ли и уговор о раду треба сматрати адхезионим уговором с обзиром на неравноправан положај уговорних страна?

Заступници теорије уговора о раду као уговора по пристанку истичу да код закључивања уговора по пристанку, где спада у првом реду уговор о раду, нема слободног преговарања о

⁴¹⁶ Тетяна В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *Вестник Пермского Университета*, бр. 3, вол. 21, 2013, 158.

⁴¹⁷ Леонид Юрьевич Бутров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *Советское государство и право*, бр. 12, 1988, 40.

⁴¹⁸ У каснијој законској верзији појам „производне промене“ је уско постављен, уз могућност ширења опсега случајева колективним уговором о раду. *Ibid.*

⁴¹⁹ Carolyn Sappideen, Paul M O'Grady Qc, Joellen Riley, Belinda Smith, *Macken's Law of Employment*, Eighth Edition, Lawbook Co., Australia, 2016, 99.

правима и дужностима које настају из овог уговора.⁴²⁰ Једна страна поставља услове за закључење уговора, а друга страна има могућност да приступи овако одређеним условима рада и закључи уговор, или да не пристане на ове услове и одустане од закључења уговора. Суштински, слобода преговарања је фиктивна, јер се аутономија воље једне стране исцрпљује у томе да пристане или не на понуду друге стране.⁴²¹ На тај начин, понуда се поистовећује са садржином уговора, док је за постојање самог уговора битно присуство сагласности воља која је управљена на стварање права и обавеза. Дакле, потребно је да постоји сагласност воља о размени рада за награду, а недостатак пуне аутономије воље не значи да уговор није настао. Отуда, и правилник о раду би био уговорног карактера, јер се и овај акт базира на сагласју воља која је усмерена у правцу изградње међусобних права и обавезе. Правилник о раду или правила радног реда су у суштини понуда за закључење уговора о раду, чија је садржина изјавом пријема понуде од стране радника претворена у садржину самог уговора, а услови рада садржани у правилнику постају прави уговорни услови.⁴²²

Послодавци су у почетку закључивали појединачне уговоре да би са њиховим умножавањем у циљу једнообразности уређивања односа поводом рада прописивали опште услове рада садржине у радном реду.⁴²³ То су услови рада унапред одређени које послодавац (стипулант) утврђује у предуговорној фази, а које радник (адхерент) безусловно прихвата. Поборници теорије уговора о раду као „уговора по пристанку“ истичу да је за закључење уговора битна сагласност воља уговорних страна, а да с друге стране није битно што не постоји пуна аутономија воље и каквог су домаћаја дејства проузрокована овом сагласношћу воља.⁴²⁴

Против ове теорије устали си истакнути француски правни стручњаци који су предложили усвајање појма тзв. споразума-закона, чије се дејство не састоји у стварању облигације, него у установљавању објективно важећих норми. По њиховом мишљењу, такви су уговори по пристанку какав је уговор о раду, уз назнаку да овде у ствари и није реч о уговору.⁴²⁵ То је нарочити споразум који између странака заснива једно стање објективно нормирано правилима наметнутим једностраном вољом јаче стране (послодавца), као и правилима закона и колективних уговора.

У великом броју случајева, уговор о раду почива на економском ограничењу у смислу да „ко год жели да живи достојанствено, а не може да рачуна на имовину или на довољан капитал, нема другог избора него да закључи уговор о раду.“⁴²⁶ Наиме, због велике понуде радне снаге, а недостатка посла, запослени су спремни да прихвате неповољне услове рада. У складу са максимумом „узми или остави“ запослени пристају на неповољно услове рада не би ли обезбедили средства за издржавање.⁴²⁷ У реалним друштвеним односима ситуација је таква да лице које жели да заснује радни однос код одређеног послодавца има само могућност да потпише или да одбије понуђени уговор, чије је битне елементе послодавац већ одредио.⁴²⁸ Радни однос је по својој суштини однос неједнакости, где јача страна слабијој намеће услове рада, који неретко могу бити и прекарни.

⁴²⁰ Слободан Г. Вукадиновић, „Адхезиони уговори у француском праву“, *Страни правни живот*, год. 64, бр. 1, 2020, 8.

⁴²¹ Душан Р. Паравина, *Радно право*, Службени гласник, Београд, 1998, 200.

⁴²² Борислав Т. Благојевић, *Уговори по пристанку: формуларни уговори*, докторска расправа, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1934, 67.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ Craig Paul Sherwood, „The Contract of Employment: Judicial vs Parliamentary Reform“, *Kent Student Law Review*, Vol. 3, 2017, 6.

⁴²⁵ Ahmed Idriss Adoum, *Le contenu contractuel du contrat de travail: Contribution a l'étude de la modification du contrat de travail*, Université de Poitiers, Orléans, 2007, 33.

⁴²⁶ Michel Coutu, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *Journal of Law and Society*, Vol. 36, бр. 4, 2009, 568.

⁴²⁷ *Ibid.*

⁴²⁸ Aditi Bagchi, „The Myth of Equality in the Employment Relation“, *Michigan State Law Review*, бр. 3, 2009, 580.

Послодавац приликом закључења уговора о раду јесте доминантнија уговорна страна али је та његова надмоћност ограничена пре свега императивним законским нормама као и прокламованим и зајамченим људским правима и слободама које послодавац мора поштовати.⁴²⁹ Међутим, ово не значи да уговор о раду треба сматрати уговором по приступу, где би битне елементе уговора одређивала економски јача уговорна страна, односно послодавац. Код уговора о раду послодавац, који је економски (и правно) јача страна, одређује битне елементе уговора, с тим да је и воља послодавца ограничена јер се у одређивању права, обавеза и одговорности запосленог мора кретати у законом одређеним границама, да би уговор о раду био пуноважан. Уместо о уговорној неједнакости која ставља теоретичаре пред дилему да ли је уговор о раду адхезиони уговор, Колинс (Hugh Collins) је испитивао асиметрију моћи између послодаваца и запослених кроз концепте тржишне моћи и бирократске власти. То је особити приступ будући да се не полази од генералне поставке супериорности послодаваца у односу на запослене већ се надмоћ једне стране радног односа индивидуално оцењује кроз степен концентрисаности који на тржишту рада остварује послодавац као привредни субјект.⁴³⁰

2.4. Уговор о раду у интервенционистичком поретку

2.4.1. Општа разматрања

Историја радног права је историја борбе економски слабијих појединаца у друштву за индивидуални напредак, слободу и сигурност. Радно право је настало као резултат друштвене супротности између рада и капитала, која се наставља и мења кроз историју, те се у првим годинама државног интервенционизма јавља у нешто другачијој форми у односу на актуелни политички и економски систем. У време економског и политичког либерализма који су обележили 19. век и када је радно право било под капом грађанског права, однос између радника и послодавца карактерисао се као најамни однос, у којем радник продаје своју радну снагу заузврат примајући најамнину.⁴³¹ У том контексту, рад је имао карактер робе која се купује за процењену тржишну вредност сходно тржишним условима у датом економском миљеу. Радећи у врло тешким и нерегулисаним радним условима, започети су организовани притисци радника и радничких удружења за побољшање услова рада, што је резултирало интервенцијом државе у радне односе, како би мерама заштитног карактера били изграђени праведнији и хуманији услови.

У већини правних система, држава је постала имплицитна трећа страна уговора о раду, са задатком каналисања ризика несигурности, којима је изложена радна снага, кроз радничко заштитно законодавство и системе социјалног осигурања. Тржиште рада постаје засновано на коришћењу законодавства као активног инструмента економске политике. Предложено је, отуда, да је за процену будућности уговора о раду неопходно разумети његову прошлост. Уговорне концепције обезбеђују функционалан технички апарат за законско регулисање радних односа.⁴³² Интервенција државе у област индивидуалног уговарања има за циљ заштиту запосленог који је економски слабија страна у уговорном односу. Ово из разлога што је диспарат моћи у радном односу видљив од момента закључења уговора о раду, у процесу измена његових битних елемената, и траје све до његовог престанка.

⁴²⁹ Ahmed Idriss Adoum, *Le contenu contractuel du contrat de travail: Contribution a l'étude de la modification du contrat de travail*, op. cit., 34.

⁴³⁰ Hugh Collins; Market Power, "Bureaucratic Power, and the Contract of Employment", *Industrial Law Journal*, Vol. 15, бр. 1, 1986, 3.

⁴³¹ Душан Паравина, „Прилог проучавању неких фундаменталних питања радног права“, Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z17/10z17.pdf>, 4.6.2023.

⁴³² Marlize Ingrid van Jaarsveld, „Contract in Employment: Weathering Storms in Mixed Jurisdictions? Some Comparative Thoughts“, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008, 5.

Слобода уговора се видела као принцип који обезбеђује елементарно поштовање достојанства, аутономије и равноправности грађана. Поред тога што слобода уговора унапређује личну слободу, она омогућава најефикаснију расподелу ресурса у друштву. Верује се да свака страна најбоље познаје своје интересе које ће делотворно преточити у уговор постизањем компромиса, без спољних интервенција. У основи, аутономија воље даје слободу избора уговорног партнера, чиме се отклања могућност третирања рада као робе која се по одређеној цени купује и продаје на тржишту. Међутим, реалност је сасвим другачија, неједнакост преговарачке моћи оставља већини запослених једноставан избор да ли да прихвате или не услове које послодавац једнострано нуди колико год они неповољни били.⁴³³ Осим тога, уговор о раду прати и информациона асиметрија, која је, попут неједнакости преговарачке моћи, инхерентна том уговору.

По речима немачког социолога Макса Вебера (Max Weber) формално право радника да склопи уговор о раду са било којим послодавцем у пракси не представља за тражиоца запослења ни најмању слободу у одређивању сопствених услова рада и не гарантује му никакав утицај у преговарачком процесу.⁴³⁴ Врховни суд Канаде је у једном случају из 90-их година прошлог века признао да се уговори о раду разликују од типичних трговачких уговора јер услови уговора о раду ретко произилазе из вршења слободне преговарачке моћи на начин којим се врше комерцијалне размене између трговаца. С тим у вези, уочава се да није спорна тврдња да је запослени обично слабија страна у уговору о раду него то да ли је његова позиција проблематична и условљена потребом за законодавном интервенцијом.⁴³⁵

Одговор на неравнотежу снага у радном односу је и режим колективног преговарања, који се најбоље описује најчешће навођеним цитатом професора права на Оксфордском универзитету Ото Кан-Фројнда: „Радни однос је акт потчињавања, у свом деловању је услов субординације, колико год потчињавање и субординација могли бити прикривени неизоставним плодом правног ума познатог као уговор о раду. Главни објекат радног права и колективног преговарања је да буде противна сила за супротстављање неједнакости преговарачке моћи која је својствена и која мора бити својствена радном односу и [уговору о раду]“. ⁴³⁶ Како економска зависност одређених субјеката битно утиче на слободно формирање и изражавање њихове воље и заштите њихових економских интереса, сукоб номиналног (права) и стварног (живота) довео је до тога да се индивидуалистички правни поредак замени интервенционистичким.

Радно право је управо и настало као резултат државне интервенције и социјалног дијалога, са циљем заштите радника и дефинисањем минималних права. Са почетком регулисања права радника почиње и развој радног права. Тако прва интервенција друштва и организоване државне власти била је усмерена у правцу побољшања положаја радника, кроз изградњу заштитног законодавства у којем је правна субординација издвојена као битан елемент уговора о раду. Заштитно законодавство је изграђено као резултат потребе да се регулишу односи између радника и послодаваца, конституишу међусобна права и обавезе и успостави социјална равнотежа. Модел социјалдемократске држава благостања у којој примат имају једнакост, сигурност и радничка права појавио се у Уставу Немачке Вајмарске републике (1919-1933) и Мексичком Уставу (1917).

Са пружањем уставне заштите правима радника мења се и карактер заштитног законодавства који добија демократске обресе, пошто престаје да буде „дар просвећене

⁴³³ Сенад Јашаревић, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2012, 174.

⁴³⁴ Нав. према: M. Coutu, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *op. cit.*, 568.

⁴³⁵ Нав. према: Radley Henrico, Nicola Smit, „The contract of employment in labour law: obstacle or panacea?“, *Obiter*, Vol. 31, бр. 2, 2010, 248.

⁴³⁶ Paul Davies, Mark Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, *op. cit.*, 18.

владајуће класе и постаје право радног народа“.⁴³⁷ Основни узрок појаве посебног законодавства које ће обезбедити заштиту слабије стране и ограничити (управљачку, нормативну и дисциплинску) моћ послодавца лежала је у чињеници да је радничка класа, због своје бројности и заједничке акције, постала значајан друштвени чинилац и сигурна снага која прети да разори капиталистичко друштво. С друге стране, присутна је била и намера социјализације радних односа, која је била стављена у други план, јер је примат ипак узимао интервенционизам у сфери уговорних слобода. Прве обриси заштитног законодавства видимо у 19. веку, најпре у Енглеској када је донет Закон о заштити сирочади поверене парохијама који су имали својство шегрта из 1802. године.⁴³⁸ Заштитно законодавство се временом све више ширило, права и обавезе из радног односа су се регулисале правним нормама, што је довело до измена услова рада приликом заснивања радног односа, али и до изградње посебних правила о изменама уговора о раду, премда је уговор о раду изгубио статус јединог извора права у односима између послодавца и радника.

2.5. Општа ограничења аутономије воље у уговорним односима

2.5.1. Уводне напомене

Наиме, индустријализација је дефинисана као успон фабрика, прелазак са руралне на индустријску и урбану економију, прелазак са пољопривредног издржавања на зависност од најамног рада, или, још апстрактније, као кретање од статуса ка уговору.⁴³⁹ Та кретања су праћена доктринарним развојем, у којем уговор као акт правичности настаје на бази слободно изражене воље, и где стране уговорнице уређују међусобне односе.⁴⁴⁰ Како су странке слободне преузеле обавезу у светлу учења о аутономији воље, не могу се касније позивати на то да су им обавезе претешке и да их не могу испунити на начин на који је предвиђено уговором. Швајцарски законодавац инспирисан пандектистичким правом признаје да је уговор плод заједничке воље засноване на сусрету реципрочних и усаглашених воља.⁴⁴¹

У свом апсолутном значењу, аутономија воље се испољава на више нивоа то јест као вишедимензионална уговорна слобода, у смислу слободе уговорног обвезивања, слободе избора сауговорача, слободе избора врсте и садржине уговора. Дакле, странке су слободне да одреде садржину уговора, утврде битне елементе и међусобна права и обавезе. Следствено томе, уговор, као продукт заједничке воље, не може бити измењен радњом трећег лица, одлуком суда, самих уговорача или државним актом. Доследна примена ове теорије на уговорне односе из више разлога није била могућа, тако да је у већој или мањој мери аутономија воље ограничена.⁴⁴²

На то се надовезује чињеница да радно право произлази из првих друштвених реформи која је буржоаска држава била принуђена да спроведе услед јачања радничке свести, а реформе су ишле управо у правцу ограничавања слободе који је уговор нудио. Све више се поставља питање колико је код уговора о раду присутна аутономија воље, равноправност уговорних страна и слобода уговарања. Свакако да и код уговора о раду постоји слобода уговарања, али

⁴³⁷ M. Coutu, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *op. cit.*, 568.

⁴³⁸ Ralf Rogowski, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2013, 174.

⁴³⁹ Luis Fernando Vallecilla Baena, „La relación laboral y el contrato de trabajo“, у: Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya, Eduardo Andrés Perafán Del Campo (eds.), *Derecho Laboral en Colombia*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2018, 27.

⁴⁴⁰ У том смислу инсистира се на савесном деловању и правичном поступању. Начело савесности и поштења може олакшати остваривање људских права на нивоу уговора о раду. С тим у вези, преостала ограничења слободе уговарања у Британији, као што су казнене санкције прописане законима о господарима и слугама против радника због напуштања посла без дозволе, коначно су укинута 1875. године.

⁴⁴¹ F. Marhold, M. Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, *op. cit.*, 74.

⁴⁴² José Ignacio García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, бр. 34, 2013, 8.

је она ограничена, за разлику од уговора грађанског права у смислу да је слобода уговарања ограничена законским одредбама о заштити минималних права запосленог. Права запосленог предвиђена у уговору о раду морају бити у сагласности са законским одредбама, али уговором о раду та права могу бити и проширена у складу са начелом *in favorem laboratoris*. Дакле, слобода уговарања у радном праву ограничена је интервенцијом државе у корист слабије стране.⁴⁴³

Поменута ограничења нарочито добијају на значају у контексту института измена елемената уговора о раду због чега ћемо на овом месту изложити интересантна упоредноправна гледишта. Измена уговора се тиче само измене елемената уговора, без обзира на важност измене, док измена елемената за које се може сматрати да спада у управљачку власт послодавца остаје потпуно ван уговорног режима. С друге стране, швајцарски судија се позива на критеријуме поступања у доброј вери и тако у сваком конкретном случају утврђује да ли запослени треба да се придржава одређених налога које је издао послодавац.⁴⁴⁴ Из тога следи да се принцип добре вере користи са циљем да се превазиђу ригидности које произлазе из примене стриктно уговорног приступа, будући да се узимају у обзир и негативне последице измене уговора о раду на позицију запосленог. На више места у тексту швајцарског Грађанског законика помиње се општи принцип добре вере, те је запослени дужан да ради „прековремено у мери у којој правила добре вере то дозвољавају“, те да се придржава општих и посебних упутстава која су му дата „према правилима добре вере“, док послодавац има обавезу да штити личност запосленог у мери у којој „природа посла и принцип правичности то дозвољавају“, као и да раскине радни однос из „оправданих разлога и свих околности које те дозвољавају према правилима добре вере“.⁴⁴⁵

2.5.2. Принудни прописи

Одређивање садржаја уговора о раду један је од аспеката уговарања радног односа у којем је слобода уговарања значајно ограничена. Опсег слободе уређивања садржаја уговора о раду одређен је, пре свега, законским одредбама (и одредбама колективних уговора) о обавезним минималним условима у којима се мора обављати рад. Странке уговора о раду слободне су уговорити врсту рада и радно време (пуно или непуно), а често и висину зараде. Затим, од странака се најчешће захтева да у писани уговор о раду унесу одређене, битне елементе.⁴⁴⁶ Без обзира да ли су странке утврдиле реципрочним сусретом воља садржину уговора о раду и његове елементе, границе у формирању садржине уговора о раду поставља закон и стандарди изграђени у оквиру општих уговорних правила и забране злоупотреба права.

Наиме, послодавац, као руководилац предузећа, врши своја овлашћења у интересу предузећа и судска пракса контролише њихову примену из угла злоупотребе овлашћења, у смислу да се овлашћење врши да би се постигла поменута сврха, не испитујући као код злоупотреба права да ли постоји намера да се нанесе штета.⁴⁴⁷ Остављајући по страни минорне разлике, француска судска пракса нагиње ставу да ваљаност клаузуле географске мобилности контролише из перспективе уговорног принципа поступања у доброј вери.⁴⁴⁸ То је навело поједине француске ауторе да укажу на недостатке, особито јер француски Законик о раду

⁴⁴³ Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Субординација у радном праву и савремени изазови разграничења уговора о раду и уговора о делу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, год. LIV, бр. 70, 2015, 176-177.

⁴⁴⁴ Linda Clarke, „Mutuality of Obligations and the Contract of Employment: *Carmichael and Another v National Power plc*“, *The Modern Law Review*, Vol. 63, 2000, 757.

⁴⁴⁵ Joellen Riley, „Siblings but not twins: making sense of ‘mutual trust’ and ‘good faith’ in employment contracts“, *Melbourne University Law Review*, Vol. 36, 2012, 525.

⁴⁴⁶ У послератном периоду, правила коју се односила на садржину уговора о раду уређивао је министар рада ФНРЈ правилником, те је тако Правилник из 1995. године у образцу 1 конситуисао битне елементе уговора, док је образац 2 има за предмет анекс уговора о раду у случају када дође до промене битних елемената.

⁴⁴⁷ J. Riley, Siblings but not twins: making sense of ‘mutual trust’ and ‘good faith’ in employment contracts, *op. cit.*, 525.

⁴⁴⁸ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relations individuelles de travail*, *op. cit.*, 104.

изричито предвиђа да уговор о раду подлеже правилима обичајног права.⁴⁴⁹ Ово посебно ако се има у виду да је француски Касациони суд показао јасну тенденцију која иде у правцу да се предност даје начелима уговорног права у случају одсуства законске одредбе у радном праву, уз њихово неопходно прилагођавање. Исто тако, швајцарски Савезни суд користи основне појмове приватног права, попут, добре вере, правичности, јавног реда, захтева за заштиту интереса у контексту злоупотребе права итд.⁴⁵⁰

Тако, послодавац је дужан да уговор о раду дужан изврши у доброј вери, што значи да је злоупотребљена клаузула географске мобилности када је послодавац запосленом који се налази у тешкој породичној ситуацији наметнуо хитан прелазак на други посао који би могао да ради други запослени. Судија је дужан да, у зависности од сваког конкретног случаја, испита да ли се ограничења слобода запосленог клаузулом географске мобилности премашују, у смислу трајања, обима примена, материјалног садржаја или комбинација тих елемената, допуштене границе.⁴⁵¹ У швајцарском праву та граница је постављена у смислу да је клаузула географске мобилности ништава ако је супротна моралу, док је у француском праву, с друге стране, потребно утврдити да ли постоји равнотежа између интереса предузећа и заштите основних права запосленог.⁴⁵²

Од правом уређене слободе обликовања садржаја уговора о раду ваља разликовати стварну могућност утицаја странака на садржај уговора.⁴⁵³ Наиме, честа је ситуација да послодавац нуди раднику услове рада које је једнострано утврдио, а радник једино има опцију да пристане на те услове или одустане од закључења уговора. На тим темељима, у немачком праву се развила идеја да границе постављене законом или колективним уговором о раду нису довољна гаранција нужној и правичној заштити радника. због чега су потребна друга средства контроле уговорног садржаја, утемељена на општим начелима.⁴⁵⁴ Следствено томе, уведен је појам контроле садржаја уговора (*Inhaltskontrolle*), која укључује контролу да ли је уговор о раду противан моралу (*Sittenwidrigkeit*), као и контролу правичности и поштења (*Billigkeit*) у поступању страна уговорница.

2.5.3. Јавни поредак

У утврђивању улоге и значаја уговора о раду поставља се неколико питања од којих је прво то да ли уговор о раду испуњава формални услов који се огледа у могућности коришћења уговора о раду као критеријума разграничења подређеног и независног рада, те да ли су јасно одређене границе његове примене. Дакле, формални услов се своди на то да ли је неспорно ко се јавља у улози страна уговорница, запосленог и послодавца, односно каква су њихова узајамна права и дужности. Поред формалног, изникао је и формалнофункционални услов који уговор о раду треба да испуни, што је од нарочитог значаја за странке које могу поуздано предвидети све последице употребе уговора о раду и с тим у вези користити ову врсту уговора као средство за уређивање међусобних односа. Потом, материјалнофункционални услов је испуњен ако уговор о раду тачно осликава намеру страна уговорница и претендује да одговори њиховим захтевима у погледу материјалних ограничења и подела одговорности. Коначно, испуњеност друштвеног услова даје одговор на питање да ли уговор о раду у довољној мери доприноси јавном реду, продуктивности и друштвено-економској политици.

⁴⁴⁹ *Ibid.*

⁴⁵⁰ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit., 244.

⁴⁵¹ Hans Brox, Bernd Rütters, Martin Henssler, *Arbeitsrecht: Studienbücher Rechtswissenschaft*, 20., überarbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2020, 71.

⁴⁵² *Ibid.*, 74.

⁴⁵³ Laura Bennett, *Making Labour Law in Australia: Industrial Relations, Politics and Law*, The Law Book Company, Sydney, 1994, 143.

⁴⁵⁴ У предузећима с великим бројем запослених постоји и стварна потреба да се због разлога рационализације, услови рада већине радника уреде на јединствен начин, чиме је ограничена слобода уговарања не само радника, него и послодавца. H. Brox, B. Rütters, M. Henssler, *Arbeitsrecht: Studienbücher Rechtswissenschaft*, op. cit., 71.

Осим функција који уговора о раду остварује, у закључењу и примени уговора о раду велику улогу има јавни поредак. Јавни поредак представља важан концепт у праву, укључујући и радно право. У контексту уговора о раду, јавни поредак односи се на скуп правних норми и принципа који су утврђени ради заштите основних интереса друштва, моралних и етичких вредности, као и права радника. У овом тексту ћемо истражити улогу јавног поретка у уговору о раду, његове аспекте, као и последице кршења ових принципа. Јавни поредак се у праву дефинише као скуп основних правила и принципа који осигуравају функционалност друштва, правду и безбедност.⁴⁵⁵ У контексту радних односа, јавни поредак подразумева заштиту права запослених, као и утврђивање минималних радних стандарда. Другим речима, уговор о раду мора бити у складу са законом, не сме садржати одредбе које су супротне моралним и етичким нормама (дискриминишуће одредбе) и мора поштовати права запослених, као што су право на одговарајућу (минималну) зараду, право на ограничено радно време и одмор или право на безбедност и здравље на раду. У погледу уговора о раду, јавни поредак игра кључну улогу у одређивању оквира у којем се могу извршити измене уговора. Послодавци и запослени (или њихови представници) треба да преговорају о предложеним изменама уговора, како би дошли до компромиса и решења које је прихватљиво за обе стране. У случају повреде установе јавног поретка послодавци су одговорни за кршење радних права и подлежу одговарајућим правним санкцијама.

Премда су прве грађанске кодификације уврстиле диспозитивне норме за регулисање уговора о раду чије је закључивање било ограничено установом јавног поретка и морала, у пракси је интервенција државе била поприлично лабава и постављена на индивидуалистичким темељима, те су се и поменуте границе слободе уговарања дезавуисале у поступцима заштите права радника. То је било видљиво нарочито у француској јуриспруденцији где су судови одбијали да врше ревизију уговора, не уважавајући чињеницу да је еквивалентност давања нарушена или да је уговор у целости неповољан за једну страну уговорницу. У француском праву, јавни поредак је коришћен као заједнички стандард за све, а колективни уговор се кретао у границама принудних норми. Наиме, одступање од принудних одредби закона кроз индивидуални уговор о раду имало је ограничен обим.⁴⁵⁶ У том смислу, странке немају право да мењају уговор *in rebus* одступајући од обавезних правила. Ово из разлога што споразуми којима се дерогирају права запослених доводе до ревизије основних принципа и стандарда. С тим у вези, се поставило питање да ли ти споразуми имају обавезно и непосредно дејство односно да ли послодавац мора имати сагласност запосленог, нарочито ако се имају у виду одступања од законских одредби које се изричито наводе у швајцарском Грађанском законнику. Као пример навешћемо поменути законик у којем стоји да: „споразуми који одступају од законских прописа дозвољени су само ако законом није утврђено другачије или ако одступање не укључује повреду јавног реда, морала или права личности“.⁴⁵⁷

Јавни поредак представља основу за правно регулисање уговора о раду, осигуравајући заштиту основних права запослених и промовишући правду и етику у радним односима. Поштовање принципа јавног поретка је од кључног значаја за стварање фер радног окружења. Улагање у правне механизме који обезбеђују поштовање јавног поретка доприноси стабилности и поверењу, што је од суштинског значаја за успешно функционисање сваког предузећа. Улагање у транспарентност и правичност у поступку измене уговора не само да побољшава односе између послодаваца и запослених, већ и доприноси стварању позитивног радног окружења.

⁴⁵⁵ Слободан Перовић, „Границе слободе уговарања“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. XIX, бр. 5-6, 1971, 503.

⁴⁵⁶ L. Betten, *International Labour Law*, op. cit., 66.

⁴⁵⁷ Швајцарски Грађански законик (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*), чл. 19. Доступно на: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de

2.5.4. Добри обичаји

Сигурно је да свака измена клаузуле уговора о раду представља измену уговора о раду за коју је потребан пристанак запосленог. Француска судска пракса потврђује ништавост клаузуле која би довеле до тога да се запослени унапред одрекне права да одбије измену битног елемента уговора о раду.⁴⁵⁸ Штавише, у каснијој јуриспруденције, тачније, у случају из 2001. године, је прецизирано да ово право радника спада у круг права који чине саставни део јавног поретка, док је јавни поредак саграђен од круцијалних јавних интереса. Притом, један од елемената јавног интереса је остваривање и заштита људских слобода и права. Додатно, слобода уговора не може уклонити принципе јавног поретка (и добрих обичаја) који је присутан у свим гранама права укључујући и радно право.⁴⁵⁹

Примера ради, позитивноправне норме које су регулисале рад у Белорусији која је у то време била део Руске империје биле су присутне у форми правних обичаја, као доминантан извор права на територији те земље све до средине 15. века.⁴⁶⁰ Такође, постојале су и норме које су се односиле на премештај на други посао или у друго место рада, али су оне биле осмишљене не са циљем да регулишу најамне односе, већ вазално-сениорске односе између вазала и сениора, кметске односе између сељака и феудалаца, као и својинске односе над робовима (слугама).⁴⁶¹ Са изградњом писаног закона правила о изменама уговорних (радних) односа постала су сложенија и детаљнија. Тако, 12 Статут Велике Кнежевине Литваније из 1588. године утврдио је услове за премештај слуге на ново радно место.⁴⁶² У том смислу, било је потребно добијање отвореног листа од старог господара у којем се наводи да га је слуга поштено служио, док је нови власник мора упише у регистар нове слуге и њихове личне податке. Све наведено представља клицу будућих радноправних норми којима су регулисани радни (најамни) односи у поступку измене уговора о најму рада.⁴⁶³ С друге стране, одређене врсте уговорних модификација добиле су законодавну потврду тек у совјетском периоду. Коначно, формирање независне правне категорије измене уговора о раду се везује се за период 80-их и 90-их година прошлог века.

У контексту добрих обичаја, као посебног ограничења аутономије воље субјеката уговора о раду ваља се осврнути на један новији предмет из француске судске праксе у којем је доведено у питање постојање уговора о раду. У питању је контроверзна одлука која се односила се на учеснике ријалити шоу-програма који су снимани током својих редовних дневних активности.⁴⁶⁴ Иако је програм осмишљен са циљем стварања одређене економске вредности за организаторе, конституисање победника и главне награде је изостало пошто су четири невенчана пара која су провела 12 дана у хотелу на Тајланду требало да испитају своја узајамна осећања. Условe живота, дневни програм и остала правила одређивала је искључиво продуцентска кућа. Током трајања програма коришћење модерних уређаја ради комуникације са спољним светом није било могуће. Такође, учесницима је било забрањено да носе одећу или накит који продуцентска кућа није претходно одобрила својим правилником. Главни аргумент против постојања уговора о раду у овом случају односио се на недостатак радног учинка с обзиром на то да се испитивање нечијих осећања не може поистоветити са радом.⁴⁶⁵ У супротном долази до мешања личност радника са радом и резултатима рада што може довести до апсурда да се вођење уобичајеног живота сматра нарочитом радном активношћу. Суд је

⁴⁵⁸ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, op. cit., 115.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, op. cit., 76.

⁴⁶¹ Roger Rideut, „The Lack of Principles in Labour Law“, *Current Legal Problems*, Vol. 53, бр.1, 2000, 420.

⁴⁶² К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, op. cit., 80.

⁴⁶³ *Ibid.*, 45.

⁴⁶⁴ Michael Despax, „L'évolution du rapport de subordination“, *Droit social*, бр. 1, 1982, 11

⁴⁶⁵ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, op. cit., 35.

ипак заузео другачије становиште, наглашавајући да рад подразумева било коју врсту људске делатности која има економску вредност, под условом да није противзаконита или супротна добрим обичајима.⁴⁶⁶ Елемент који одређује постојање уговора о раду учесника програма са продуцентском кућом није сама природа посла већ услови под којима се он обавља, те је постојање субординације видљиво је из тога што се у емисији захтевала стална доступност учесника поред обавезе да суделују у унапред предвиђеним активностима као што је учешће у низу интервјуа чији су се одговори објављивани само када су у складу са политиком емисије.⁴⁶⁷ У том смислу се закључује да је процена уговора о раду вршена на бази постојања правне субординације као битног елемента, али и чињеница да наведена активност која се може сматрати радом није нарушавала добре пословне обичаје. То даље значи да би квалификација уговора о раду изостала када би се утврдило да је рад био супротан добрим обичајима, независно од присуства правне субординације, будући да су наведени услови кумулативни.

2.6. Посебна ограничења аутономије воље субјеката уговора о раду

2.6.1. Закључивање уговора о раду

Радни однос представља централно обележје и корелативни појам уговора о раду, јер се њиме изражава његов смисао и суштина (појмовно и садржински). Наиме, да би настао радни однос неопходно је испуњење различитих услова, међу којима је први и основни, постојање уговора о раду. Овакав приступ нам омогућује да вршимо јасну дистинкцију у односу на друге видове уговора којима се не заснива радни однос, јер он пружа индиције за оцену вида радног ангажовања.⁴⁶⁸ Закључење уговора о раду је један од основних корака у успостављању радног односа између послодавца и запосленог. Овај процес укључује правне и практичне аспекте и од кључног је значаја за обе стране. Ово из разлога што је уговор о раду не само правни основ, већ и гаранција за послодавца и запосленог да ће поштовати своје обавезе.

Уговор о раду и радни однос су појмови са самосталним значењем, премда се мора указати на постојање тесне везе између њих. Радни однос је правни однос који настаје између запосленог и послодавца након закључења уговора о раду и изражава се кроз одговарајућа права и обавезе које се конституишу. Након закључења уговора о раду настају права и обавезе за стране чиме се формулише њихова садржина. Као што се из претходног излагања види, садржај уговора о раду у своја три значења је свакако повезан са условима које су стране развиле (уговорени услови рада). Дакле, потребно је правилно разумети појмове уговор о раду и радни однос, који иако међусобно уско повезани и слични по предметима, ипак, имају низ садржајних разлика.⁴⁶⁹ Однос између поменутих појмова је контроверзан, нарочито у ситуацијама када садржај радног односа није исцрпно одређен уговором. С друге стране, садржај уговора о раду се углавном разматра у двоструком смислу: прво, услови који су развиле уговорне стране саме; друго, услови које уговорне стране не развијају, а утврђују се законом или подзаконским актом, као и услови које стране имају у виду приликом закључивања уговора о раду, будући да се овим условима регулишу међусобна права и обавезе.⁴⁷⁰ Услови које су развиле уговорне стране се деле у две групе: неопходни услови то

⁴⁶⁶ Roger Welch, „Whither british labour law crisis, what crisis? - an historical perspective on the juridification of british industrial relations“, *Contemporary Issues in Law*, Vol. 12, бр. 2, 2013, 148.

⁴⁶⁷ F. Rosioru, The changing concept of subordination, 7. Доступно на: https://mta-pte.ajk.pte.hu/downloads/felicia_rosioru.pdf, 7.8.2023

⁴⁶⁸ Вера Бакић, „Уговори којима се не заснива радни однос са послодавцем – Радна експлоатација или начин обезбеђења социјалног мира“, *Правни живот*, бр. 11, 2018, 367.

⁴⁶⁹ Hugh Collins, „Why are There Contracts of Employment?“, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, бр. 4, 1993, 764.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

јест они без којих се уговор о раду не може сматрати закљученим, и додатни услови чије постојање није неопходно за постојање уговора.

Наиме, поједини руски аутори који се ослањају на уско тумаче садржаја уговора о раду развили су 20-их година 20. века идеју о утврђивању садржаја уговора о раду кроз уговорне услове и одвајање од садржаја правног односа. Руски аутор Шахов пише да: „што се тиче тзв. изведених услова уговора о раду (о којима се традиционално говори у науци), они ни на који начин не зависе од воље страна у уговору и не чине његов садржај, већ конкретна права и обавезе субјекта настала из уговора“.⁴⁷¹ Задржавајући се на подели услова уговора на неопходне и додатне, која не укључује у садржај (услове) уговора о раду, права и обавезе утврђене законима, колективним уговорима и интерним актима. Притом, садржај се као филозофска категорија начелно схвата као „јединство свих саставних елемената предмета“.⁴⁷² Отуда, садржај уговора о раду је систем елемената „у њиховој интеракцији и квалитативној извесности“.⁴⁷³ Штавише, поједини аутори истичу да је суштина радног односа уграђена у сам уговор о раду који је материјалноправно посматрано испуњен одређеним садржајем.⁴⁷⁴

Као што смо поменули, појам уговора о раду издељен је у три компоненте и може се посматрати у три значења: уговор као правни акт, као правни однос и као правни документ.⁴⁷⁵ Уговор као правни акт представља сагласност воља између два или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос, чиме се кроз сам појам потврђује да се уговор о раду анексира на споразумној основи. Као правни однос, уговор је последица уговора као правног акта, јер он представља једно правно стање које траје и уколико му је трајност дужа, већа је вероватноћа да ће настати околности које ће изискивати измену уговора. Уговор као правни документ је уговорна исправа, у којој су исписане сагласне изјаве воља одређених лица. У том смислу, анекс је пратећи писани документ који допуњује и мења уговор о раду са којим чини јединство.⁴⁷⁶ Ово треће значење ставља акценат на индивидуално уговорно регулисање односа између страна.

Поред тога, уговор о раду служи као механизам за решавање потенцијалних конфликта. Уколико дође до неслагања, обе стране могу се ослонити на уговор као на референтни документ који одређује њихова права, обавезе и одговорности. Ипак, процес закључења уговора о раду може бити оптерећен одређеним изазовима. Понекад се могу јавити нејасноће у преговорима, што може довести до конфликта или неразумевања. Такође, ако уговор о раду није јасно написан или ако не поштује добре обичаје и правне норме, могу се појавити проблеми у примени. Важно је напоменути да у неким случајевима постоји и недостатак знања о правима, обавезама и одговорностима из радног односа, што може довести до неповољних услова у уговору, а на штету запослених. Стога је важно информисати запослене о њиховим правима, обавезама и одговорностима и пружити им подршку у процесу закључења уговора. Притом, основни предуслов за остваривање права и преузимање обавеза и одговорности из уговора о раду је постојање радне способности. Уговорна способности представља правну способност физичког или правног лица да закључи уговор и буде правно обавезно у односима који произилазе из тог уговора, док се радна способност односи на способност лица да обавља радне задатке и испуњава обавезе у оквиру радног односа.

Предмет уговора о раду и срж радног односа је дужност рада, одговарајућа накнада за рад, подређеност запосленог органу послодавца, укључујући нормативне, дисциплинске и

⁴⁷¹ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда : сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 113.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Hugh Collins, „Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing“, *Current Legal Problems*, Vol. 67, бр. 1, 297.

⁴⁷⁴ Б. Шундерић, *Радни однос. Теорија, норма, пракса*, *op. cit.*, 34.

⁴⁷⁵ Ј. Радишић, *Облигационо право*, *op. cit.*, 61.

⁴⁷⁶ *Ibid.*

управљачке компоненте којима располаже. Примера ради, Законик о раду Руске Федерације наводи да је послодавац правно лице (или његова посебна структурна јединица)⁴⁷⁷ или физичко лице коме је законом дато овлашћење да са запосленим закључује, мења и отказује уговор о раду.⁴⁷⁸ Оваква формулација служи да се, пре свега, отклоне бројне законске празнине и реше питања сукоба закона у радном праву. Примера ради, Закон о раду Белорусије у члану 1 дефинише запосленог као лице које је у радном односу код послодавца на основу закљученог уговора о раду.⁴⁷⁹ Предност ове дефиниције је што укључује указивање на повезаност запосленог и послодавца кроз радни однос по основу уговора о раду. С друге стране, непрецизност ове дефиниције је одсуство назнаке да запослени не може бити правно лице.⁴⁸⁰ Неприхватљиво је закључивање уговора о раду преко заступника запосленог из разлога фидуцијарне (лично поверљиве) природе уговора о раду. Радноправни субјективитет запосленог, укључујући правну и пословну способност, настаје са навршених 16 година живота. У Руској Федерацији уз писмену сагласност једног од родитеља, усвојитеља или старатеља (органа старатеља) и ако су испуњени други услови (лаки рад који не омета процес учења), закључивање уговора о раду је дозвољено чак и након навршених 14 година.⁴⁸¹ Поставља се питање да ли малолетник од 14 година или 16 година има пуна радна права и пословну способност, те да ли је способан да самостално одлучује о измени уговора о раду? Поређења ради, Закон о раду Белорусије изједначава малолетнике који су у радном односу са правима одраслих уз пружање додатних гаранција, док такво исто правило не постоји у Закону о раду Руске Федерације. Истовремено, закон ограничава правни субјективитет малолетника узраста од 14 до 16 година при пријему у радни однос чиме им се даје додатна гаранција радних права.⁴⁸² У овом узрасту малолетници још немају стабилну и јаку психу, те су под старатељством законских заступника како би се обезбедиле потребне гаранције при доношењу најважнијих одлука које утичу на суштину радног односа. Као резултат измене уговора о раду, малолетно лице може бити премештено на рад у другом месту, без отежавања његовог повратка у место становања.⁴⁸³ Надаље, премештај малолетног лица на друго радно место може бити учињено ако је раније радно место штетно утицало на његово здравље или је реметило процес учења.

Што се тиче мобилности и измене битних услова рада, по сили закона их спроводи послодавац једнострано. Како у овом случају није потребно учешће законских заступника малолетника истичу се предлози за промену датог решења у смислу додавања да је премештај запосленог који није навршио 16 година могућ само уз његову сагласност и сагласност једног од његових родитеља, усвојиоца или старатеља.⁴⁸⁴ Треба нагласити да у руском праву приликом издавања налога за премештај запосленог руководиоца организације не делује као странка у уговору о раду, већ само заступа интересе послодавца.⁴⁸⁵ Исто тако, одговорност и изрицање новчане казне руководиоцу организације који је окривљен за незакониту измену

⁴⁷⁷ Засебна структурна јединица је посебан одсек организације састављен од представништва и огранака који је основала организација.

⁴⁷⁸ Руски Законик о раду (Трудовой кодекс Российской Федерации), део 1 чл. 1. ст. 6. Доступно на: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34683/.

⁴⁷⁹ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 121.

⁴⁸⁰ Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *Вестник Пермского Университета*, *op. cit.*, 158.

⁴⁸¹ *Ibid.*

⁴⁸² Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *op. cit.*, 41.

⁴⁸³ *Ibid.*

⁴⁸⁴ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 135; Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *Вестник Пермского Университета*, *op. cit.*, 158.

⁴⁸⁵ Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *Вестник Пермского Университета*, *op. cit.*, 158.

уговора о раду му не даје статус самосталног субјекта радног односа, јер је то лице правно одговорно као запослени код послодавца који је власник имовине предузећа. Закон о раду Руске Федерације не предвиђа обавезу регистрације измена уговора о раду, иако је опште прихваћено у пракси. Упис о измени битних елемената уговора о раду, по правилу, не врши се у радној књижици запосленог, осим ако дође до промене занимања запосленог, радног места и неких других промена које захтевају упис у радну књижицу.

2.6.2. Обавезна минимална садржина уговора о раду

Уговор о раду се углавном одређује као двострано обавезни правни посао у којем је извршена конкретизација субјеката који имају позицију уговарача (уговор настаје између тачно одређеног радника и именованог послодавца) између којих се одвија размена различитих престација и чија је минимална садржина одређена законом. Осим тога, обавезна садржина уговора о раду заједно са другим обележјима и карактеристикама чини уговор о раду различитим од осталих уговора. Интервенција државе, ограничена аутономија воље уговорних страна, обавезна садржина уговора чине особености уговора о раду, које га разликују од класичних уговора грађанског права.⁴⁸⁶ Наиме, слобода уговарања у материји радног права ограничена је законским прописивањем битних елемената уговора о раду.

У Републици Србији Закон о раду прописује да се радни однос заснива уговором о раду који закључују запослени и послодавац пре ступања запосленог на рад у писаном облику у три примерка. Обавезни елементи уговора о раду су наведени Закона о раду, тако да уговор о раду обавезно садржи: назив и седиште послодавца, лично име запосленог, место пребивалишта односно боравишта запосленог, врсти и степен стручне спреме односно образовање запосленог који су услови за обављање послова за које се закључује уговор, назив и опис посла који запослени треба да обавља, место рада, врсту радног односа (на неодређено или одређено време), трајање уговора о раду на одређено време и основ за заснивање радног односа на одређено време, дан почетка рада, радно време (пуно, непuno или скраћено), новчани износ новчане зараде на дан закључења уговора о раду, елементе за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог, рокове за исплату зараде, трајање дневног и недељног радног времена.⁴⁸⁷ Изменама и допунама Закона о раду из 2014. године прецизирани су елементи уговора о раду и искључена је обавеза утврђивања минималне садржине уговора који се односе на елементе за утврђивање основне зараде и других новчаних примања, рокове за њихову исплату, као и трајање радног времена. Наведени елементи не морају бити садржани у уговору о раду, ако су они утврђени законом, колективним уговором, правилником о раду или другим актом послодавца у складу са законом, у ком случају у уговору мора да се назначи акт којим су та права утврђена у моменту закључења уговора о раду.⁴⁸⁸ Што се тиче минималне садржине уговора постоје доктринарни предлози да се листа елемената прошири и на број дана годишњем одмора и начин одређивања дужине трајања, као и отказни рок у случају престанка радног односа.⁴⁸⁹

Садржај уговора о раду укључује све елементе које су странке утаничиле, назив странака, уговорене услове, одредбе репродуковане из закона, колективног уговора, интерних аката, појединости (назив уговора, датум и место закључења, потписи). Ипак, мањи део права и обавеза странака произлази из уговорних услова које чине садржину уговора о раду, док се већина права и обавеза остварује као резултат примене радног законодавства и других правних извора. У светлу тога, потоњи услови (одредбе, елементи) су вануговорни, по мишљењу

⁴⁸⁶ Richard Mitchell, „The evolution of the idea of a labour law subject in australian legal scholarship: (and what was regulating 'labour' or 'work' before labour law as we know it)?“, Workplace and Corporate Law Research Group, Working Paper No. 22, 13.

⁴⁸⁷ Закон о раду, чл. 33.

⁴⁸⁸ Д. Симоновић, *Радноправна читанка – књига прва*, *op. cit.*, 349.

⁴⁸⁹ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 248.

појединих аутора, јер стварају права и обавезе за странке (формирају радни однос) не из уговора о раду, већ из норми радног права.⁴⁹⁰ На то се надовезује и чињеница да одговарајућа права и обавезе странака настају без обзира на то да ли су одредбе закона преписане у сам текст уговора, у смислу да одредбе уговора које репродукују одредбе закона нису услови уговора о раду, иако се односе на садржину уговора.

Услови уговора о раду се могу поделити на неопходне (обавезне) и додатне (факултативне). Ова подела уговора развијена у доктрини радног права поклапа се са ставом законодавца, јер без договора странака о обавезним елементима (условима), уговор о раду се не може сматрати закљученим, што није случај када је реч о додатним елементима (условима). Иако се дефиниција обавезних и допунских елемената не среће у законодавствима, ипак се може наћи списак таквих елемената који се неретко састоји од: места рада, радна функција, распоред рада и одмора, зараде, рок важења уговора о раду (за уговоре о раду на одређено време), врста радног односа итд. Примера ради, у белоруском праву је та листа ужа, док се у руском праву додаје и датум почетка рада, карактеристике услове рада, накнада и погодности за рада у тешким, штетним и/или опасним условима, врсте социјалног осигурања и услови остваривања тог права.⁴⁹¹ У теорији се поред наведених елемената, истичу и обавезни подаци који нису елементи, презиме и име запосленог, назив послодавца, као и права и обавезе субјеката, при чему неуношење обавезних информација у текст уговора о раду, иако крши норме објективног права не спречава настанак радног односа.⁴⁹² Из тога следи да готово сви правни системи наводе место рада, радну функцију и зараду као битне елементе уговора о раду. Премда је то нелогично и противи се концепцији „битних елемената уговора о раду“ руско право прописује да, ако се између странака постигне договор о месту рада и радној функцији, а није одређен конкретан износ накнаде, уговор о раду ће се сматрати закљученим, а запослени ће имати право на правичну зараду.⁴⁹³ Радни однос ће настати и запослени ће остварити право на конкретан износ накнаде, иако се странке нису споразумеле о висини зараде и условима под којим се исплаћује. У том случају зараде се исплаћују у складу са кадровским распоредом, али у износу који није нижи од износа који је одредио законодавац.

У терминологији обичајног права, уобичајени и најчешћи основ вршења рада за другог концепцијски је приказан као скуп подразумеваних појмова и прећутних клаузула. Њихово уметање у уговор о раду оправдава се најпре чињеницом да је то неопходно како би се уговору о раду обезбедила пословна ефикасност и правна снага. Општи услови уговора или стандардна правила понашања на које указује прецедентно британско право, изражавају судска предубеђења о основним обавезама које настају у контексту радних односа. Садржина уговора зависи од обичаја одређене радне средине, пословне политике конкретног послодавца, па и трговачке праксе у изузетним случајевима. Такође, имплицитне клаузуле нису статичне саме по себи, већ подлежу периодичној судској евалуацији и редеофинисању.⁴⁹⁴ Фридланд (Mark Freedland), творац концепције уговора о личном раду, сугерише да су општа начела која регулишу израду класичног уговора о раду, првенствено корисна за идентификацију добре менаџерске праксе и фер управљања.⁴⁹⁵ Осим тога, они имају и додатну функцију повезивања ставова правника практичара са развојем нормативног оквира будући да се уговором о раду ствара основ за примену закона.

Штавише, поједини аутори праве разлику између садржине уговора о раду који представља скуп елемената о којима су се странке договориле при закључењу уговора или

⁴⁹⁰ H. Collins, „Implied terms: the foundation in good faith and fair dealing“, *op. cit.*, 297.

⁴⁹¹ Sebastian Kwiecień, „The worker’s employment contract - the legal regulations of interwar Poland“, *op. cit.*, 77.

⁴⁹² Lizzie Barmes, „The Continuing Conceptual Crisis in the Common Law of the Contract of Employment“, *The Modern Law Review*, Vol. 67, бр. 3, 2004, 440.

⁴⁹³ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 123.

⁴⁹⁴ J. Riley, Siblings but not twins: making sense of ‘mutual trust’ and ‘good faith’ in employment contracts, *op. cit.*, 463.

⁴⁹⁵ M. Freedland, *The Personal Employment Contract*, *op. cit.*, 77.

касније, док права и обавезе странака чине садржину радног односа.⁴⁹⁶ Једно без другог није могуће због чега и влада нераскидиво садржинско и предметно јединство тих појмова. Стога, измена елемената уговора о раду повлачи са собом измену садржаја радног односа. У суштини, када се измени уговор о раду усклађују се међусобна права и обавезе страна уговорница. На пример, премештај запосленог на други посао значи промену обавеза за послодавца да запосленом обезбеди одговарајућа права која се за тај посао везују.⁴⁹⁷

Заправо, „измена уговора производи два истовремена дејства, будући да стране делимично или у потпуности гасе обавезу, и одређују нову“.⁴⁹⁸ Поједини швајцарски аутори слободу измене уговора о раду објашњавају слободом одређивања садржине уговора, тако да уговорне стране које одређују садржину свог уговора имају право и да га мењају.⁴⁹⁹ Штавише, пошто се радња измене спроводи уговором, очигледно је да закључивање таквог акта подлеже општим правилима која се односе на закључивање уговора. Постоје и заступници другачијег гледишта, који право на измену уговора о раду црпе из овлашћења за раскид уговора.⁵⁰⁰ Чини се да је средње становиште једино исправно, јер моћ измене уговорног односа заузима међупозицију и не може се одвојити од овлашћења да се закључи и раскине уговор о раду.

2.6.3. Форма уговора о раду

У старом Риму право се развијало знатно брже него писменост јер је у свести Римљана форма, како год била изражена, стварала обавезност коју нико није могао спорити.⁵⁰¹ Ипак, у већини савремених правних система писана форма за закључење уговора о раду је уведена ради повећане правне сигурности, јер је она најчвршћи материјални доказ да је уговор настао. Тако је самоуправни споразум који је у социјалистичком периоду фигурирао уместо уговора о раду морао бити састављен у писаној форми.⁵⁰² По правилу, недостатак писаног облика одређеног уговора не утиче на његово постојање и валидност. У неким случајевима, међутим, писани облик је предвиђен као услов ваљаности целог уговора или појединачних одредби. На пример, претпоставка да је уговор о раду закључен на неодређено време, ако уговор на одређено време није закључен у писаној форми. Такође се може сматрати да клаузула о забрани конкуренције није уговорена ако није прихваћена у писаној форми.

Примера ради, турско право не предвиђа писану форму као посебан услов за пуноважност уговора о раду, осим ако је другачије утврђено законом.⁵⁰³ Отуда уговор о раду може бити састављен у писменој форми, али и усмено, у зависности од воље запосленог и послодавца. Ипак, уговор на одређено време, који се закључује на период од годину дана или дуже мора бити закључен у писаној форми.⁵⁰⁴ Наравно, овај услов не спречава стране уговорнице да прибегну писаној форми иако је предвиђено краће трајање уговора или је реч о другој врсти уговора, на пример уговору о раду на неодређено време. Ипак, у писменој форми

⁴⁹⁶ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 248.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ Manfred Lieb, Matthias Jacobs, *Arbeitsrecht*, 9. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, 27. Аутори у свом научном опису додатно истичу да уговор о раду не сме бити „окамењен“, те да је потребно оставити простора за разумно прилагођавање радног односа који је у току променљивим потребама.

⁴⁹⁹ Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, „The transformation of employment regimes: A worldwide challenge“, *op. cit.*, 6.

⁵⁰⁰ M. Lieb, M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, *op. cit.*, 144.

⁵⁰¹ Polonca Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih“, *Delavci in delodajalci*, vol. XVIII, бр. 2-3, 2018, 267.

⁵⁰² Примера ради, словеначки општи колектив уговор за привреду из 1997. године предвиђао је „потписивање уговора о раду“, чиме се недвосмислено указивало на његову писану форму. Пре тога је Законом о радним односима из 1990. године уговор о раду одређен као правни основ за заснивање радног односа у свим сферама привреде. Polonca Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih“, *Delavci in delodajalci*, vol. XVIII, бр. 2-3, 2018, 267.

⁵⁰³ Tankut Centel, *Introduction to Turkish Labour Law*, Springer, Switzerland, 2017, 70. Centel

⁵⁰⁴ M. Irving, *The contract of employment*, *op. cit.*, 288.

се обавезно закључују уговори о раду у тиму, као и уговори о раду на позив или на даљину, без обзира на дужину њиховог трајања.⁵⁰⁵ Уз то, писмена форма се посебно захтева у случају ауторизованог запошљавања малолетника.⁵⁰⁶ Међутим, правне последице пропуста закључења уговора о раду у писаној форми када Закон о раду то стриктно предвиђа за поједине врсте уговора или приликом запошљавања одређених категорија радника (нпр. новинари, наставници, морнари) нису јасно одређене због чега настају спорови у теорији. Према већинском мишљењу изостанак обавезне писмене форме повлачи ништавост уговора о раду. Упркос томе, Касациони суд је заузео другачији став оцењујући да писана форма има доказну функцију, те да није услов пуноважности уговора, с тим да се мора уважити и чл. 2 Грађанског законика који предвиђа да се правило писане форме не може користити супротно начелима добре вере и мимо своје сврхе.⁵⁰⁷

Илустративан је пример италијанског права, које настојећи да избегне спорове о природи односа поводом рада уводи посебан поступак у којем се врши сертификација уговора о раду од стране независне комисије која на основу приложене документације утврђује ваљаност назива којем су конкретном уговору дали суконтрахенти.⁵⁰⁸ Уз то, комисија пружа консултантске услуге у изради нацрта уговора о раду, на начин да је запосленом и послодавцу јасна структура уговора. Према интерним актима, комисија може имати и овлашћење да изврши неформалну анализу уговора о раду у циљу истицања главних питања и критичких тачака, што не искључује могућност измене уговора о раду, како би његова садржина више одговарала интересима сауговорача. Реч је о добровољном поступку, премда постоје изузеци када је сертификација уговора обавезна, као што је то случај са пословима са повећаним ризиком. Значај сертификације се огледа у томе што правни документ који се издаје уз оверу уговора о раду постаје обавезујући како за стране уговорнице, тако и за трећа лица, осим ако се његова веродостојност не оповргне у поступку пред судом. Новина је да се, поред комисије за мирење, изјава од одрицања од права из радног односа може потписати и пред комисијом за оверу уговора.⁵⁰⁹

Енглески Закон о радним правима из 1996. године под уговор о раду подводи и уговор о раду са приправником који може бити изричит или прећутан, додајући да ако је уговор о раду изричит, он може бити закључен усмено или у писаној форми.⁵¹⁰ То је потврђено шкотским Законом из 1995. године којим је напуштено раније правило обичајног права да се уговори о раду закључени на период од годину дана и дуже закључују у писаној форми, као и уговори о раду са приправником. Из свега наведеног се изводи закључак да се акценат ставља на форму уговора о раду док се природа и елементи уговора о раду законски ближе не одређују, него се то препушта судској пракси.⁵¹¹ Једини изузетак је нови грузијски Закон о

⁵⁰⁵ Tankut Centel, *Introduction to Turkish Labour Law*, Springer, Switzerland, 2017, 70. Centel

⁵⁰⁶ То важи само за малолетнике старије од 14 година за рад на лакшим пословима и за млађе малолетнике у области уметности. *Ibid.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Већ раних 90-их прошлог века се у тој земљи јавила мисао, првенствено међу правницима практичарима, да се повећа аутономија странака у избору форме уговора која ће на најбољи начин осликавати природу њиховог односа. Поступак пред комисијом за оверу уговора која има улогу „првостепеног судије“ обезбеђује већу правни сигурност, иако то није суштински или процедурални услов за вођење радног спора. „Валидација“ уговора смешта у центар питање значаја воље странака у квалификацији уговора, поред регулаторне функције да се правно потврђују само уговори о раду који испуњавају формалне и материјалне захтеве које намеће закон у погледу врсте, форме, садржине и битних елемената. Tiziano Treu, *Labour law in Italy*, 6th edition, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2020, 145;

⁵⁰⁹ Италијански законодавац дозвољава одрицање од права која произилазе из радног односа само ако су радници у потпуности свесни својих права и ако потпишу изјаву о одрицању. *Ibid.*

⁵¹⁰ A. C. L. Davies, *Employment law*, op. cit., Pearson, England, 2015, 127.

⁵¹¹ Господин Риски је био цењен и високо плаћен менаџер компаније „Сони“ (Sony) која је имала седиште у Торонту. У тој компанији је радио скоро 25 година без писаног уговора о раду. Годину дана пре избијања спора, обавестио је свог претпостављеног да се он и његова породица селе у Отаву, са молбом да му се омогућити рад од куће, те да само по потреби путује у Торонто. Послодавац је прихватио његов захтев под условом да господин Риски закључи писани уговор о раду на одређено време. *Ibid.*, 171.

раду из 2006. године, који подједнако подржава усмене уговоре, тако што се наводи да се уговор о раду закључује писмено или усмено, али послодавац мора на захтев запосленог да изда потврду о запослењу која садржи податке о обављеном раду, накнади за рад и трајању уговора о раду.⁵¹²

Међутим, постоје и државе чији правни систем не захтева писану форму за пуноважност уговора о раду. Такав је случај у Немачкој где уговор о раду не мора бити закључен у писаној форми, већ је довољно да се радник и послодавац сложе да радник обавља посао за послодавца уз накнаду у његовој фирми, пракси, или кући.⁵¹³ У италијанском праву, писана форма се не захтева за уговоре о раду на одређено време који трају мање од 12 дана.⁵¹⁴ Такође, у праву Велике Британије поједини закони забрањују да уговори о раду на одређено време буду дужи од годину дана ако нису сачињени у писаној форми. Усмени уговор о раду је често у употреби у неким земљама, тако у Јерменији према анкети о радној снази из 2004. године, 23 процента запослених у предузећима и организацијама радило је на основу усменог споразума, што је јасан показатељ да је потребно продубити законско и уговорно регулисање радних односа.⁵¹⁵ У Естонији се усмени уговор о раду може закључити само за радни однос на период краћи од две недеље, док у Босни и Херцеговини радни ангажман без уговора може трајати највише два месеца.⁵¹⁶

Пољски Закон о раду предвиђа да уколико уговор о раду није закључен у писаној форми, послодавац ће најкасније на дан ступања на посао запосленом доставити писмену потврду идентитета страна, врсту уговора и услове рада.⁵¹⁷ Надаље, у неким правним системима, послодавац је дужан да све уговоре о раду региструје код јавне службе за запошљавање, углавном за потребе здравственог и социјалног осигурања. Штавише, посебно у земљама Западног Балкана, инспектори рада могу казнити послодавца на лицу места ако сазнају да неко лице ради без писменог уговора о раду. Насупрот томе, естонски закон формализује процес путем да примерка уговора о раду (једну држи послодавац, а другу запослени), при чему закон не наводи правне последице за случајеве непоштовања форме писаног уговора.⁵¹⁸

Додатно, промена форме уговора о раду само указује на промену спољашњег израза уговора, без промене садржај радних односа који су настали на основу уговора. Ипак, имајући у виду *sui generis* природу уговора о раду писана форма би требало бити један од битних елемената тог уговора. Брајић је значај форме дефинисао на следећи начин: „кроз одредбе о форми се, међутим, понекад, одређује и садржина, па и карактер уговора о раду или обратно“, док се тематика писано форме чини релевантном и у контексту регулисања радних односа, а особито када је реч о заштити права радника и уважавања система вредности, уговорних принципа и правила.⁵¹⁹ Слобода уговарања у погледу уговора о раду разматрана из угла форме уговора има правни значај не само за закључивање уговора, него и за његову измену.

Разматрање проблема измене садржаја појединачног уговора о раду може да покрене питање да ли ће се уговор о раду изменити ако се промени његова форма? У руском праву, ако је промена форме повезана и са усклађивањем уговорних обавеза, што се у пракси често дешава, онда се уговор о раду мења и поновно потписује.⁵²⁰ Примера ради, прелазак са уговор о раду на неодређено време на уговор о раду на одређено време и обратно не уклапа се у

⁵¹² M. Irving, *The contract of employment*, op. cit., 288.

⁵¹³ H. Brox, B. Rütters, M. Henssler, *Arbeitsrecht: Studienbücher Rechtswissenschaft*, op. cit., 60; G. Halbach et al., *Labor law in Germany – an overview*, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994, 25.

⁵¹⁴ T. Treu, *Labour law in Italy*, op. cit., 145.

⁵¹⁵ A. C. L. Davies, *Employment law*, op. cit., 127.

⁵¹⁶ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, op. cit., 773.

⁵¹⁷ *Ibid.*

⁵¹⁸ *Ibid.*

⁵¹⁹ Влајко Брајић, „Заснивање радног односа као основни облик запошљавања“, у: Влајко Брајић (ур.), *Запошљавање и социјални проблеми*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996, 58.

⁵²⁰ Владимир Вучковић, „Радни однос на одређено време и његов преображај“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, Београд, 2000, 293.

стандардну класификацију случајева измена уговора о раду и мора бити праћен сагласном изјавом воља. У домаћем праву је, такође, разматрано ово питање у контексту обрнутог преображаја. Пред домаћим судовима поставило се питање да ли је могуће преобразити радни однос на неодређено време у радни однос на одређено време, што није реткост у поступцима за решавање вишка запослених, када послодавци прибегавају тој мери у циљу превазилажења проблема. Тако је у једном предмету поништен анекс уговора о раду којим је тужени преобразио уговор о раду на неодређено време у уговор о раду на одређено време.⁵²¹ Као спорна јавила су се два питања: прво, да ли је уопште могуће извршити обрнути преображај и друго, ако је то правно допуштено, на који начин то послодавац може чинити, те да ли је могуће промену статуса запосленог извршити анексом уговора о раду. Тужени је своје наводе засновао на чињеници да је тужиља потписала поменути анекс уговора о раду, чиме се сагласила са предметном променом свог радноправног статуса, што није прихваћено од стране суда, јер је запослена и са изражавањем пристанака задржала своје право да оспорава анекс пред судом. Суд је, исправно закључио да се анексом уговора о раду не може мењати стечени радноправни статус, јер анекс представља саставни део уговора о раду, који је форма акта којим се само у одређеним сегментима мења поменути уговор, а у складу са одредбама члана 171. Закона.⁵²² У конкретном случају суд није имао потребе да улази у питање да ли је дозвољен обрнути преображај, јер је сам поништај анекса, којим је извршена недозвољена промена статуса запосленог, био садржан у петитуму тужбе, и његовим поништајем тужена се враћа на радно место и то у неодређеном трајању.

⁵²¹ *Ibid.*, 297.

⁵²² Пресуди Основног суда у Нишу ЗП1 2905/14, која је касније потврђена пресудом Апелационог суда у Нишу, 7 Гж1 1757/16.

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА И ПРИНЦИПА УГОВОРНОГ ПРАВА

1. Јединство или дуализам правних поредака – разликовање приватног и јавног права

1.1. Радно право између два пола

Радно право јесте посебна грана права, у којој су садржане норме усмерене ка регулисању радног односа, уз тежњу ка остварењу циљева која су постављени, како би се ускладили и заштитили интереси његових субјеката. У теорији радног права присутна је полемика око припадности радног права приватном или јавном праву.⁵²³ Радно право је настало и развило се из грађанског, односно приватног права у којем доминирају диспозитивне норме, које уговорне стране могу мењати, а њихов однос је махом регулисан на начин предвиђен уговором. Када је реч о радном односу, треба указати да се он не уређује искључиво уговором, већ да се као извор права појављују и други акти. Наиме, на права, обавезе и одговорности из радног односа примењују се когентне норме закона о раду, и других одговарајућих закона и општих аката хетерономног порекла, колективних и индивидуалних уговора о раду.⁵²⁴

У суштини, уговор о раду је правно обавезујући споразум између две стране. Запослени и послодавац немају апсолутну слободу у утврђивању битних елемената уговора о раду, јер су они предвиђени законом и не могу бити изостављени из уговора. Елементи уговора се, дакле, не могу једнострано мењати, а да не дође до кршења уговора. Помињање уговора о раду на овом месту је значајно не само зато што је уговор о раду једна од централних категорија у радном праву, већ зато што он умногоме одређује и положај радног права у систему правних наука. Иако је радно право настало у крилу грађанског права, правна природа уговора о раду, односно начин заснивања радног односа, издвајају радно право из приватног права.⁵²⁵ Неретко се истиче да је систем норми радног права изграђен на уговору о раду који представља његов темељ и који служи успостављању граница персоналног подручја примене радног (и социјалног) законодавства.⁵²⁶ Без знања о томе шта је уговор о раду, изучавање радног права постаје беспредметно и мањкаво. Штавише, уговор о раду представља корен настанка радног права и разлог његовог постојања као аутономне правне дисциплине.

Уз то, развој радног права био је праћен терминолошким усклађивањем назива дисциплине, тако да израз индустријско право (*industrial law*) више није актуелан, с тим да се

⁵²³ Ранија теоријска схватања су видела у јавном праву божанску основу будући да јавно право служи вишим вредностима, а не појединачним интересима. С друге стране, Келзен је инсистирао на брисању разлике између јавног и приватног права и изградњи јединства правних поредака у којој би приватно и јавно право били две стране истог новчића. Нав према: Радомир Лукић, *Систем филозофије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 59.

⁵²⁴ „Данас је уговор о раду на врху листе оних института на тржишту рада чији је корисност, под утицајем фундаменталних промена у свету рада, доведена у питање. То управо захтева преиспитивање питања његове трајности, а не његове неефикасности. Сагледавано из развојне перспективе, уговор о раду се може третирати као механизам управљања који повезује организацију рада са понудом радне снаге на начин који омогућава предвиђање и управљање дугорочним економским ризицима“. G. Halbach et al., *Labor law in Germany – an overview*, *op. cit.*, 25.

⁵²⁵ Овако то не баш лепим речима описује Szakats: „Уговорно право, међутим, не треба посматрати као лудачку кошуљу, већ као широку одећу која мора бити прилагођена посебном карактеру радног односа, за разлику од трансакција куповине и продаје“. Alexander Szakats, *Introduction to the law of employment*, Wellington, Butterworths, 1975, 67.

⁵²⁶ Марија Драгићевић, *Положај запослених у случају промене послодавца*, докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, 2020, 23.

и радно право (*labour law*) постепено истискује из употребе, кроз раширену заступљеност назива који предметно одговара индивидуалном радном праву, што *ergo* значи занемаривање и споредност колективне природе радних односа. Такво кретање је у основи реверзибилно јер се историјски посматрано радно право предметно ширило са уговора о раду на укупност односа између институција организованог рада и капитала.⁵²⁷ Филозофија радног права је нераскидиво повезана са колективним заступањем запослених ради превазилажења проблема економске неједнакости, због чега су поједини аутори вољни да радно право карактеришу као дисциплину који има за циљ да уређује односе између синдиката и послодавца, док би право запошљавања (*employment law*) било усмерно на све запослене, без обзира на то да ли су они синдикално организовани или не.⁵²⁸ Отуда се израз право запошљавања користи са настојањем да означи правне аспекате индивидуалног односа између запослених и послодавца који су зависни од постојања уговора о раду.

Штавише, уговор о раду је оптерећен бројним новим функцијама, поред традиционалних функција (заштита запослених, социјална правда, социјални мир, спречавање нелојалне конкуренције) које су директна последица индивидуализације радног односа. Клаузуле географске и професионалне мобилности су најбољи пример такве индивидуализације радних односа. На овом месту ваља поменути и уговорну концепцију радног односа која настаје с почетка 19. века и која на најбољи начин осликава основна индивидуалистичка начела, почев од начела аутономије воље, преко слободе рада до неповредивости приватне својине. У овом периоду се радни однос сматрао приватноправним односом који настаје на бази усклађених воља између правно једнаки субјеката.⁵²⁹ Сматрало се да уговорне стране саме дефинишу садржину уговорног односа и да подједнако могу да утичу на измене клаузула уговора. Не треба сметнути с ума да је ово раздобље било обележено незнатним учешћем државе у области рада, тако да су се односи између запосленог и послодавца регулисали на аутономној основи, док је послодавца уживао пуно право да одређује услове рада и да их једнострано мења. Дакле, однос између послодавца и запосленог био је заснован на принципима слободе, једнакости и либералне организације.

Када је Лотмар (Lotmar) одабрао уговор о раду као предмет проучавања, било је мало радова посвећених овој теми, али је ову празнину он попунио својом импресивном студијом, због чега се сматрати оснивачем радног права у земаља немачког говорног подручја. Осим сложености материје, непотпуност научне литературе о уговору о раду лежи у захтеву за увидом у стварне услове и поступке који окружују уговор о раду и прате његову примену. Поменути аутор је разрадио дефиницију уговора о раду као синалгматског уговора заснованог на реципроцитету обавеза, престације рада с једне стране и накнаде с друге стране.⁵³⁰ Овај аутор је отворио пут за аутономну анализу радног права, при чему се идеја аутономије у радном праву може се схватити на два начина: у догматском смислу, као аутономија ове сфере права у односу на друге гране позитивног права, пре свега, у односу на уговорно грађанско право, и у социолошком смислу, као аутономно стварање права у односу на државно право.

Заправо, и даље је актуелно питање да ли облигационо и радно право стоје у супротности, и да ли треба спречити да облигационо право истисне примену заштитних норми и на тај начин

⁵²⁷ У делу литературе може се наћи и не тако уобичајена подела радног права на материјално радно право сачињено од индивидуалног и колективног радног права и процесно радно право. Ј. Јанковић, „Правна природа уговора о раду“, *op. cit.*, 28.

⁵²⁸ Због ових језичких подвајања поједини аутори су се у својим истраживањима определили за јединствен термин право рада (*law of work, work law*) не би ли покрили целокупан систем правних правила у сва три правна режима (индивидуално, колективно и прецедентно радно право). R. Owens, J. Riley & J. Murray, *The Law of Work*, 2nd ed (South Melbourne, Oxford University Press, 2011) О потреби функционалне интеграције и изградњи кохерентног система норми више вид.

⁵²⁹ Riccardo Del Punta, *The Goals and Means of Labour Law: a Reconceptualisation*, Florence University, Barcelona, 2013, 3.

⁵³⁰ Wolfgang Hromadka, Frank Maschmann, *Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht*, 7. Auflage, Springer, Berlin, 8.

неутралише радно право. Зинцхајмер (Sinzheimer) инспирисан одређеним елементима Лотмарове (Lotmar) правне мисли одбацио је римски и грађански утицај на радне односе који је, по његовом мишљењу, водио до чисто формалистичког и апстрактног схватања уговора о раду.⁵³¹ Радно право је млада грана права, настала крајем 19. века као последица глобалних феномена, пре свега, индустријализације и капитализма.⁵³² С друге стране, уговорно право има дубоке корене у систему општег права које датира вековима уназад у праву Велике Британије, док се уговорно радно право развило нешто касније. Ово из разлога што је размене рада за зараду била претходно уређена граном права под називом право господара и слуга која је суштински представљала мешавину грађанског, стварног, породичног, кривичног и деликтног права. Отуда је радно право одувек настојало да помири рад као трговачку категорију и предмет уговора, с једне стране и рад као израз личности радника, с друге стране. У упоредној литератури се истиче да се за утврђивање граница радног права користи уговор о раду као својеврсни *actio finium regundorum* - тужба које се користила у римског праву за одређивање границе између суседних земљишта.⁵³³

С друге стране, Вранкен (Vranken) предлаже процес селективне специјализације који укључује бројне актере у изградњи аутономног радног права (закони, судови, научне институције) из разлога што не постоји потреба да се нарушавају општа правила уговорног права којом се регулишу специфични аспекти радног односа, попут формирања понуде за измену уговора о раду.⁵³⁴ Интересовање за уговорне принципе приметно је у бројним јужноафричким судским одлукама из средине 90-их у којима је одлучивано на чисто уговорним принципима. Штавише, током последњих неколико година поновна примена уговорних принципа у индивидуалним радним односима у Јужној Африци је евидентна.⁵³⁵ То, нажалост, није једина земља у којој је обновљено интересовање за уговорне карактеристике радног односа упркос доступности различитих облика регулаторних закона.

1.2. Проблем идентитета радног права

Радно право, као грана права, настаје и развија се релативно касно због свеprisутне вредносне недоумице и проблематике његове аутономије у систему норми које уређују људско понашање. Појава радног права, па и уговора о раду, везује се за 19. век и другу индустријску револуцију. До првог светског рата радно право је било готово занемарено и изопштено из доктринарне анализе, да би промена уследила са појавом корифеја правне мисли Зинцхајмера који је утро пут концептуализацији радног права. Овај чувени немачки теоретичар није само заслужан за самосталност радног права у тој земљи, због чега се и назива његовим оцем оснивачем, већ и због тога што је јасно и недвосмислено одредио његов предмет, метод и циљ.

Данас често истицана заштитна улога радног права (*Arbeitnehmerschutzrecht*) први пут је поменута у његовим списима, као почетна тачка у изградњи чврстог ослоња противтеже друштвених неједнакости.⁵³⁶ Штавише, он је поставио основе савременог радног права не само у Немачкој и континенталној Европи, већ и на енглеском говорном подручју (пре свега у Уједињеном Краљевству) кроз значајан утицај свог прослављеног ученика Оота Кан-Фројда

⁵³¹ Thomas C. Kohler, „Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, бр. 5, 1314.

⁵³² Аутономно право рада почива на приватној својини над средствима за производњу, робно-новчаним односима и профиту, као главном мотиву производног процеса. Sandra Laleta, Nada Bodiroga Vukobrat, „Fleksigurnost i (de)regulacija tržišta rada“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1, 2016, 35.

⁵³³ A. C. L. Davies, *Employment law*, op. cit., 101.

⁵³⁴ Martin Vranken, *Death of Labour Law? – Comparative Perspectives*, op. cit., 79.

⁵³⁵ Vicente Navarro, „Neoliberalism, `globalization`, unemployment, inequalities, and the welfare state“, *International Journal of Health Services*, Vol. 28, бр. 4, 1998, 580.

⁵³⁶ Mark R. Freedland, *The Contract of Employment*, op. cit., 96.

(Otto Kahn-Freud).⁵³⁷ Идеје слободе и једнакости, заштита људског достојанства и поштовање интегритета радника нису ништа изгубиле од своје вредности тако да се деценијски потврђују у бројним универзалним и регионалним правним инструментима.⁵³⁸ С друге стране, функција радног права у промењеним друштвеним и економским околностима постаје озбиљно доведена у питање због чега се и сам појам радног права више не поима на исти начин. Може се рећи да позиција радног права као чувара радничких права узмиче пред економским институцијама сведеним на својинска права, уговор и тржиште. У тој новој стварности, радно право као да губи свој легитимитет и постаје инструмент тржишне структуре и активности. Стога се у једном (срећом, мањинском) делу литературе истиче, уистину погрешно, да нема потребе за постојањем посебне наставне и научне дисциплине под именом радно право будући да се сви односи на тржишту, укључујући и тржиште рада, могу уредити уговором као основном правном конструкцијом.⁵³⁹

Поред тога, наглашава се важност улоге коју имају интереси послодаваца у обликовању радног права. „Употребом марксистичке логике, која каже да је право надградња условљена економском инфраструктуром, може се стићи до закључка да је радно право привезак економије, да је чак и њен `сектор`, а не скуп посебних независних од економије норми које управо за улогу имају да радника спасу од апсорпције производног процеса“.⁵⁴⁰ Приметно је да се нормативни фокус радног права са његове протекционистичке филозофије премешта на циљеве који се више баве продуктивношћу предузећа и економском ефикасношћу. У том смислу, треба указати и на нормативну промену односно потребно је признати да радно право има вишеструке сврхе изван својих традиционалних заштитних, укључујући промоцију могућности запошљавања и постизање економских циљева, као што је конкурентност. У наставку ће сумарно бити размотрен однос права и економије у погледу уговора о раду, са освртом на веберовску идеју хетерогености правне и економске перспективе.

У литератури се појачани уплив економије у радно право објашњава чињеницом занемаривања ставова економске и политичке теорије у периоду развоја индустријских односа, који су искључиво тумачени коришћењем социолошких метода.⁵⁴¹ Веза између социологије и права била је толико чврста да се сматрало неопходним поставити границе између њих и оставити простор да се радно право анализира и из угла других дисциплина. Наиме, изградњу колективног радног права пратио је висок степен аутономије његових субјеката, због чега су институције које су регулисале њихове међусобне односе биле уређене више социјалним, него правним нормама. Следствено томе, колективни уговор није уживао правну заштиту, него је почивао на узајамном признавању и савесном поштовању, док је супротно поступање повлачило искључиво социјалну санкцију.

Иако је читав процес колективног преговарања био изван поља деловања државних регулаторних тела, значај колективног уговора додатно је ојачан тиме што су измене услова рада вршене уз коришћење тог правног инструмента. Отуда и закључак да је индивидуално радно право уступило место тзв. колективном *laissez faire* режиму радних односа.⁵⁴² Међутим, уочавањем да социолошки инспирисане правне норме не могу паралелно остваривати и правне (и социјалне) учинке, од „правног апстентизма“ долази до изградње „рефлексивног права“ у

⁵³⁷ Andrew D. Frazer, „Reconceiving Labour Law: The Labour Market Regulation Project“, *Faculty of Business and Law*, бр. 11, 2008, 6.

⁵³⁸ John Howe, *The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation and Decent Work*, Centre for Employment and Labour Relations Law, The University of Melbourne, November 2010, Working Paper No. 49, 10.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ Т. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 22.

⁵⁴¹ François Duquesne, Corinne Sachs-Durand, *Le droit du travail: 60 fiches*, Gualino, Paris, 2016, 21.

⁵⁴² William Brown, Simon Deakin, David Nash, Sarah Oxenbridge, „The Employment Contract: From Collective Procedures to Individual Rights“, *op. cit.*, 1.

којем држава постаје координатор процеса колективног преговарања.⁵⁴³ Из социо-филозофске перспективе посматрано, пракса колективног преговарања је примена принципа супсидијарности, узимајући у обзир да држава као преовлађујући политички актер, нема за свој примарни циљ уређивање услова рада.

Ипак, држава успоставља правни оквир деловања субјеката аутономног права, због чега се тај феномен од стране појединих немачких аутора описује као „правна децентрализација државног законодавства“.⁵⁴⁴ Наиме, *laissez faire* доктрина познаје два историјска раздобља свог развоја бележећи индивидуални и колективну димензију. У првом случају реч је о либералном захтевом за апсолутним деловањем економских постулата и предузетничких иницијатива на отвореном и слободном тржишту.⁵⁴⁵ У складу са логиком економског живота у условима неограничене слободе произвођача и потрошача, аутономне предузетничке иницијативе и заштите приватног власништва, појединац постаје власан да самостално доноси одлуке, ступа у уговорне односе, те слободне делује. Отуда су сви учесници на тржишту економски равноправни субјекти, суверени у својим правима и различити по својим интересима и намерама уговорног обвезивања.

Тако постављено, *laissez faire* прати индивидуалистичку логику несметаног пословања и самозаштите права и интереса појединца као учесника тржишта. С друге стране, *laissez faire* у свом колективном облику се користи за опис јединственог енглеског приступа радном праву у периоду јачања синдикалног покрета, који је довео до тога да се чак и основна питања у материји радног права уређују преговором између послодаваца (и њихових удружења) и удружења запослених.⁵⁴⁶ Уместо да се законски уреде минималне зараде и максимално радно време, енглески систем је дао примат колективним уговорима, док је законодавац интервенисао само у ситуацијама неуспешног колективног преговарања. Синдикални покрет настао је крајем 19. века борећи се за признање и ослобођење од кривичне и грађанске одговорности њихових чланова. Наиме, активности удружења радника косиле су са капиталистичким системом управљања који је фаворизовао својину и слободну трговину.

„Кривица“ синдиката се огледала у томе што су покушавали да утичу на цену раду која је била изузетно ниска. Њихов главни циљ био је да се споразумно утврђује правична висина накнаде које се добија у замену за рад, уместо да се дозволи да слободно делују тржишне силе са неправедним исходом по запослене. Из тога следи да су само запослени који су чланови синдиката могли да очекују одређену заштиту својих права и гарантоване минималне услове рада. Ова појава је у ранијој британској литератури означавана и као „правни апстентизам“, будући да су тада готово све индустријски развијене земље установиле правно обавезујућа правила применљива на све запослене код послодавца, додуше, само у погледу неких фундаментално важних радноправних питања.⁵⁴⁷ Кан-Фројнд (Otto Kahn Freund) је описао ово као систем „негативног права“.⁵⁴⁸ Уместо да се свим радницима обезбеде минимална права, закон је кроз право на слободу удруживања омогућио формирање преговарачких тела преко којих ће запослени деловати, како би заштитили своје интереса. То омогућава радницима и послодавцима да дођу до компромисног решења прихватљивог за све, чиме се избегава униформна законска регулатива која не мора нужно одговарати свима. Дакле, једна од главних предности утврђивања услова рада споразумом уместо законском интервенцијом је његова прилагодљивост.

⁵⁴³ Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen MColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 10.

⁵⁴⁴ Због брзог постизања споразума између удружења запослених и послодав(а)ца израз „социјално партнерство“ постао је синоним за аутономију субјеката колективног преговарања у немачкој стручној и политичкој јавности. Volker Rieble, *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag München 2006, 32.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ G. Halbach et al., *Labor law in Germany – an overview*, Federal Ministry of Labour and Social Affairs, Bonn, 1994, 27.

⁵⁴⁷ Hugh Collins, K. D. Ewing, Aileen MColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, 10.

⁵⁴⁸ *Ibid.*

Исто тако се, с правом, истиче да се у периоду глобализације и неолиберализма однос између економије и права карактерише као однос супротности, где се у име економских слобода неоправдано критикује радно право.⁵⁴⁹ Уподобљавање уговора о раду са трговачким трансакцијама нарушава поставку Међународне организације рада, да рад није покретна ствар која се купује и продаје на тржишту. Радна способност је део личности појединца, која изграђује његов идентитет, без обзира на чињеницу што једно лице добровољно одлучује да располаже својим талентима уступајући их другом на коришћење. Препознавање потребе за заштитом људског достојанства не само да је дало потврду става да је људско достојанство неповредиво, већ се јавило и као признање централног проблема радног односа: неједнакости снага између радника и послодавца у погледу одређења услова рада.⁵⁵⁰

1.3. Развој идеје дерегулације

Одређени трендови који су последњих година узроковани друштвено-економским кретањима довели су до бројних промена у свету рада, што је утицало и на положај и улогу уговора о раду. Ови трендови укључују дерегулацију и флексибилизацију тржишта рада који су директни резултат глобализације.⁵⁵¹ Појам дерегулације се најчешће везује се процес уклањања или смањења законске регулативе у одређеним областима, чиме се подстиче конкурентност. Како је истакнуто, досадашњи начин функционисања и уређења радних односа доживљава озбиљне промене и оспоравања широм света, све до покушаја да се идеја стабилног радног односа потпуно одбаци, као превазиђена. Без обзира на предности које употреба стандардног уговора о раду има по запослене, заговорници дерегулације истичу да ће његово мање коришћење погодовати свима јер ће повећати продуктивност и друштвено богатство. Тржиште рада функционише у садејству са осталим тржиштима, што значи да промене које се дешавају на тржишту производа могу утицати на профитну маржу послодавца и трошкове рада. У условима флексибилизације радних односа, постојање уговора о раду поставља се као кључно питање јер послодавци сматрају да је овај облик заштите један од аспеката који узрокује ригидност тржишта рада. Као што Лалета (Laleta) са разлогом примећује, у теорији се не говори о укидања институције уговора о раду већ се разматра његова нова улога и измењена функција у променљивим условима.⁵⁵²

С једне стране стоји потреба да се заштити слабија страна уговора о раду и последично ограниче измене елемената уговора које су неповољне за запослене, док с друге стране стоје захтеви за флексибилношћу и дерегулацијом. Наиме, захтеви за флексибилношћу остављају више простора за измене уговора о раду.⁵⁵³ Из неолибералне перспективе, неспутано тржиште рада производи оптималну алокацију ресурса, док законска регулатива вештачки повећава трошкове рада изнад оптималног тржишног нивоа и уводи „ригидности“ (тј. радна права), са штетним друштвеним и економским последицама.⁵⁵⁴ Основна карактеристика саморегулативе

⁵⁴⁹ Горан Обрадовић, „О дерегулацији радних односа“, у: Петрушић Невена (ур.), *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова*, књ. 4, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008, 143.

⁵⁵⁰ Emmanuel Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, 206.

⁵⁵¹ Matthew W. Finkin, Comparative Labour Law, <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=578024126025115005105071024008103105030008032048049017077023073065088087018094107100005045118111046019096066093013004020072014001061058032046124082070116066085120055000076102006025109088124113001025127087087091092118100094103006001072007027030085117&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

⁵⁵² S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 28.

⁵⁵³ Поједини аутори су вољни да слободно тржиште рада посматрају као конструкцију дизајнирану од стране оних којима првенствено и служи и који је стога цинично приказују као ефикасан механизам који покреће домишљатост и подстиче напоран рад. *Ibid.*

⁵⁵⁴ „У неокласичном економском моделу, на заштитно радно законодавство се гледа са подозрењем, јер се доживљава као стварање ригидности на тржишту рада, што доводи до тога да актери на тржишту развију нове

је потпуно одсуство државне интервенције, где група појединаца или нека институција самостално и без икаквог утицаја државе регулише сопствене активности и надзор над њиховим вршењем. Ово упркос одсуству емпиријске основе за тврдњу да дерегулација помаже расту малих и средњих предузећа.

Заговорници учења о менаџменту људских ресурса деле мишљења нелибералне идеологије да се спољним утицајима нарушава оптималан раст предузећа и додатни прилив капитала.⁵⁵⁵ Међутим, у остварењу економског напретка припадници теорије о људским ресурсима предност не дају савршено конкурентном тржишту, него успешном управљању људским потенцијалима у процесу организованог рада, који подражава принцип сигурности запослења упоредо са хармонизованим односима између управе предузећа и запослених. Дакле, уместо контроле и снижавања трошкова рада, тежиште се помера ка већој продуктивности и међуљудским односима који јој доприносе. У том смислу се организована подела рада и профитабилност виде као заједнички именитељ који се постиже јачањем људских потенцијала.

Успешно пословање умногоме зависи од радне ефикасности која се повећава са потпуним интегрисањем радника у укупност радних процеса послодавца, те развојем културе у којој запослени и менаџмент деле одговорност за добро пословање организације. Бољи радни услови и већа мотивисаност радника били су пресудни за настанак школе „људских односа” у којој се већа пажња посвећује људском аспекту производње у поређењу са техничко-технолошким.⁵⁵⁶ Тврдња да стварање осећаја припадности радном колективу и поштовање личности радника највише доприносе вредности предузећа црпи инспирацију из пионирског рада социолога Елтона Маја (Elton Mayo) и његовог чувеног експеримента.⁵⁵⁷ Заговорници овог приступа инсистирају на томе да се економски раст може постићи једино јачањем производних капацитета, те ширењем управљачких овлашћења које дају могућност послодавцима да брзо реагују на интензивне промене у пословном окружењу.⁵⁵⁸ Притом, потребно је смањити директне трошкове рада, корпоративне порезе и ограничења у управљању предузећем, било да она свој основ имају у закону или колективном уговору.

Разматрајући негативне последице „ерозије стандардног радног односа“, неопходно је развити нове регулаторне стратегије и институционалне аранжмане који ће произвести позитивне друштвене и економске резултате. Изазов са којим се данас сусрећемо се огледа у идентификовању нових начина регулисања радних односа у време када тржиште рада све више карактерише поларизација послова, прекарност запослења и нестабилност сталних прихода. Униформан став не постоји у погледу тога да ли је интервенција државе на тржишту рада једини или најбољи начин за постизање позитивних исхода по социјалне партнере, али и друштво у целини. Штавише, постоје аутори који тврде да корист од дерегулације имају највише они радници који иначе не би имали могућност да буду укључени у тржиште рада заснивањем стандардног радног односа. Реч је, првенствено, о младима, женама, старијим лицима, али и другим вулнерабилним групама које се суочавају са проблем проналаска адекватног запослења. Сходно томе, крути радноправни режим погодује само једној категорији запослених, занемарујући интересе других и то оних којима је заштита најпотребнија.⁵⁵⁹

облике „флексибилних“ уговора изван делокруга законодавства“. Мирјана Докмановић, *Утицај неолиберализма на економска и социјална права*, Чигоја штампа, Београд, 2017, 62.

⁵⁵⁵ Прилив страних инвестиција се директно одражава на висину зарада. Juan Luis Bour, *Empleo, productividad, salarios, crecimiento*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2018, 54.

⁵⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁵⁷ Више вид.: Т. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 253.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ Г. Обрадовић, „О дерегулацији радних односа“, *op. cit.*, 143; Mia Rönnmar, The managerial prerogative and the employee's duty to work: a comparative study of functional flexibility in working life, *The International Journal of Human Resource Management*, Vol. 15, бр. 3, 2004, 455.

2. Теорија противчинидбе и одступања у уговорима англосаксонског права

2.1. Уводно разматрање

Дикин (Deakin) наводи да је уговор о раду 'вештачки' модел наметнут сложенијој стварности радних односа.⁵⁶⁰ Све до средине 20. века, уговори о раду си били махом усмени, тако да се изричита сагласност постизала само у погледу основних елемената уговора, попут зараде и радног времена, док су остала питања везана за садржину уговора остајала недефинисана. Као што сам назив каже консензуални уговори, настају простом сагласношћу воља сауговорача о његовим битним елементима. Развој трговине довео је до потребе за једноставношћу и ефикасношћу, због чега се за најважније и најчешће коришћене уговоре није захтевала посебна форма. Ипак, консензуални споразум је могао бити забележен, при чему се писана белешка користила махом као извор за утврђење битних елемената усменог споразума. Такво стање ствари водило је учесталим споровима, у којима су судови заузимали позицију сауговорача у разјашњењу и детаљнијем уређењу услова уговора. Наиме, у сваком конкретном случају, садржина уговора се одређивала судском одлуком, што је довело до стварања стандардних правила у тумачењу изричитих услова споразума који су потом били допуњавани подразумеваним обавезама.⁵⁶¹ Овај, у литератури познат и као судски модел уговора о раду имао је за основ размену рада за зараду у безбедном радном окружењу, са јасно дефинисаним улогама надређених и подређених субјеката.

Уговор о раду не упућује на примену закона, већ се императивне законске норме независно од воље запосленог и послодавца, аутоматски примењују на њихов уговорни однос. Уговорне стране не могу слободном вољом искључити примену закона, тако да свака намера страна уговорница усмерена да ограничи примену закона на уговор о раду не прозводи правна дејства и чини уговор о раду у том делу ништавим. Ипак, права и обавезе субјеката уговора о раду који су законски конституисани могу бити несагласна са *common law* праксом. У случају сукоба између садржине законске норме, мишљења израженог у судској одлуци, услова уговора о раду или неког другог правног акта којим се уређују међусобна права, обавезе и одговорности, опште правне норме уживају приоритет у примени.⁵⁶² Наравно, диспозитивне норме закона у области рада постају обавезујуће за странке само ако оне одређено питање нису другачије уредиле уговором. Слично, законске одредбе које се односе на поступак отпуштања запослених у малим и средњим предузећима неће утицати на поступке отпуштања у великим предузећима и *vice versa*.

Када послодавац у правилник о раду или у други аутономни акт унесе правила понашања, процедуре и погодности за запослене, општи акт послодавца постаје саставни део уговора о раду. Дакле, у случају да извори аутономног радног права наводе повреде радних обавеза за које запослени може бити дисциплински кажњен или уносе обавезу обезбеђења сигурности посла или на други начин ограничавају самовољно поступање послодавца, отпуштање супротно постављеним ограничењима представља повреду уговора.⁵⁶³ Међутим, како се може видети у појединим судским одлукама повреде уговорних обавеза нису постојале јер су се послодавци у својим једностраним актима изричито одрицали од одговорности.

⁵⁶⁰ Нав. према: F. Rosioru, „The changing concept of subordination“, *op. cit.*, 13.

⁵⁶¹ Систем прецедентних правила које су израдиле судије потиче из 12. века и усмерен је ка стварању правне предвидивости у одлучивању у истим или сличним чињеничним и правним питањима.

⁵⁶² Ово важи независно од тога што у англосаксонском правном систему ауторитативне судске одлуке донете у прошлости важе и за будућност.

⁵⁶³ Birch Miller de Lobe Lederman, Zachary Seymour, „Certified fresh: consideration and other issues relating to modifying employment agreements with current employees“, 4. Доступно на: https://www.blakes.com/getmedia/e1266b28-40c2-4213-ac7e-549f4c364fb0/CALGARY-%2331374367-v6-Certified_Fresh__Consideration_and_Other_Issues_Relating_to_Modifying_Employment_Agreements_with_Current_Employees.pdf.aspx, 6.3.2024.

Егзонерациона клаузула, којом се искључује одговорност за штету је, по правилу, уговорна клаузула која не произлази из слободе предузетништва, већ настаје сагласношћу воља и резултат је слободе уговарања. Стога се оправдано поставља питање да ли ова клаузула може уопште бити део једностраног акта послодавца. У пракси се ове врсте клаузула намећу од стране послодаваца, као економски јаче стране уговорнице, чиме се положај запослених додатно отежава и чини посебно рањивим. То води поремећају у равнотежи права и обавеза уговорних страна, што за последицу има високи степен правне несигурности у односима између запослених и послодаваца, али и уопште.⁵⁶⁴ Тако, холандска влада штити запосленог против могућег опортунизма или хировитости послодавца у доношењу рестриктивних одлука тиме што предвиђа да се разумност намере послодавца о отказу уговора о раду оцењује од стране трећег независног лица које може одржати радни однос на снази супротно вољи послодавца. Калифорнијски апелациони суд је сматрао да је престанак радног односа без оправданог разлога након дугогодишњег и истовремено позитивно оцењеног рада запосленог повређује начело савесности и поштења.⁵⁶⁵

Диференцијација услова рада и елемената уговора о раду нарочито је замагљена у англосаксонском праву које на примеру сваког конкретног случаја одређује да ли је послодавац прекорачио своја овлашћења и да ли су измене услова рада односно уговора по својој природи разумне. Оно што додатно представља проблем у државама из овог правног круга је и схватање самог уговора као противчинидбеног акта.⁵⁶⁶ Противчинидба карактерише и одређује сваки уговор, те и уговор о раду у којем се рад размењује за зараду. Стога се правни акт у којем обећање престације једне стране није праћено обећањем противпрестације друге стране уопште и не сматра уговором. Ако се у моменту закључења уговора захтева присуство вредносне размене (*consideration*), онда то исто правило важи и за његове измене. Сходно томе, неопходно је, претходно утврдити да ли је у конкретном случају реч о измени услова рада на које је запослени добровољно пристао у моменту закључења уговора о раду или не. У случају потврдног одговора постојање противчинидбе се више не поставља као услов правоваљаности измена услова рада. У супротном, теорија противчинидбе ступа на сцену и условљава ваљаност измена елемената (услова) уговора о раду. Противчинидба или накнада се одређује широко, тако да обухвата било коју радњу дозвољену објективним правом, што је отворило питање карактера радног континуума, као противчинидбе за измене уговора о раду које предлаже послодавац. Уговорање клаузуле забране конкуренције је критиковано због ограничавања запослених да зарађују за живот, док су новија истраживања показала да то потискује иновације и омета економски раст.⁵⁶⁷ Но, противпрестација се може састојати у уговору о раду на одређено време, приступу повлашћеним информацијама или додатној обуци.

2.2. Порекло теорије противчинидбе

Израз противчинидба први пут је употребљен 1557. године у оквиру једног брачног споразума, док је у контексту измена уговора о раду ова теорија разматрана тек 1791. године.⁵⁶⁸ Ниједна теорије није довела до толико размимоилажења која, нажалост, нису превазиђена ни након вишедеценијске анализе суштине противчинидбе. У основи ове теорије лежи схватање о недостатку разлога или мотива прихватања измене уговора којим би се платило више или прихватило мање, без присуства одговарајуће противчинидбе као неког облика компензације. Сходно томе, неопходно је спречити опортунистичко понашање једне стране, која је у

⁵⁶⁴ Edwin W. Patters, „An apology for consideration“, *Columbia Law Review*, Vol. 58, бр. 7, 1958, 931.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ John Wilson Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, University of Technology, Sydney, 2002, 8.

⁵⁶⁷ B. M. de Lobe Lederman, Z. Seymour, „Certified fresh: consideration and other issues relating to modifying employment agreements with current employees“, *op. cit.*, 6 *et seq.*

⁵⁶⁸ Н. Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *op.cit.*, 69.

међувремену стекла бољу преговарачку позицију, коју кроз измене уговора настоји да искористи или је чекала да се позиција друге стране промени, тако да она постане више зависна од престација које добија по основу уговора. Она је настала као продукт судске праксе са циљем да буде линија разграничења између споразума који испуњавају услове за уговор од оних који не завређују да уживају правну заштиту. Порекло теорије противчинидбе је једно од најконтроверзнијих питања у историји уговорног права које је инспирисало бројне ауторе да заузму различите доктринарне ставове. Холмс (Holmes) тврди да је терорија противчинидбе изворно изведена из средњовековног *quid pro quo* принципа,⁵⁶⁹ док Симсон (Simpson), пак, сматра да је реч о модификованом облику римске каузе који је настао као резултанта римске традиције правичности која је утицала на изградњу правичног права (*equity*).⁵⁷⁰

Постоје тврдње да је теорија противчинидбе противна хетерономним изворима права, али да је судови упркос томе и даље примењују.⁵⁷¹ У Великој Британији је основана посебна комисија за формирање иновативних предлога којима би се реформисала теорија противпрестације. Колико се далеко отишло сведочи и чињеница да се, између осталих, предлаже и решење инспирисано мешавином немачког, француског и италијанског уговорног модела. Лорд Менсфилд (Lord Mansfield) је био жестоки противник теорије противпрестације који се још у почетној фази њеног развоја залагао за њену супституцију са европско-континенталним појмом каузе.⁵⁷² У одсуству те могућности, алтернативни предлог је био њено потпуно укидање са позивом да је реч о тешком бремену прошлости који у постојећим околностима не производи позитивне учинке, те представља „штетно наслеђе“ (*hereditas damnosa*).⁵⁷³ Новији критичари, деле мишљење, те истичу, да је поменута уговорна теорија застарела, превише сложена, непрактична, па чак и збуњујућа. Дакле, у питању је анахронизам модерног уговорног права. Такође, указује се и на недостатак њене прецизне дефиниције и основне сврхе, који је додатно чине проблематичном. Противпрестација се најчешће дефинише као неко право, камата, добит или корист која припада једној страни, или неко трпљење, штета, губитак или одговорност коју је претрпела или преузела друга страна.⁵⁷⁴ Мада се израз противпрестација увек користи у једнини, чини се неоправданим, па чак и погрешним сматрати да се противпрестација нужно састоји од једне радње, користи или губитка. Наиме, реч је о техничком правилу које није прилагођено потребама савремене тржишне економије. Осим тога, креирани су бројни изузеци од примене теорије противчинидбе, као резултат покушаја судија да избегну неправедне и неморалне исходе или исходе противним јавном поретку. Тако се све већи корпус судске праксе, ослања на чињеницу да су правне последице измена поштене и правничне, условљене легитимним комерцијалним разлозима уз поштовање базичног начела савесности и поштења.⁵⁷⁵ Такође, одсуство примене теорије противчинидбе оправдава и пристанак на измене уговора који је дат добровољно, без било какве принуде или преваре. Заправо, може се рећи да се иза теорије противчинидбе неретко крије истински *ratio*

⁵⁶⁹ Наиме, у средњовековном праву, уговор није био извор облигације, већ управо чињеница да је једна страна примила неку корист од друге стране (тзв. теорија дуга). Charlotte Mary Boardman, *Considering consideration: a critical and comparative analysis of the doctrine of consideration in the Anglo-Canadian common law*, The University of Kent, 2011, 37.

⁵⁷⁰ Право правичности (*equity law*) је посебан извор права у енглеском правном систему, поред закона (*statute law*) и преседана (*common law*). Велике разлике између енглеског и европског права су последица различитог степена утицаја римског права. Наиме, Енглеска је у релативном кратком периоду била под влашћу Римског царства, што је за њу било од пресудног значаја, јер јој је оставило довољно простора да изгради сопствени правни систем.

⁵⁷¹ *Ibid.*, 21.

⁵⁷² Немачко право, за разлику од француског, не познаје каузу као посебну правну установу, те је због своје једноставности послужило као основ за израду међународних правила и принципа уговорног права. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Доступно на: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf>

⁵⁷³ Kenneth O. Shatwell, „The Doctrine of Consideration in the Modern Law“, *Sydney Law Review*, бр. 1, 1954, 306.

⁵⁷⁴ Небојша Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. LVI, бр. 1, 2008, 67.

⁵⁷⁵ Muayad Kamal Hattab, „Modern Approach to the Employer’s Unilateral Promises: A Comparative Analysis“, *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 15, бр. 2, 2022, 390.

decidendi судског одлучивања. У том смислу, теорија противчиндбе служи судовима само као изговор да оспоре утуживост обавезе из уговора, за коју оцене да нема оправданог разлога да ужива правну заштиту у случају да немају други јаснији правни основ за одбијање захтева.⁵⁷⁶ Коначно, ова теорија се коси, додуше после Брегзита не у истој мери, са трендом хармонизације уговорног права, нарочито у Европској унији.

2.3. Теорија противчиндбе и уговор о раду

Правила о изменама уговора о раду могу бити садржана у самом тексту уговора о раду уношењем клаузуле да се, примера ради, уговор о раду може мењати у целини или делимично сагласном вољом страна уговорница у писаној форми. У случају изостанка обостраног пристајка, запослени начелно ужива право вета на било коју послодавчеву одлуку којом се једнострано мења уговор. Важно је нагласити, да ако се таква клаузула унесе у уговор о раду онда се захтев за противпрестацијом не поставља приликом евентуалних каснијих измена уговора. Једино је потребно да је узајамна вредносна размена постојала у моменту формирања иницијалног споразума. Дакле, стране уговорнице су слободне да споразумно уреде поступак измене уговора о раду, што за крајњу последицу може имати то да се теорија противпрестације уопште и не примењује на њихов уговорни однос. Међутим, ретки су уговори о раду коју садрже једну такву клаузулу, због чега се готово увек примењују правила о противпрестацији.

Најпознатији случај у којем се отворило питање противпрестације за измену уговора о раду датира још из 1809. године. Премда је донета пре више од два века одлука у предмету *Stilk v. Myrick* је и данас релевантна због чега се често користи као пример.⁵⁷⁷ Међутим, на веродостојност и репрезентативност одлуке негативно утиче чињеница постојања два опречна извештаја о овом случају. Истакнути правник Еспинас (Isaac Espinasse) у свом извештају наводи да су се странке сложиле да преузму додатне обавезе или прихвате додатне ризике који нису првобитно били предвиђени уговором, због чега нема места за додатну накнаду сауговорачу не би ли он извршио већ постојећу обавезу.⁵⁷⁸ Наиме, пре започињања пловидбе морнарима је за пловидбу до Балтичког мора и назад у Енглеску обећана зарада од 5 британских фунти месечно. У току путовања двојица морнара је напустило посаду због чега је заповедник брода Мирик након неуспеха проналаска замене у Кронштату, обећао преосталим члановима посаде поделу зарада које би иначе припале „дезертерима“.⁵⁷⁹ Дакле, морнари нису тражили увећање зарада, већ им је то било понуђено у знак признања због тога што ће морати да раде више да би постигли исти резултат. Исто тако се може закључити да је обећање увећане зараде пружено како би се осигурало испуњење првобитног уговора. Након завршетка путовања, Стилк је тужио Мирика због одбијања да изврши дато обећање којим је уговор о раду измењен. Бранилац окривљеног се позивао на ранији случај *Harris v Watson* у којем је сличан захтев одбијен, при чему је, за разлику од командира брода који је обећао увећање зараде током трајања олује, командант Мирик упитио понуду за измену уговора о раду у тренутку савршених временских услова.⁵⁸⁰ Штавише, у тренутку укрцавања на брод

⁵⁷⁶ Н. Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *op.cit.*, 67.

⁵⁷⁷ Mark A. Giancaspro, *For your consideration: Old rules, practical benefit and a new approach to contractual variation*, The University Of Adelaide, Adelaide, 2014, 4.

⁵⁷⁸ J. W. Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, *op. cit.*, 39.

⁵⁷⁹ Интересантно је поменути да је све до 1983. године, приступ граду Кронштату на острву Котлин у Русији био могућ једино воденим путем.

⁵⁸⁰ У питању је готово идентичан случај у којем се дошло до закључка да се за додатан рад (конкретно, навигационе послове) под хитним околности не може захтевати противчиндба, будући да је то противно јавној политици. У супротном би се омогућило опуртинистичко понашање морнара док су на отвореном мору, што није ни у чијем интересу. Другим речима, постоји опасност од уцене или принуде на одређено поступање у виду обезбеђења додатних материјалних погодности. У том смислу, циљ ових правила је спречавање искоришћавања осетљиве позиције у којој се једна страна налази. Наиме, када се једна страна ослања на учинак друге стране, њена позиција постаје рањива, будући да друга страна која је пружалац карактеристичне престације може искористити предности и захтевати већу накнаду, не би ли завршила започети посао. То може нарушити

морнари су преузели обавезу да у ванредним ситуацијама учине све што је у њиховој моћи да врате брод назад. Другим речима, дужност престације рада траје током читавог путовања, па све до повратка на крајње одредиште. Исход би био другачији да су морнари имали слободу да напусте брод или да је капетан хировито отпустио двојицу морнара. Такође, „дезертерство“ једног дела посаде треба сматрати изузетним случајем на путовању који се може упоредити са смрћу неког од члана посаде. Та чињеница ни на који начин не утиче на обавезе преузете уговором, тако да су морнари дужни да се максимално труде да брод доведу у безбедно место и у луку крајњег одредишта. У супротном, морнари би у неретким околностима допустили да брод потоне, осим ако капетан не би пристао на било који њихов неоправдан захтев. Штавише, губитак товара на броду је могао довести до губитка прихода,⁵⁸¹ због чега је основ за одбијање тужбеног захтева који наводи Еспинас у свом транскрипту пресуде недостатак слободне воље.⁵⁸² Мана воље постоји ако једна страна прети другој страни да неће извршити уговор осим ако она не пристане на нове услове уговора. Наиме, реч је о принуди која, у најширем смислу, представља недозвољени акт једног лица којим оно присиљава друго лице да учини изјаву воље у одређеном правцу. То није физичка или психичка принуда познатија као претња, већ принуда економске природе усмерена на неко економско добро појединца. Истовремено, реч је о првим наговештајима концепције економске принуде (*economic duress*) у уговорним односима којом једна страна искоришћава свој повољан положај ради остварења материјалне користи. Супротно, Кембел (John Campbell) у свом извештају користи разлог који му се чини принципијелнијим за одбијање тужбеног захтева.⁵⁸³ У ситуацијама када је одређена радња или поступање уговорна обавеза, недостаје противпрестација као услов настанка обавезујућег уговора или додатка уговору (*ex nudo pacto non oritur actio*).⁵⁸⁴ Другим речима, додатни споразум односно анекс уговора којим се увећава обавеза дужника у корист повериоца без вредносне размене није утужив (*nudum pactum*).⁵⁸⁵ Притом, овај пример приказује ређу да

преговарачки процес и однос узајамног поверења, јер би се у почетку нудиле погодности за послодавца како би се током трајања уговора добило више користи за запослене.

⁵⁸¹ Међународна трговина је све до 18. века била од пресудног значаја за британску економију, што је резултирало уверењем да морнари обављају јавну службу аналогно функцији коју данас имају ватрогасци или припадници војске. Правило да члан посаде аутоматски губи право на зараду у случају бродолома измењено је Законом из 1925. године на начин да је запосленима гарантована двомесечна зарада ако је до бродолома дошло пре истека уговора о раду а запослени у међувремену није нашао ново запослење. Овакав приступ је у неким случајевима доводио до апсурдног исхода да је положај запослених у погледу висине накнаде за рад бољи у случају бродолома, него срећеног завршетка путовања. Вељко Ковачевић, „Нека питања о природи и структури појединих грана и правних института енглеског права“, *Правни записи*, бр. 2, 2013, 516.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ Кембелијева верзија пресуда је отприлике двоструко дужа од Еспинасове, премда су обојица у властите извештаје уткали субјективан утисак о случају. Надаље, IV део Еспинасовог извештаја објављен је 1811. године што је две године од када се спорни случај десио, док је II део Кембелијевог извештаја објављен седам година касније. J. W. Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, *op. cit.*, 8.

⁵⁸⁴ Суд у Вилијамсу је у предмету 1989. године у *Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd* пресудио да већ постојећа уговорна обавеза може представљати накнаду, у случају када давалац обећања добија практичну корист од онога што је обећано, чиме се одступило да раније судске праксе по истом питању. Такође, истиче се да је у питању надградња теорије противчинидбе понуђена у предмету *Стилк против Мирика*, са идејом да судови буду спремнији да пронађу постојање вредносне размене како би одразили праву намеру страна у уговорима у којима преговарачка овлашћења нису неједнака. Заправо, наглашава се да је развој прагматичног приступа оправдан само у ситуацијама када постоји равноправност у уговорним односима, при чему се корист од измене уговора може огледати и у избегавању примене казнене клузуле у уговору. J. W. Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, *op. cit.*, 8.

⁵⁸⁵ Кембел је у том погледу био веома цењен и његови извештаји су описавани као они који често превазилазе пуко извештавање о чињеницама. Највероватније је то разлог зашто је његов приказ случаја прихваћенији, премда је у исти мах био основа за примену посебне уговорне доктрине. Чак и име капетана брода Марик, које је у извештају користио Кембел, ужива више симпатија од Еспиносиног Мејрик. Ипак, претпоставља се да је у питању језичка погрешка и случајно погрешно писање имена тужиоца, с обзиром на то да је исти извештај на једном месту у извештају направио озбиљан пропуст, те је уместо тужилац написао тужени. Та чињеница је свакако изненађујућа имајући у виду његово директно учешће у спору у својству заступника тужиоца. Peter Luther,

присуство противпрестације као услова за пуноважну измену уговора о раду користи послодавцу, а не запосленом што ће у пракси ретко бити случај. Писана изјава запосленог о одрицању од противпрестације не производи правно дејство. Ваља напоменути да свака страна уговорница мора обезбедити престацију за елементе уговора које се настоје изменити, без обзира што се можда мењају обавезе само једне стране.⁵⁸⁶ Међутим, да ли мења ствари чињеница да је запослени након понуде послодавца за измену уговора о раду дао изјаву о отказу, коју је повукао током трајања отказног рока. Притом, до престанка радног односа на основу отказа од стране запосленог не долази у тренутку давања отказа, већ протеком отказног рока. Иако није дошло до престанка радног односа, сматра се да је изјавом о отказу нарушен континуитет у раду, због чега се пристанак послодавца на наставак запослења, након што је запослени променио мишљење о отказу може сматрати ваљаном противпрестацијом за измену уговора о раду.⁵⁸⁷

2.4. Теорија противчинидбе и измена правилника о раду

Правилници о раду могу садржати материјална (зарада, радно време) или процедурална правила (отказни поступак), а у праву Сједињених Америчких Држава важи пракса да се правилници дају свим запосленима у предузећу на ратификацију.⁵⁸⁸ С тим у вези, важно је утврдити правну природу правилника, јер ако правилник има уговорну природу, за чије важење је потребна сагласност запосленог, онда је и за његову измену потребно обезбеђење противпрестације. У случају да запослени жели да се ослободи правила о отказу „по вољи“, он је морао послодавцу да обезбеди противпрестацију која надилази производ или услугу која је настала његовим радом, будући да је за престацију рада већ обезбеђена контрапрестација у форми зараде. С друге стране, ако је правилник правни акт који доноси послодавац једнострано, онда се искључује примена доктрине противчинидбе.

Дакле, ако је правилник манифестација компанијске политике на коју запослени не могу да утичу онда се узима да је отказ „по вољи“ претпостављено правило. Имајући у виду негативне последице доктрине „по вољи“ дошло се до предлога да се поново преиспита његова функција, нарочито у склопу чињенице да је реч о супстанцијалном правилу.⁵⁸⁹ Супротно, критичари доктрине „по вољи“ инсистирају на везивној компоненти која прожима отказ у сваком тренутку без отказног рока и без претходне најаве, а која се огледа најпре у решавању проблема уговорних обавеза када уговор о раду остане недоречен по бројним питањима.⁵⁹⁰ Залагање за идеју супстанцијалног правила је чист формалистички приступ који може довести до неправичних исхода. Америчка судска пракса је променљива, те се тако могу наћи одлуке у којима се глорификује значај отказа „по вољи“, али и одлуке у којима се потврђује постојање претпоставке о њеном постојању, која се може у сваком моменту оборити пружањем одговарајућих доказа.⁵⁹¹ Интересантно је и гледиште по којем је правилник једнострано уговор у којем једна страна упућује понуду, коју друга стране одбија или прихвата. За разлику од

Campbell, „Espinasse and the sailors: text and context in the common law“, доступно на: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1748-121X.1999.tb00638.x>, 8.7.2024.

⁵⁸⁶ У делу литературе се врши прецизирање тако да одговор делимично зависи од природе постојеће обавезе односно од одговора да ли се извршење обавезе дугује трећем лицу, саговорачу, или је реч о обавези која је утврђена законом, а не уговором. *Ibid.*

⁵⁸⁷ *Theberge-Lindsay v. 3395022 Canada Inc.(Kutcher Dentistry Professional Corporation)*, 2019 ONCA 469 (CanLII).

⁵⁸⁸ Richard J. Pratt, „Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment-at-will doctrine“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1990, 206.

⁵⁸⁹ Muayad Kamal Hattab, „Modern Approach to the Employer’s Unilateral Promises: A Comparative Analysis“, *op. cit.*, 383.

⁵⁹⁰ *Ibid.*

⁵⁹¹ Muayad Kamal Mohammad Hattab, ‘Voluntary’ Promises in Employment Law: A Study of the Legal Approach in the United Kingdom & the United States of America, 2014, 25. Доступно на: https://www.academia.edu/15053093/Voluntary_Promises_in_Employment_Law_a_Study_of_the_Legal_Approach_in_the_United_Kingdom_and_the_United_States_of_America, 10.6.2024.

српског права, које познаје само једностране правне послове, англосаксонско право користи израз једнострани уговори где се једна страна јавља у улози понудиоца, док друга страна пружа престацију.⁵⁹² Затим, није неопходно да обе стране добијају корист по основу уговора, тако да уговор постоји и када једна страна трпи штету (*detriment*), на пример запослени због неповољних измена услова рада. Штета коју трпи једна стране не мора бити пропорционална користима које добија друга страна.

Противчинидба је углављена („погођена“), кад уговорник захтева неку радњу од саговорника у замену за радњу коју му је обећао, што би на примеру било скицирано овако: послодавац даје обећање да ће запослити конкретно лице за рад на одређеном послу и обезбедити му зараду и/или друге погодности, док се ступање на рад или наставак рада сматра пристанком на погодбу (*bargain*) и противпрестацијом. Слично, пуноважан уговор може настати и одрицањем од права на синдикално удруживање који је послодаваца увео у правилник.⁵⁹³ Исто тако, послодавац може једнострано изменити правилник, што у ствари представља нову понуду једностраног уговора, коју је запослени прихватио ако је наставио да ради за послодавца. Постоје и другачија гледишта по којима се за измену правилника захтева додатна противпрестација од стране послодавца, док се наставак рада не може тумачити као прећутни пристанак запосленог на промењене услове.⁵⁹⁴

Формирање уговора захтева постојање понуде и прихвата понуде који репрезентује коначан, безуслован и недвосмислен израз пристанка на услове уговора садржине у понуди. Међутим, у основи понуде и прихвата лежи вредносна размена, без које не може бити ниједног уговора, па ни уговора о раду. Постојање противчинидбе значи да свака страна мора дати нешто заузврат за погодбу коју добија по уговору. У основи теорије противпрестације лежи реципроцитет права и дужности. Да би се ово заобишло, уместо измене уговора о раду може се прибећи замени „старог“ уговора „новим“, који би укључио измењену висину зараде, што је, примећује се, чисто формалистички приступ. Ипак, треба бити обазрив по питању ове теорије, имајући у виду да је њена примена „мач са две оштрице“. Тако је у предмету *WPM Retail Ltd v Lang* било неопходно утврдити да ли је дошло до промене у опису послова, тако да запослени има нове радне задатке и дужности или је дошло до промене у одређивању критеријума учинка који му дају право на годишњи бонус.⁵⁹⁵ Стога, уговор о раду треба да обезбеди користи за обе стране које иначе не би имале, да није дошло до његовог закључења. Међутим, користи које настају из уговора не морају бити вредносно једнаке, тако да суд не оцењује њихову адекватност, већ присутност. Сходно томе, поремећај у вредности престација не утиче на настанак пуноважног уговора, јер је и престација мале вредности у замену за огромну економску добит довољна за стварање правног учинка. Школски пример уговорне противчинидбе је предмет *Chappell & Company v. Nestle* поводом ког је Дома лордова Уједињеног Краљевства изјавио да „зрно бибера не престаје да буде довољна противпрестација у уговору, упркос томе што саговорарач који га добија не воли љуто.“⁵⁹⁶

У случају измене уговора о раду, запослени и послодавац би требало да добију неку нову вредносну чинидбу, коју иначе не би имали по основу постојећег тј. претходног уговора

⁵⁹² „[Постоје] јаки разлози праведности и социјалне политике који против допуштања послодавцима да проглашавају опште правилнике уз задржавање права да одступе од њих по сопственом хиру“. R. J. Pratt, „Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment-at-will doctrine“, *op. cit.*, 206. Очигледно је неправедно дозволити послодавцу да донесе приручник, билтен или други сличан материјал у којем су формулисани услови рада који представљају политику предузећа, а затим му дозволити да ту политику коју је сам формулисао преиначи по сопственом нахођењу кад год му њена примена не иде у прилог.

⁵⁹³ Штавише, отишло се и корак даље у тумачењу, па се може наићи и на мишљење да узајамност обавеза није нужна код једностраних уговора.

⁵⁹⁴ R. J. Pratt, „Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment-at-will doctrine“, *op. cit.*, 206.

⁵⁹⁵ Barry Hough, Ann Spowart-Taylor, „The doctrine of consideration: Dead or alive in English employment contracts?“, *Journal of Contract Law*, Vol. 17, бр. 3, 2001, 203.

⁵⁹⁶ *Chappell & Co Ltd v Nestlé Co Ltd* [1960] AC 97.

о раду.⁵⁹⁷ У одлуци у премдету *Williams v Roffey* одступило се од традиционалне позиције, тако да је појам противпрестације проширен и на „практичне користи“.⁵⁹⁸ То значи да једна страна (послодавац) може да обећа другој страни исту ону престацију која је била оригинално предвиђена уговором, све док друга страна (запослени) од тога има „практичне користи“.⁵⁹⁹ Противчинидба није ваљана ако је дато обећање да неће бити утужено потраживање које је, иначе, неважеће или застарело. Постоје и супротна мишљења да је делокруг примене теорије противпрестације неоправдано проширен да регулише измене и престанак уговора о раду уместо његово формирање.⁶⁰⁰ С тим у вези, примећује се судско предузимање почетних корака у отклањању примене теорије противпрестације, ако су испуњени други услови за измену уговора. То, међутим, не мора нужно значити њено потпуно гашење у материји радних односа, имајући у виду особену природу уговора о раду и потребу за заштитом слабије стране, нарочито у контексту измена првобитних услова рада.

Теорија противчинидбе као предуслов за настанак уговора прецизније подразумева да је за пуноважан уговор довољно обећање извршења противрадње једне стране, као својеврсне накнаде за уговорну престацију друге стране. Пошто садржи противчинидбу, уговор може бити и неформалан, осим када закон предвиђа посебну форму, односно када стране нису уговориле испуњење одређене форме као битан услов за закључење уговора. Имајући у виду да уговор о раду може бити и неформалан, а што није одлучујуће за активацију теорије противчинидбе, она свакако задобија свој простор примене и нарочито је оправдана у ситуацијама када се мења првобитно закључен уговор. То је, штавише, брана једностраној измени битних елемената уговора о раду од стране послодавца, будући да измена уговора о раду повлачи одређену противпрестацију за запосленог. Ово правило се, иначе, фигуративно описује као „јучерашњи договор, а данашњи уговор“.⁶⁰¹

Облици противпрестације могу бити различити, почев од бонуса, преко увећаног доприноса за осигурање у случају старости или болести, па све до дужег отказног рока у случају раскида уговорног односа. Оно што се јавило као спорно је наставак запослења као противрадња послодавца за измењене услове рада будући да се не прави термилошка разлика између измена услова рада и измена елемената уговора о раду. Остављајући то по страни, потребно је указати да је дилема мање изражена код измене уговора о раду уношењем клаузуле забране конкуренције, којом се ограничава слобода рада запосленог, због чега се наставак запослења код послодавца у том случају не би могао сматрати довољном противпрестацијом. Осим те ситуације, питање постајања противпрестације постаје нарочито проблематично код уговора о раду „по вољи“, који свака страна може слободно да оконча у свако доба, без отказног рока и без постојања оправданог отказног разлога.

Интересантан је случај *Swain v West (Butchers) Ltd.* у којем је послодавац обећао запосленом да га неће отпустити ако добије уверљив доказ против непоштеног поступања генералог директора. Иако не постоји начелна дужност да запослени откривају незаконите налоге својих надређених, у уговору о раду је било јасно назначено да је запослени дужан да промовише, штити и развија интересе компаније на најбољи могући начин. Отуда је запослени био дужан да сваку уочену незакониту радњу пријави управном одбору, због чега усмени споразум између послодавца и запосленог да такво поступање запосленог неће довести до отказа нема никакав правни значај. Теорија противчинидбе не везује послодавца који може и поред тога што су испуњени сви услови за настанак ваљаног споразума и обећан наставак рада отпустити запосленог и користити доказе које му је он обезбедио у поступку пред судом

⁵⁹⁷ Gali Racabi, „Abolish the Employer Prerogative: Unleash Work Law“, *Berkeley journal of employment & labor law*, Vol. 43, 2021, 103.

⁵⁹⁸ John Wilson Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, op. cit., 8.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

⁶⁰⁰ Шкотска је једина конститутивна земља Уједињеног Краљевства у којој се теорија противпрестације не примењује.

⁶⁰¹ Robert A. Hillman, „The Unfulfilled Promise of Promissory Estoppel in the Employment Setting“, *Rutgers Law Journal*, Vol. 31, 4.

против генералног директора.⁶⁰² Међутим, када послодавац жели да увећа зараду запосленом, потребно је да запослени преузме додатне дужности као вредносни еквивалент за погодности које остварује по основу измењеног уговора о раду. У том смислу, адекватност теорије противчинидбе постаје доведена у сумњу што је навеле поједине ауторе да заузму став да би судови требало да се баве алтернативним теоријама које би више одговарале модерном пословном окружењу и променљивим условима организације рада.⁶⁰³

2.5. Одступање од теорије противчинидбе

Према класичном англосаксонском уговорном праву, међусобна сагласност сама по себи није довољна да се измени уговор. До великог преокрета дошло је када је суд у случају *Rosas v. Tosa* одступио од тезе да је противпрестација *conditio sine qua non* за измену уговора.⁶⁰⁴ Наиме, након што је добила на лутрији, госпођа Росас је својој пријатељици госпођи Токи позајмила 600.000 долара за куповину куће. У складу са уговором о зајму, Госпођа Тока је требало да врати зајам за годину дана без камате. Сваке године, госпођа Тока је тражила продужење за отплату зајма, наводећи да ће цели дуг вратити наредне године. Пошто се то није десило, неколико година касније, госпођа Росас покреће поступак пред судом ради наплате свог потраживања. Основни суд у Колумбији је утврдио да је госпођа Росас закаснила са подношењем тужбе сходно тадашњем року застарелости потраживања од шест година који се рачунао од момента преклузије тј. од датума када је дуг првобитно доспео на наплату. Госпођа Росас се жалила на одлуку Апелационом суду указујући да се споразум мењао сваки пут када је госпођа Тока затражила продужење рока за повраћај зајма, што значи да је и рок застарелости са сваком новом изменом уговора о зајму аутоматски почео изнова да тече. Поред тога, муж госпође Токе пружао је помоћ госпођи Росас, укључујући услуге возње и волонтирања у њеној продавници. Но, проблем са овим аргументом је тај што је суд сматрао да је за измену уговора довољна сагласност странака, која је постојала сваким наредним пристанком на продужење рока за повраћај зајма, што практично значи да и без противпрестације госпођа Тока има уговорну обавезу да врати зајам. Према томе, противпрестација јесте „вредан сигнал о намерама странака да буду везане својим споразумом, али не и циљ сам по себи“.⁶⁰⁵

Но, када је овај случај у питању треба имати у виду да није реч о спору насталом из радног односа, већ о грађанскоправној парници која не мора нужно имати импликације на поступак измене уговора о раду. Ово првенствено из разлога што грађанскоправни однос карактерише једнакост странака, док уговор о раду пројављује правну и економску неједнакост сауговорача. Због тога је у контексту радних односа особито важно нагласити потребу за заштитом слабије стране кроз обећање одређене накнаде као противвредности за уступке које она чини пристанком на измену уговора у корист јаче. Ту треба посебно истаћи да се позиција запослених додатно отежава током трајања радног односа будући да су запослени тада најрањивији, јер им прети отказ као санкција за одбијање понуде послодавца за измену уговора о раду. Премда послодавци могу суштински обесмислити правила о пружању накнаде запосленима за измену уговора о раду јер судови не оцењују вредност накнаде нити инсистирају на томе да запослени увек добију „фер“ противпрестацију, она ипак представља јединствену меру заштите запослених од арбитрарних поступања послодавца. Потврда за то се може наћи у првом спору поводом оцене законитости анекса уговора о раду након увођења флексибилности у примени теорије противпрестације. Према оцени Апелационог суда Британске Колумбије пресуда у предмету *Rosas v. Tosa* не може бити водећа

⁶⁰² *Ibid.*, 5.

⁶⁰³ B. Hough, A. Spowart-Taylor, „The doctrine of consideration: Dead or alive in English employment contracts?“, *op. cit.*, 202.

⁶⁰⁴ *Ibid.*

⁶⁰⁵ *Ibid.*

у материји радних односа.⁶⁰⁶ Мало је вероватно да ће значајне измене уговора довести до одустајања од општег захтева за противпрестацијом. Према томе, послодавац се не може ослонити на ревидиране услове запошљавања који су мање повољни за запосленог без пружања додатних користи.⁶⁰⁷

Неспорно је да су правила о изменама уговора једна од најсложених узимајући у обзир низ конституисаних института, попут института промене субјеката (*substitution*), приговора недоследности (*estoppel*), одрицања од права (*waiver*), реструктурирање потраживања (*forbearance*) и сл. Притом, одрицање од права се може користити само у погледу споредних елемената уговора који не мењају основне обавезе уговорних страна. Сличан приступ примењује се и код Атија (Atiyah) који види теорију противчинидбе не као јединствену целину, већ као скуп правних принципа и правила.⁶⁰⁸ Надаље, исти аутор поима противчинидбу као разлог закључења уговора, што је интересантно гледиште, јер се отвара могућност да се противчинидба не тумачи као једини разлог, побуда или мотив уговорног обвезивања. И коначно, закључује да је намера ступања у уговорни однос пресудна у оцени постојања ваљаног уговора, са чим се можемо делимично сложити.⁶⁰⁹ У тежњи ка проналажењу института који ће бити коришћен уместо теорије противпрестације, посебно се издвојио обећавајући *estoppel*. Наиме, обећавајући *estoppel* се од стране неких аутора оцењује као најбољи супститут чију „примену треба постепено ширити судским емпиризмом“. Уместо тога, обећавајући *estoppel* је добио споредну улогу и постао поткатегорија у оквиру теорије противпрестације.

У канадском предмету *Rej dak v. Fight Network Inc.* понуда за заснивање радног односа на месту уредника и креативног директора на дигиталном телевизијском каналу који емитује борбе (*The Fight Network*) учињена је тужиоцу (*Krzysztof Rej dak*) телефонским путем током разговора са директором програма и продукције.⁶¹⁰ Штавише, она је уследила након интервјуа за посао са тужиоцем и пробног монтирања промотивне траке у просторијама телевизије. У том периоду, тужилац је радио за спортску телевизијску мрежу, где је дао отказ након прихватања понуде. Износ зараде, назив радног места и датум ступања на рад били су једини елементи усмене понуде. Међутим, по ступању на рад тужиоцу је достављен на потписивање уговор о раду у који је била укључена клаузула о пробном раду и у којем је стајало да тај уговор замењује „све претходне дискусије и споразуме“. ⁶¹¹ С тим у вези, отворило се питање да ли је пуноважан уговор о раду настао још у току телефонског разговора и да ли је писаним уговором о раду он у ствари измењен. Имајући у виду да према канадском праву уговор о раду не мора бити сачињен у писаној форми и да већина запослених у тој земљи нема писани уговор којим се уређују услови рада, аргумент туженог да у периоду ступања запосленог на рад уговор о раду још није био финализован а ни потписан, није прихваћен. Стога, усмена понуда за посао која садржи елементе будућег радног односа може у случају прихвата конституисати пуноважан уговор. Осим тога, за пуноважну измену усменог уговора о раду неопходно је пружити нову противчинидбу у замену за увођење пробног рада, при чему то не могу бити плаћени годишњи одмор и права из здравственог осигурања која имају сви запослени код истог послодавца.⁶¹² Исто тако се примењује да у обрнутој ситуацији, странке немају

⁶⁰⁶ David V. Snyder, „Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver, and Estoppel“, *Wisconsin Law Review*, Vol. 607, 1999, 627.

⁶⁰⁷ Закључак из предмета *Rosas v. Toca*. Детаљније у Marcus Roberts, „*Rosas v Toca* – Asses and “Incremental Changes” to Consideration“, *China Business Law Journal*, Vol. 61, 2019, 393.

⁶⁰⁸ Нав. према: Н. Јовановић, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *op.cit.*, 68.

⁶⁰⁹ J. W. Twyford, *The doctrine of consideration. The role of consideration in contract modification*, *op. cit.*, 4.

⁶¹⁰ *Rej dak v. Fight Network Inc.*, 2008 CANLII 37909 (ON SC).

⁶¹¹ У домаћем праву, поступак закључења писаног уговора о раду претходи ступању на рад из чега се изводи закључак да је за ступање на рад постојање пуноважног писаног уговора о раду предуслов.

⁶¹² За разлику од тога, у спору сличних чињеничних околности Суд је донео исту одлуку, с тим да је установио да су понуда за заснивање радног односа и уговор о раду повезани документи који чине јединство. С обзиром на то да ти документи нису у супротности, они чине, у ствари, два дела једног истог уговора. Вид. више у предмету *Holland v. Hostopia.com Inc.*

могућност избора форме којом ће мењати писани уговор о раду, већ то морају учинити искључиво упућивањем писаног анекса. Такође, посебна исправа (*deed*) која се од уговора разликује по томе што се увек саставља у писаној форми може заменити уговор о раду и искључити примену теорије противчинидбе. Додатно, противчинидба није потребна ако се у уговор о раду унесе флексибилна клаузула којом се послодавцу допушта да у току трајања радног односа измени неке или све уговорене услове рада. Притом, послодавац не може на основу флексибилне клаузуле једнострано изменити висину зараде, скратити отказни рок или умањити неко друго право запосленог, ако то није оправдано. Дакле, флексибилна клаузула не даје послодавцу право да тлачи запослене, искоришћава њихов неповољан економски положај и нарушава њихову сигурност, већ га споразумно овлашћује да реструктурира своје активности када је то неопходно ради очувања радних места.⁶¹³

2.6. Теорија противчинидбе у уговору о раду „по вољи“

Вуд (Wood) у свом капиталном делу „Господар и слуга“ по први пут указује да запошљавање и отпуштање функционише по принципима неограничене аутономије и апсолутне слободе.⁶¹⁴ Иако осмишљена у циљу елиминисања принудног рада, *at will* доктрина више погодује послодавцима него запосленима који могу бити тешко погођени изненадним губитком посла. Наиме, отказ се може дати у свако доба из било ког разлога због чега се и уводе бројна ограничења у коришћењу овог тако рећи слободног уговора. Концепт запошљавања по вољи појавио се у Сједињеним Америчким Државама као допуна *laissez faire* капитализму. Наиме, пошло се од логике да ако запослени могу да дају отказ у било које доба, онда се исто право мора дати и послодавцу као другој страни уговорници, чиме се фиктивно установљава уговорна једнакост која не одговара стварном односу.⁶¹⁵ Касних 80-их година прошлог века доктрина *at will* заменила је традиционалну претпоставку о годишњем трајању уговора о раду до чијег раскида долази у зависности од диспозиције странака. Претпоставка о једногодишњем трајању уговора о раду, која је у америчко право позајмљена из енглеског обичајног права, није одговарала преовлађујућим схватањима с краја 19. века о апсолутној слободи уговарања и несметаној слободи предузетништва. Уговор о раду „по вољи“ је најчешће коришћен уговор у САД који има више од 85% запослених који раде у приватном сектору.⁶¹⁶ Доктрина уговор о раду „по вољи“ претпоставља да послодавац може отказати уговора о раду, са или без оправданог разлога, уз поштовање основних људских права.

У одсуство заштитних одредби које се примењују на уговору о раду радници су апсолутно подређени послодавцу, њихови услови рада могу се променити на било који начин и било када, исто као што могу бити отпуштени без валидног разлога и без претходног обавештења. Логика судског расуђивања трансформисала је стални радни однос у радни однос „по вољи“ послодавца. Давањем веће слободе послодавцима у уговорним односима са запосленима потврђује се неприкосновеност владавине воље појединца, подстиче предузетништво и омогућава виши економским стандард. Дакле, наводи се да примена *at will* доктрине обезбеђује већу економску ефикасност пословних пројеката уз минималне административне трошкове.⁶¹⁷ Запослени више нису били чланови породице послодавца, због чега је и сам однос између њих био чисто економског карактера. Послодавци су сматрали да трајање уговора о раду мора бити условљено тржишном потражњом за производима послодавца.

⁶¹³ Rachel Arnow-Richman, „Modifying At-Will Employment Contracts“, *Boston College Law Review*, Vol. 57, 2016, 429.

⁶¹⁴ Horace Gay Wood, *A treatise on the law of master and servant: covering the relation, duties, and liabilities of employers and employees*, Second edition, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 2014, 37.

⁶¹⁵ R. Arnow-Richman, „Modifying At-Will Employment Contracts“, *op. cit.*, 429.

⁶¹⁶ *Ibid.*

⁶¹⁷ R. J. Pratt, „Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment-at-will doctrine“, *op. cit.*, 206.

Отуда се правило о једногодишњем трајању уговора о раду замењује оборивом претпоставком о унапред неодређеном трајању уговора, који може бити раскинут у свако доба, без било каквог разлога.⁶¹⁸ До раскида са претпоставком о једногодишњем трајању уговора о раду дошло је у предмету *Bain v. Anderson & Co*, када је Врховни суд Канаде закључио да претпоставка о дужини трајања уговора о раду није применљива ако се из саме садржине уговора не може извући такав закључак узимајући у обзир намере страна уговорница и чињеничне околности.⁶¹⁹ Треба имати у виду да је претпоставка о трајању уговора о раду била концепцијски значајна због процене дужине трајања отказног рока и висине накнаде штете у случају незаконитог отказа. Њено напуштање је, притом, довело до изградње нових правила отказног поступка и стандарда разумног отказног рока.

⁶¹⁸ *Ibid.*

⁶¹⁹ *Bain v. Anderson & Co.*, 1898 CanLII 3 (SCC), 28 SCR 481. D. J. Doorey, *The Law of Work*, *op. cit.*, 81.

ТЕОРИЈСКА АНАЛИЗА ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ

1. *Измене уговора о раду као место сусрета слободe предузетништва, слободe рада и слободe уговарања*

1.1. Слобода рада и право на рад

Слобода је природно право човека и услов његовог друштвеног опстанка. Исто тако, слобода је „форма везаности за одређени садржај“, јер само таква слобода која је хуманистички обојена, може омогућити човеково самоостварење и духовни развој.⁶²⁰ Ако слободу сместимо у оквиру радног права, долазимо до слободe рада која као основно начело и светионик обасјава међуљудске односе у процесу рада. Рад је активност својствена само човеку, то је уједно и особина човека и услов његовог опстанка. Рад, осим своје утилитарне, има и хуманистичку функцију, будући да се радом обезбеђују средства за живот. Отуда, основни циљ слободe рада је обезбеђивање средстава за живот кроз лични, добровољан и слободан рад.⁶²¹ Рад чине све оне активности које човек предузима како би себи или/и свом колективу обезбедио средства за егзистенцију. Рад, као такав, подразумева организацију активности, људи и њихових снага.

Саставни део слободe човека јесте слобода рада, која у уговорном односу значи слободу да лице одлучи хоће ли да закључи уговор о раду, као и када ће да иницира његов престанак и евентуалном измену одређених клаузула. Притом, слобода рада у себи инкорпорише као основни и нераздвојни елемент добровољност, у смислу одлучивања о заснивању, измени или раскиду уговора о раду. Садржином права на рад обухваћено је и право на каријеру које претпоставља континуирано усавршавање и напредовање радника, распоређивање на друге послове, као и заштита у случају измена услова рада.

Иако радник, за разлику од роба, поседује могућност избора, односно може да располаже сопственом радном снагом, ово не значи да је аутоматски слободан јер је он принуђен на рад да би живео. Човек је, у капитализму, развио производне снаге, при чему долази до осиромашења природе, јер човек за свој рад користи природна средства, креира производ од кога је отуђен. Предузетника или капиталисту ће увек водити неутољива страст за добитком *auri sacra fames*, док положај радника одражава оно што Ботон (Alain De Botton) назива „радостима и јадима рада”.⁶²² Човеков производни рад почиње да егзистира самостално и независно од човека, због чега „живот који је дао предмету, човеку почиње да се супротставља.”⁶²³ Радник је отуђен, не само од крајњег производа, већ и од процеса производње, јер је радник, у основи, само средство које капиталиста користи како би остварио сопствени интерес. Због тога се пореметио однос човека према раду, иако је човек створен за рад.⁶²⁴

Нека употребна вредност или добро има, дакле, вредност само зато што је у њој (односно у њему) опредмећен или материјализован апстрактни људски рад. Посматрано из економског угла, рад је фактор производње, тачније његов трошак који умањује укупну добит послодавца. Маркистичко учење је рад посматрало на другачији начин, будући да је резултат рада стварао вишак вредности за власнике капитала. Будући марксистички настројен Адолф

⁶²⁰ R. Henrico, N Smit, „The contract of employment in labour law: obstacle or panacea?“, *op. cit.*, 252.

⁶²¹ Бранко Лубарда, „Слобода рада и слобода уговарања“, *Правни живот*, бр. 5-6, 2002, 107.

⁶²² Alain de Botton, *Radosti i jadi rada*, SysPrint, Zagreb, 2009, 105.

⁶²³ Т. Ђ. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 59.

⁶²⁴ Pir Ali Kaya, Isin Ulas Ertugrul Yilmazer, „The Right to Work as a Fundamental Human Right“, *European Scientific Journal*, Vol.15, бр. 14, 2019, 152.

Дуаи (Adolph Douai) рад види као „супротност капиталу“, као „радну снагу коју запошљавају и експлоатишу капиталисти“ због чега рад постаје „непријатељ људског достојанства и саморазвоја“.⁶²⁵

Рад и резултати рада одређују материјални и друштвени положај човека. Из социолошке перспективе, рад не само да заокупља велики део дана, већ представља и један од главних активности у којима појединци граде друштвене односе и траже смисао живљења. Рад има две инхерентне функције у животу сваког човека: манифестну и латентну.⁶²⁶ Стога, запосленост омогућује задовољење и манифестне (осигуравање средстава за живот) и латентне функције рада (ниво активности, временска структура рада, социјални контакти, осећај друштвене корисности, статус и самопоштовање). Незапосленост води социјалној искључености, маргинализацији и сиромаштву што узето скупа спречава појединца да ужива у добробитима друштва.⁶²⁷

Рад као људска активност усмерена на стварање различитих вредности неопходних за задовољене основних људских потреба је предуслов постојања друштва. Другим речима, рад је „вечита природна нужност“ и „најправилнија оцена за вредност свих ствари“.⁶²⁸ Бављење продуктивним запослењем смањује незадовољство и повећава самопоуздање. Рад је једно од основних средстава за остваривање личне сатисфакције и друштвене припадности. Нешто другачију тезу заступају поједини аутори истичући да је рад постао привилегија неколицине.⁶²⁹ За разлику од друштва заснованог на производњи потрошачко друштво умањује значај рада у изградњи друштвеног идентитета. Осим тога што друштво своје чланове подстиче на конзумеризам, нарушена је радна етика према којој су сви послови доступно свима под једнаким условима. Због несигурности послова, веза рада са социјалним статусом се губи, тако да ни рад више не заузима централно место у животу појединца. Процес претварања радника у потрошаче отпочео је још од периода индустријализације и аутоматизоване производње, у којој огромна количина једноставних и јефтиних производа није могла бити потрошена од стране капиталиста. Како је производња надилазила потрошњу малобројне елите било је неопходно подстаћи и ниже слојеве друштва на масовну потрошњу.⁶³⁰ Упоредо са тим развијала се и потреба за увећањем зараде, као пресудног фактора у одређивању величине потрошачке корпе.⁶³¹ Иако је неспорно да се савремено друштво изграђује као потрошачко, потрошња није умањила значај рада, који и даље представља доминантну друштвену активност.

⁶²⁵ *Ibid.*

⁶²⁶ Бранко Лубарда, „Слобода рада и слобода уговарања“, у: *Актуелна питања савременог законодавства*, Зборник радова са саветовања правника 3-7. јун 2002. године у Будви, (ур. С. Перовић), Удружење правника Југославије, Београд, 2002, 278.

⁶²⁷ Hugh Collins, Keith Ewing, Aileen McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, London, 2019, 35.

⁶²⁸ Рајко Косановић, Сања Пауновић, *Достојанство на раду*, *Радно и социјално право*, бр. 8, 2018, 151.

⁶²⁹ Штавише, проналазак посла није једини изазов данашњице, јер није довољно да човек ради да би преживео у условима који нису достојанствени, због чега услови рада морају пратити цивилизацијски развој. *Ibid.*

⁶³⁰ Колико се далеко отишло сведочи чињеница да је дан за куповину по знатно нижим ценама познатији као Црни петак у појединим земљама Сједињених Америчких Држава постао нерадан дан за запослене у јавним службама. Michael Doherty, „When the Working Day is Through: the End of Work as Identity?“, *Work, Employment and Society*, Vol., 23. бр. 1. 2009, 84

⁶³¹ „У конзумеристичком друштву, како би могао да прати корак масовне понуде и потрошње, појединцу су потребни стални и све већи приходи, чак и они који се остварују додатним и прековременим радом. Зато, иако то представља парадокс, долази до интензивирања радних активности. Противречност конзумеристичког друштва је да повећање продуктивности које је могло да води смањењу радног времена, у ствари води ка порасту рада и радног времена. Тако, у потрошачком друштву човечанство служи економији, уместо да економија служи човечанству. Живот се, као никада раније, претвара у круг зарађивања и трошења, сталног враћања зарађеног у потрошњу. Ефекти рада, продуженог радног времена, трке за већом зарадом, са једне стране, и потрошње као сталног обнављања производа и добара са друге стране, многоструко су увећани и чине две комплементарне стране савременог друштва.“ Игор Трандафиловић, Анђелија Радоњић, Тамара Филиповић, „Карактеристике и последице потрошачког друштва“, *Економски сигнали: пословни магазин*, вол. 10, бр. 1, 2015, 80.

Радни однос се може дефинисати и као друштвени однос и као врста правног односа, који заједно са другим правним односима, чине правни поредак једне земље. У том смислу, рад појединца представља део друштвеног рада, чак и у оним случајевима када се рад обавља као издвојена делатност. Запослени стављају на располагање послодавцу сопствени рад (*operae*), док независни уговарачи пружају услугу која се састоји од резултата њихове активности (*opus*). Уговор о раду служи као правни основ за успостављање добровољне, личне и радноправне везе између запосленог и послодавца, која се формира укључивањем запосленог у организован рад који представља саставни и трајни део активности послодавца.

Интересантна су утопистичка учења коју су право на рад сагледавала у контексту права на живот, где је сам рад представљао вредност инхерентну људском бићу, а ускраћивање неком човеку право на рад сматрало се негирањем права на живот.⁶³² Помирење ових схватања рада у либерализму допринело је померање фокуса пажње са рада на уговор на основу кога се појединац укључује у процес рада, а који се заснива добровољним пристанком лица које га закључују.⁶³³ Своју вољу запослени изјављују приликом ступања у радни однос, то јест приликом укључивања у организациону јединицу, тако да добровољност представља друго име за слободу рада.

Радни однос можемо дефинисати и као добровољно заснован, правно регулисан рад који запослени лично обавља на организован начин, односно кроз организоване форме, примајући за тај рад накнаду. Док послодавац може диверсификовани ризик од губитка капитала ширењем свог инвестиционог портфеља, запослени, по правилу, ради за једног послодавца од кога је економски зависан. Постоје аутори који тврде да раздвајањем рада од личности радника као субјекта права, рад постаје објект специјализованог тржишта - тржишта рада.⁶³⁴ Ова институционална дефиниција рада искључује све оне вредности које су уско повезане са радом и произлазе из њега, али нису тржишно окарактерисане нити су новчано изражене и мерљиве, попут, друштвеног признања и самоостварења које се стиче и одржава радом.

Поред тога што се рад одређује као активност која је усмерена ка постизању одређених циљева који су дефинисани од стране самих субјеката рада или трећих лица, за рад се може рећи да представља најважнији облик делатности у друштву. Постоје четири детерминанте које су условиле појаву рада и правну регулативу у области рада: слобода рада, егзистенцијална нужност рада, захтеви оплодње и акумулације капитала и тржиште радна снаге и капитала. Рад остаје један од најважнијих извора прихода који омогућава појединцу стицање статуса социјалног грађанства у демократски организованом друштву. Право на рад и слобода рада заштићени су и многим међународним актима.⁶³⁵ Историјски посматрано, први статuti о раду, донети као одговор на недостатак радне снаге који је уследио након пандемије куге 1346. године указују на све већи значај законодавства као механизма државне контроле привреде. У том периоду, развија се систем уговарања за рад на различитим пословима чиме се замењује дотадашњи принудни рад кмета за рачун свог властелина.

Зачеци радног права сежу у освит 19. века, када се на темељу неприкосновености приватне својине и слободе рада, као тековина Француске револуције, успостављају основни принципи капиталистичког привредног система. Међутим, све до краја I светског рата идеја права на рад није могла бити озакоњена, иако је било неколико покушаја у том смислу крајем XIX и почетком XX века (увођење права на рад одбацила је Швајцарска 1894. и Енглеска 1908.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Марио Рељановић, „Право на рад у Уставу Републике Србије“, у: *Constitutio Lex superior: сећање на професора Павла Николића*, (ур. О. Николић), Институт за упоредно право, Београд 2021, 300.

⁶³⁴ Harry G. Johnson, „Demand for Commodities is Not Demand for Labour“, *The Economic Journal*, Vol. 59, бр. 236, 1949, 533.

⁶³⁵ Међународни пакт о грађанским, социјалним и културним правима исто право јамчи у чл. 6, а Општа декларација о људским правима то чини у чл. 23 на следећи начин: „Свако има право на рад, на слободан избор запослења, на правичне и задовољавајуће услове рада и на заштиту од незапослености.“ Повелја Европске уније о основним правима у чл. 15. јамчи право на рад и слободу рада: „Свако има право на рад и обављање слободно изабраног или прихваћеног занимања“.

године).⁶³⁶ Класици марксизма су сматрали да је законско гарантовање права на рад неспојиво са природом продукционих односа у капитализму (друштвена производња и приватно присвајање) из разлога што постоји непремостиви интересни сукоб између онога што чини садржај права на рад и онога што чини садржај права својине (приватне својине).⁶³⁷ Први Устав социјалистичке Југославије од 1946. године није садржао слободу рада која се појављује по први пут као начело радног права којим се гарантује слобода човековог деловања у професионалној сфери тек са Уставом који је усвојен 1974. године.

Садржина права на рад се разликује, при чему неке земље користе једноставну уставну формулацију којом се забрањује принудни рад или ропство, док се у уставима других земаља помиње и забрана дечијег рада и право на слободу од експлоатације упоредо са начелном забраном принудног рада. С тим у вези, битни елементи нормативне садржине права на рад су право да се зарађује за живот на основу слободно изабраног или прихваћеног запослења чиме се обезбеђује економска сигурност, која је нераскидиво повезана са сигурношћу запослења, која препоставља рад на пословима који одговарају радним и стручним способностима запосленог, што укључује и заштиту од отказа уговора о раду.⁶³⁸ Надовезујући се на ту тему ваља указати и на виспрено формулисано мишљење Европског економског и социјалног комитета да право на рад не значи само законодавну прокламацију права на рад, него и активно деловање у правцу спречавања нестабилности у погледу остваривања тог права услед флексибилизације услова рада и уговорних аранжмана.⁶³⁹

1.2. Слобода предузетништва

Предузетништво је главна покретачка снага економског раста и друштвеног развоја. Разлике у националним стопама економског раста између држава се објашњавају, између осталог, и различитим нивоима предузетничке иницијативе. Мишљења су једино подељена у погледу удела који предузетничка активност заузима у укупним међудржавним разликама.⁶⁴⁰ Начелно посматрано, слобода предузетништва је у већини земаља уставом прокламована као основна слобода. Ипак, у појединим уставима слобода предузетништва се номинује другачије, као слобода привредне иницијативе или слобода привређивања.⁶⁴¹ Наиме, за слободно функционисање привреде неопходна је слобода предузетничке делатности из које произилазе појединачна правна овлашћења привредних субјеката.

У свом хуманистичком ренесансном значењу, реч предузетништво реферише на активност која има за циљ да свету да хуману форму. За Макијавелија (Machiavelli) предузетништво је попут политике, јер се еманципује од судбине и ствара републику, простор где различите људске воље тестирају и упоређују своју оштроумност и способност креирања.⁶⁴² Сама реч предузетник и предузетништво као изведеница су француског порекла

⁶³⁶ Предраг Јовановић, „Комплексност садржине и релативизација права на рад“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2012, 16.

⁶³⁷ *Ibid.*

⁶³⁸ Љубинка Ковачевић, „Право на рад – конституционализација, интернационализација и садржина“, у: Дарко Симовић (ур.), *Омаж професору др Ратку Марковићу*, Криминалистичко полицијски универзитет, Правни факултет Универзитета у Београду, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд, 2024 (у штампи).

⁶³⁹ Nausheen Nizami, Narayan Prasad, *Decent work: concept, theory and measurement*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017, 23.

⁶⁴⁰ Дарко Божичић, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад, 2021, 66.

⁶⁴¹ *Ibid.*

⁶⁴² Pedro Irurete Uriarte, „El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa“, *Estudios Constitucionales*, Vol. 11, бр. 2, 2013, 372.

и значе проћи између, односно сносити ризик посла.⁶⁴³ Наиме, током 17. века за појам предузетника се везивао висок степен ризика, јер су, предузетници, по правилу, улазили у пословну сарадњу са добављачима који су нудили фиксне цене роба и услуга, што је могло резултирати успехом или губитком за предузетника. Један век касније се термин предузетник користи са нешто измењеним значењем, тако да се у предузетнику огледа појединац који кроз разне пословне подухвате прибавља себи обртни капитал.⁶⁴⁴ Међутим, у 20. веку, амерички економиста аустријског порекла Јозеф Шумпетер (*Joseph Schumpeter*) поставља предузетника у средиште економског система дајући му улогу иноватора који доводио до промена у пословном свету и ствара себи сигуран профит.⁶⁴⁵ Дакле, у односу на раније схватање предузетника као искључивог ствараоца профита путем тржишне размене, Шумпетер предузетнику додаје креативност и стваралачки дух.⁶⁴⁶

У складу са тим, предузетништво као друштвено користан процес служи обезбеђивању нових производа и услуга на тржишту. Предузетништво је иницијатива или способност појединца да развије пословни пројекат који ће донети материјална средства неопходна за живот и издржавање других лица.⁶⁴⁷ Осим тога, предузетништво доприноси општем бољитку и доводи до економског напретка једне земље. Другим речима, раст националне економије уско је скопчан за развојем предузетничке делатности. Штавише, предузетништво се сматра основном тековином тржишне привреде.⁶⁴⁸ Са економске тачке гледишта, поред рада, предузетништво, у смислу капитала, је један од кључних фактора производње.⁶⁴⁹

Постоји више врста предузетништва: пословно, културно и социјално предузетништво. Пословно и социјално предузетништво стоје у обрнутом односу, јер док пословно предузетништво тежи да отвори нова радна места и генерише профит, социјално предузетништво није економски мотивисано, већ настоји да изнађе решења за проблеме у друштву. Културно предузетништво је мотивисано да применом нових идеја очува културне вредности одређеног народа. Поред ове поделе, у литератури се може наћи и класификација предузетништва на државно, колективно и индивидуално.⁶⁵⁰

⁶⁴³ Осим ове језичке генезе, наилазимо и на другачије преводе за предузетништво, попут предузети, покренути, урадити, иницирати. Занимљиво је значење које је том термину приписао Кантијон у својој расправи о природи трговаца сврставши и запослене који имају већу самосталност у раду које назива предузетницима са сопственим радом за разлику од осталих предузетника који располажу сопственим капиталом. Иако је поменуто дело настало почетком 18. века, слична размишљања могу се наћи и данас, када се предузетницима у ширем смислу означавају запослени којима се даје већа слобода у раду. Иван Јовановић, *Предузетништво у савременим условима пословања*, Технички факултет у Бору Универзитета у Београду, Бор, 2015, 23 *et seq.* Ово указује на неопходност изградње јасне линије разграничења између подређеног и независног рада. О напорима који су учињени у том правцу на нивоу међународне заједнице вид.: Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 64.

⁶⁴⁴ Иако се тада срећу прве озбиљније дефиниције предузетништва, сама предузетничка активност се јавља раније у инфраструктурним пројектима раних друштвених заједница (нпр. изградња путева, мостова, војних објеката).

⁶⁴⁵ Један од разлога због чега се предузетник најчешће означава као „пионир“.

⁶⁴⁶ Интересантан је једна прича који је користио суоснивач компаније Сони (*Sony*) како би објаснио шта предузетништво, у ствари, представља. Прича се односи на проналажење предузетничких шанси, а дотиче се и теме нашег рада на један врло интересантан начин. Реч је о трговачком путнику који је послат на Пацифик како би продао ципеле. Трговац је одмах по доласку на посао послао допис компанији за коју је радио да жели премештај у друго место рада, јер није могао да прода ни један пар ципела, из разлога што домородачко становништво није носило ципеле. Уместо њега, компанија је послала другог трговца који је након кратког време затражио „појачање“, јер је уочио велико и потпуно неискоришћено тржиште. И. Јовановић, *Предузетништво у савременим условима пословања*, *op. cit.*, 12.

⁶⁴⁷ P. Irurete Uriarte, „El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa“, *op. cit.*, 372.

⁶⁴⁸ Clara Herrlin, *Freedom to conduct a business as a concept of EU law: How the objectives and rationales of the EU inform the consideration of freedom to conduct a business and individuals in the market*, Faculty of law Lund University, Lund, 2020, 19.

⁶⁴⁹ Antonio Cidoncha, *La libertad de empresa*, Editorial Civitas, Madrid, 2006, 123.

⁶⁵⁰ И. Јовановић, *Предузетништво у савременим условима пословања*, *op. cit.*, 17.

Повеља о основним правима Европске уније изричито гарантује слободу предузетничке делатности, заједно са слободом избора професије, правом на рад и правом својине.⁶⁵¹ У питању је један од ретких правних докумената који овом питању посвећује пажњу. Пре тога, Суд правде Европске уније је у предмету *Nold* истакао да суд обезбеђује примену основних права која чине интегрални део општих правних начела, с тим да се она могу ограничити у складу са оправданим општим циљевима и ради заштите јавног интереса.⁶⁵² Наиме, наглашава се да слобода предузетништва није апсолутна и да се сагледава у светлу уставних традиција и социјалних вредности. У том смислу, предузетничка делатност је призната само у мери у којој је „сагласна са правом Европске уније и националним законима и праксом“.⁶⁵³ Ова конструкција је послужила као основа за пружање дискреционог овлашћења јавним властима и то у правцу даљег лимитирања слободе предузетништва.⁶⁵⁴

То је најчешће цитирана реченица и у судској пракси која углавном упућује чл. 16 Повеље о основним правима Европске уније уместо да дефинише слободу предузетништва.⁶⁵⁵ Ово упркос чињеници што је Суд правде Европске уније још пре доношења Повеље о основним правима ЕУ настојао да изгради одређене елементе слободе предузетништва на темељу тржишне слободе и слободе кретања на простору Европске уније.⁶⁵⁶ Притом, слобода предузетништва се више поима као право појединца да врше привредне активности, због чега се од стране појединих аутора вршење привредне делатности пре означава принципом, него правом.⁶⁵⁷ Такву тврдњу поткрепљују тиме што у појединим земљама слобода предузетништва не ужива судску заштиту у поређењу са осталим субјективним правима. Ипак, судска пракса настоји да пружи одређени степен слободе економским актерима у односу на друге учеснике и државу како би могли ефикасно да врше одређену комерцијалну активност. Штавише, поједини аутори виде у слободи предузетништва покретачки силу економског развоја Европске уније, који је од стране њених формалних институција призната кроз укључивање

⁶⁵¹ Наиме, слобода предузетништва се види и као друга страна слободе рада. Власник средстава за рад има слободу избора начина располагања тим средствима које може користи у профитне или непрофитне сврхе.

⁶⁵² Case C-4/73 *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* [1974] EU:C:1974:51

⁶⁵³ A. Cidoncha, *La libertad de empresa*, op. cit., 124.

⁶⁵⁴ Тако, грчки Устав наглашава да „[приватној] економској делатности није дозвољено да се развија на штету слободе и људског достојанства, или на штету националне привреде“. Устав Републике Грчке, чл. 16. Мађарски устав, такође, повезује право на „бављење предузетничким активностима“ са чињеницом да је „свако дужан да својим радом допринесе богаћењу заједнице, у складу са својим способностима и потенцијалом.“ Италијански устав наглашава да се „приватне економске активности не смеју обављати на начин који нарушава опште добро, гарантоване слободе и људско достојанство“ Устав Републике Италије, чл. 41. Слично решење налазимо и у Шпанском уставу који слободу предузетништва види као незоставни део тржишне привреде, с тим да „органи јавне власти гарантују и штите њено вршење и очување продуктивности у складу са захтевима привреде и у зависности од случаја економског планирања.“ Устав Републике Шпаније, чл. 80, ст. 1. Надаље, основа економског система Републике Пољске је „социјална тржишна економија, заснована на слободи привредне делатности и приватном власништву“. Устав Републике Пољске, чл. 22. Генерално посматрано, признавање слободе предузетништва може бити директно (устав Шведске, Чешке) или индиректно (устав Кипра, Естоније). Интересанто је приметити да се у холандском праву слободи предузетништва приписује уставни карактер, иако није Уставом конституисана као економско право. С друге стране, у Белгији слобода предузетништва није гарантована Уставом као основно право, већ се може наћи у законском тексту.

European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Luxembourg, 2015, 26.

⁶⁵⁶ Слобода предузетништва се неретко упоређује са другим правима, те се тако њен секундаран значај виду у односу на право потрошача на здравље, док се у контексту права радника који су обухваћени трансфером предузећа налаже уравнотежење интереса запослених и послодавца. На нивоу Уједињених нација слобода предузетништва не ужива самосталну природу, већ се посматра из угла права на рад које је гарантованом Пактом о економским, социјалним и културним правима. Комитет за економска, социјална и културна права под радом разуме сваки облик рада како самосталан рад, тако и подређен рад за другог. European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Luxembourg, 2015, 9.

⁶⁵⁷ Xavier Groussot, Gunnar Thor Pétursson and Justin Pierce, *Weak right, strong Court – the freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights*, Lund University Legal Research Paper Series, Paper No 01/2014, 3.

слободе предузетништва у листу основних права садржаних у Повељи.⁶⁵⁸ У међународним инструментима за заштиту људских права не постоји идентична гаранција, премда се одређени аспекти слободе предузетништва могу уочити у Европској конвенцији о људским правима.⁶⁵⁹

На овом месту ваља поменути чувени предмет *Alemo-Herron* у којем је слобода предузетништва анализирана у контексту примене „динамичке клаузуле“ садржине у уговорима о раду код преноса предузећа.⁶⁶⁰ Врховни суд Уједињеног Краљевства обратио се Европском суду правде са питањем да ли национални судови могу повољније тумачити закон од немачких судова који су колективним уговорима о раду ускраћивали правну снагу. Ово из разлога што у британском праву не постоји обавеза за послодавце и синдикате да преговарају, док се колективним уговорима о рада пружа ограничено правно дејство.⁶⁶¹ Колективни уговори немају обавезни облигациони и нормативни део, нити уживају заштиту пред судом, те представљају неку врсту „дентлменског споразума“ чије поштовање зависи искључиво од воље потписника.

Поред тога, клаузуле колективног уговора о раду се инкорпоришу у индивидуални уговор о раду у одсуству супротног договора. Притом, постоје две врсте клаузула колективног уговора о раду које уградњом постају подразумевани елементи индивидуалног уговора о раду. Прве су статичне клаузуле, које инкорпорирају важећи колективни уговор, док динамичке клаузуле integriшу садржину индивидуалног уговора одредбе колективног уговора о раду који тек треба да се закључи.⁶⁶² Поменути предмет у којем је коначно заузет став у правцу решавања дотадашње контрадикторне праксе по овом питању се односио на запослене у јавном сектору у једној лондонској општини, који су на основу уговора о раду имали право на увећане плате у складу са колективним уговором који закључује Заједнички национални савет за услуге локалне самоуправе.⁶⁶³ Послодавац следбеник је била приватна компанија, која није могла била страна у преговорима, јер нема својство органа јавне управе. Дакле, нови послодавац није био у могућности да учествује у предметном телу за колективно преговарање, премда је договорено да уговорне клаузуле стварају правни учинак тек након извршеног преноса.

Упркос томе што је Директива 2001/23/ЕЗ усвојена са циљем заштите запослених од умањивања њихових права као последица преноса предузећа, Суд правде Европске уније заузео је супротан став како би заштитио фундаментално право на слободно вођење пословних операција које претпоставља промене услова рада.⁶⁶⁴ Овакво резонување Суда се може критиковати, јер ревизија основних права може смањити ниво социјалне заштите у Европској унији. Дакле, послодавац следбеник не може бити везан колективним уговором о раду, осим ако тај уговор није био на снази у време преноса. У супротном би дошло до неоправданог ограничења пословне слободе послодавца и слободе уговарања, заштићених Повељом о основним правима Европске уније, будући да у тим околностима, послодавац претходник не може ефективно да заступа своје интересе у уговорном процесу.

⁶⁵⁸ Sacha Garben, Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method, Доступно на: https://www.etui.org/sites/default/files/Chapter%203_13.pdf, 15.2.2024.

⁶⁵⁹ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода не садржи посебну гаранцију слободе избора професије и слободе предузетништва, премда се власништу обезбеђује посебна заштита. Слобода уживања права својине зајамчена је Протоколом бр. 1 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода.

⁶⁶⁰ C-426/11 *Alemo-Herron v Parkwood Leisure Ltd* 2013.

⁶⁶¹ Marija Bartl, Candida Leone, „Minimum Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, бр. 11, 2015, 149.

⁶⁶² Stephen Hardy, Nick Adnett, „Entrepreneurial freedom versus employee rights: The Acquired rights directive and eu social policy post Amsterdam“, *Journal of European Social Policy*, Vol. 9, бр. 2, 130.

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ Eduardo Gill-Pedro, „Freedom to conduct business in Eu law: freedom from interference or freedom from domination“, *European Journal of Legal Studies*, Vol, 9, бр. 2, 104.

Осим тога, наводи се да тамо где колективни уговор потиче из јавног сектора, а друштво прималац послује у приватном сектору статичком приступу треба дати предност, осим када обавеза преузимаоца да прихвати будуће колективно уговорене услове није „безусловна и неповратна“ имајући у виду да су стране, макар у теорији, апсолутно слободне да одлуче о варијацији уговора.⁶⁶⁵ Стога, недостатак правно обавезујуће снаге за колективне уговоре о раду у Уједињеном Краљевству не повређује слободу уговарања чија је слобода економске активности саставни део.⁶⁶⁶ Општи правобранилац *Cruz Villalón* је исткао да је главни циљ Директиве заштити раднике у случају промене послодавца, а да се противтежа у смислу заштите послодаваца могла остварити на неколико начина, почев од могуће солидарне одговорности преносиоца и преузимаоца, све до ограничене применљивости појединих одредба колективног уговора на годину дана после трансфера.⁶⁶⁷ Иако Директива није изграђена на темељу равнотеже интереса Суд правде ЕУ ипак закључује да се са једне стране налазе гаранције очувања стечених права запослених као вид заштите слабије стране радног односа, док се на другу страну смештају слобода предузетништва и слобода уговарања као неопходни услови за успешно вођење посла.⁶⁶⁸

С обзиром на то да је реч о новијем праву, на европском простору се слобода предузетништва доводи у вези са другим правима и слободама.⁶⁶⁹ То су права и слободе које су уско повезани са слободом предузетништва и која омогућавају њено остваривање. Штавише, други каталози људских права не наводе експлицитно ово, већ се оно јавља као поткатегорија у оквиру права на имовину. Ово из разлога што се дуго сматрало да је слобода предузетништва изникла као мешавина слободе обављања комерцијалне активности и слободе уговарања у условима слободне конкуренције.⁶⁷⁰ До њеног издвајања као засебног права долази 80-их година прошлог века, када се слобода предузетништва издиже на ниво основног европског принципа.

Када је реч о домаћем праву, слобода предузетништва је гарантована највишим правним актом као посебно право у делу посвећеном економском уређењу и јавним финансијама. Дакле, слобода предузетништва је уставна категорија, премда је формулација коришћена у овом правном извору начелна и непотпуна.⁶⁷¹ Једино што Устав каже је да је предузетништво слободно, али не и неограничено. Ова одредба се може критиковати из разлога што не прави разлику између предузетништва као креативног људског акта и предузетништва у смислу економске активности на тржишту. У том погледу, једино предузетничка делатност подлеже законским ограничењима, због чега је исправније да уставна норма гласи: „Јемчи се слобода

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ Jeremias Prassl, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*“, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, бр. 4, 435.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, 443.

⁶⁶⁸ Поједини аутори сматрају да се иза овога крије преусмеравање фокуса са заштите радника на новоизграђени *flexsecurity* концепт. Осим што успоставља нова начела, попут начела флексибилности, Суд правде ЕУ шири своја овлашћења, јер ограничава дискреционо право државе чланица да превазиђу ниво заштите успостављене кроз минималну хармонизацију. E. Gill-Pedro, „Freedom to conduct business in Eu law: freedom from interference or freedom from domination“, *op. cit.*, 105.

⁶⁶⁹ Иако нова на нивоу Европске уније, поједине државе чланице су традиционалне пружале гаранције слободи предузетништва. Пре увођења комунистичког режима, готово све државе централне и југоисточне Европе су сврстале слободу предузетништва у корпус гарантованих права. Тако се у Француској, слобода предузетништва може наћи у Декрету из 1791. године којим се укида еснафско старешинство. С друге стране, изградња ове слободе започела је тек почетком 20. века у Немачкој са преласком са планског на тржишни систем привређивања. X. Groussot, G. T. Pétursson, J. Pierce, „Weak right, strong Court – the freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights“, *op. cit.*, 4.

⁶⁷⁰ Суд правде Европске уније је у неколико наврата нагласио да ова слобода укључује више димензије и да се мора разматрати у односу на друштвену функцију коју обавља. X. Groussot, G. T. Pétursson, J. Pierce, „Weak right, strong Court – the freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights“, *op. cit.*, 4.

⁶⁷¹ С друге стране, предузетништво је посредно дефинисано у Закону о привредним друштвима који као носиоца предузетничке активности означава привредно друштво.

предузетништва“. Стриктно посматрано, предузетништво је „слободно“ само ако представља иновативан људски напор и стваралачки чин. Међутим, ако се посматра као делатност, онда је ограничено законом, као и све друге делатности.

Ограничење слободе предузетништва се може вршити искључиво законом, с тим да је законодавац везан уставним разлозима који представљају основ за ограничење. Реч је о три групе разлога који се тичу заштите здравља људи, заштите животне средине и безбедности Републике Србије.⁶⁷² Том нормом се, притом, ближе не одређује ко су субјекти који уживају ову слободу и каква је њена природа. Слобода предузетништва се у принципу, гарантује како физичким, тако и правним лицима, због чега се ова слобода не сврстава у ред основних људских права. Та чињеница је утицала на формирање става да законодавац, приликом прописивања ограничења ове слободе, није везан општом уставном одредбом о ограничењу људских и мањинских права.⁶⁷³ Наиме, уставна систематика указује да је пре реч о претпоставци тржишне привреде и одлици економског уређења, него о индивидуалној слободи појединца. Као додатни аргумент може послужити и терминологија коју користи писац Устава када слободу предузетништва сврстава у круг основних начела на којима почива економски систем уређења.⁶⁷⁴

1.3. Слобода уговарања

Слобода уговарања је могућност субјеката у праву да својом вољом конституишу права и обавезе. Другим речима, принцип слободе уговарања означава ситуацију у којој пословно способна лица својом слободном вољом стварају правну норму која их обавезује на одређено међусобно понашање. Уз то, слобода уговарања је начело уговорног права које представља еманацију приватне аутономије која овлашћује појединце да својим радњама и поступцима установе обавезујућа правна правила која за њих имају снагу закона (*lex contractus*). Према распрострањеном схватању, реч је о слободи која уговарачима пружа читав сет овлашћења или опција у погледу којих се они слободно опредељују.⁶⁷⁵ Уговорна аутономија се описује и као слобода лица са уговорном способношћу да одлучује са ким и под којим условима је спремно да склопи уговор у циљу стварања правних односа који се могу принудним путем извршити. Прво, уговорна аутономија има позитиван аспект, који обухвата стваралачку моћ учесника у уговорном процесу да делују као приватни законодавци који регулишу права и обавезе.⁶⁷⁶ Друго, она обухвата негативан аспект, који се односи на недостатак обавезе осим ако је друга страна пристала на обвезивање слободном вољом и ако је њена садржана инкорпорисана у важећи уговор.⁶⁷⁷ Другим речима, слобода уговарања је слобода стране да изабере да закључи уговор одређене садржине, чиме се уговорне обавезе чврсто стављају у оквиру воље страна, док у свом негативном значењу слобода уговарања значи да одговорност не може да постоји без пристанка.

Највећи део облигационих односа настаје на темељу уговора, те је због тога слобода уговарања од великог значаја за целокупно облигационо право. Уговор се описује као примарни правни феномен који описује целокупан правни систем, због чега се бројне

⁶⁷² Мирјана Докмановић, *Утицај неолиберализма на економска и социјална права*, Чигоја штампа, Београд, 2017, 64.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ 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. Устав РС, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006 и 115/2021, чл. 82.

⁶⁷⁵ С. Перовић, „Границе слободе уговарања“, *op. cit.*, 500.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ Катарина А. Јовичић, „Ограничења слободе уговарања - осврт на потрошачке уговоре“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019, 438.

институције објашњавају уговором.⁶⁷⁸ Према принципу слободе уговарања, појединци слободно регулишу своје имовинскоправне односе, а у томе су ограничени истом таквом слободом других појединаца. Аутономија воље, као и слобода уговарања, нису неограничени правни принципи јер увек подлежу бројним ограничењима. Држава предузима бројне мере економске политике којима сужава аутономију воље и слободу уговарања, а бројним прописима често прописује одређене услове за обављање појединих делатности.⁶⁷⁹ Осим тога, није реткост да се законом прописује обавезно закључење појединих уговора, као и да се прописује обавезна форма, па и садржина тачно одређених уговора, што све представља ограничење слободе уговарања у јавном или приватном интересу.

Неспорно је да слобода уговарања у уговору о раду није у потпуности остварена због неједнакости преговарачке моћи. Другим речима, уговор претпоставља слободу страна, али је та слобода друштвено-економски условљена и детерминисана. Начелно посматрано, једна од основних разлика између уговора о раду и других уговора је начин на који закон третира уговоре о раду у његовом ограничењу слободе уговарања. Дакле, један од проблема уговора о раду заснива се на идеји да је уговор о раду у својој сржи однос који карактерише неједнакост уговорних страна што иначе није одлика других уговора.⁶⁸⁰

Поједини аутори закључују да уговор о раду никада није био заснован на чисто уговорним принципима јер су преткапиталистички утицаји условили да уговор о раду има хибридную природу.⁶⁸¹ С друге стране, уочава се да се општа уговорна начела могу бити примењива и на радни однос, али да се исто тако мора водити рачуна да ли су општи уговорни принципи довољно флексибилни да би се применили на уговор о раду. Харкер (Harker) напомиње да је слобода уговарања „изводљива друштвена норма само када претпоставља економску и социјалну једнакост између стране у уговору“.⁶⁸² Будући да уговор о раду карактерише „неки ниво принуде и неки ниво избора“ поједини аутори су слободу уговарања у овом дискурсу учинили упитном одузимајући радном односу уговорни карактер.⁶⁸³

Надаље, уговор о раду није флексибилан да би се уклопио у различите захтеве, посебно када се ради о променљивим потребама послодаваца.⁶⁸⁴ Нилсен (Nielsen) је објаснио да принцип слободе уговарања произилази из општих принципа уговорног права и подразумева да је сваки појединац слободан да изабере занимање и запослење које жели.⁶⁸⁵ На страни послодавца овај принцип значи да је послодавац слободан да бира са ким жели да закључи уговор о раду. С друге стране, присутна су и доктринарна становишта која одлазе корак даље постављајући интригантна питања да ли се уговор о раду и ауторитарни карактер радног односа супротстављају либералним вредностима, грађанским слободама и једнакостима које важе у савременом праву.⁶⁸⁶

Истакнути правни писци критикују уговорну аутономију наводећи да „стране у уговорном односу ретко имају једнаку преговарачку моћ, што резултира да је принцип аутономије

⁶⁷⁸ *Ibid.*, 439.

⁶⁷⁹ Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2007, 45.

⁶⁸⁰ Отуда се слобода уговарања „сматра разумним друштвеним идеалом само у оној мери у којој се може претпоставити једнакост преговарачке моћи између уговорних страна, а да се не наноси штета економским интересима заједница у целини“. Niall O'Connor, *The Impact of EU Fundamental Rights on the Employment Relationship*, Girton College, University of Cambridge, 69.

⁶⁸¹ Pauline Bomball, „Contractual autonomy, public policy and the protective domain of labour law“, *Melbourne University Law Review*, Vol 44, бр. 2, 2020, 502.

⁶⁸² Нав. према: *Ibid.*

⁶⁸³ Gaabriel Tavits, „Freedom of Contract in Labour Relations“, *Juridica international*, бр. 4, 1999, 182.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Нав. према: Hugh Collins, „Is the contract of employment illiberal?“ у: Hugh Collins, Gillian Lester, Virginia Mantouvalou, (eds.) *Philosophical Foundations of Labour Law. Philosophical Foundations of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, 57.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

уговора у ствари заснован на грешци“.⁶⁸⁷ Супротно ономе што сугерише традиционална историографија, индустријска револуција и економски императиви рада у време индустријског капитализма нису *ipso facto* довели до спонтане појаве правних техника прилагођених развоју формално слободног рада.⁶⁸⁸ Прелазак на индустријску економију је заиста био праћен преласком на слободу уговарања, те су елементи „корпоративних“ система регулације тржишта рада уклоњени, али упоредо са овим процесом, запошљавање је могло бити само делимично асимилирано са уговорним моделом који је у настајању, што је резултирало да се многи аспекти односа између странака не могу описати и начелно квалификовати, користећи уговорне концепте.

Друга група аутора тврди да, упркос чињеници да уговорни концепти имају основну улогу у дефинисању и формирању индивидуалног радног односа, улога слободе уговарања је ограничена у погледу садржаја и престанка радног односа.⁶⁸⁹ Право измене уговора припада свакој уговорној страни и до ње може доћи само ако се са тим сагласи страна којој је понуда упућена. Ово правило произлази из начела слободе уговарања и аутономије воље, као и из начела слободе рада тј. из гаранција права на рад које претпоставља да се уговор о раду мења на исти начин како је и настао - сусретом воља сауговорача.

Наиме, једно од основних начела облигационих односа јесте начело слободе уређивања ових односа. Притом, као конкретизација овог начела постоји, као принцип уговорног права, слобода уговарања. Слобода уређивања облигационих односа јесте правна форма која се уобличава у зависности од идеолошких и класних интереса који егзистирају у датом правном и друштвеном систему.⁶⁹⁰ Слобода уговарања се, отуда, сматра и важном друштвеном вредношћу, али и друштвеном нормом која претпоставља економску и социјалну једнакост између страна у уговору. Суштина начела слободе уговарања је да запослени и послодавац имају право да у сваком тренутку споразумно изврше измену садржаја уговора о раду. Ово начело, такође, укључује слободу странака да једнострано мењају уговор о раду у случајевима дозвољеним законом. То се делом манифестује у управљачкој власти послодавца (нпр. привремени премештај у случају производне нужде и застоја, службена путовања), док је могућност запосленог да послодавцу „наметне“ измене елемената уговора о раду знатно ужа (нпр. премештај у интересу заштите здравља).⁶⁹¹

Радни однос карактерише инхерентна напетост, која се описује као парадокс ситуација, јер уговор о раду настаје добровољно и сагласном изјавом воља између запосленог и послодавца, али се регулише законом који поставља ограничења уговору из разлога што слободна воља и није толико слободна када је реч о запосленима који живе од свог рада, јер немају друге изворе за обезбеђење средства за задовољење својих потреба.⁶⁹² Наиме, због неједнакости преговарачких моћи, различитих тржишних позиција и особите рањивости запослених, уговор о раду суштински није заснован на слободној вољи, већ је радник принуђен да слободно отуђи своју радну снагу како то закључује Карл Маркс.⁶⁹³ У том смислу, уговор о раду „илузорно, готово обмањујуће“, представља радни однос као однос једнакости у којем учествују лица једнаких позиција која штите своје интересе у преговорима.⁶⁹⁴

⁶⁸⁷ Paul Davies, Mark Freedland, *Towards a Flexible Labour Market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 110.

⁶⁸⁸ John Fabian Witt, Rethinking the nineteenth-century employment contract again, *Law and History Review*, Vol. 18, бр. 3, 5.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

⁶⁹⁰ К. Маркс, *Капитал. Том I, op. cit.*, 50.

⁶⁹¹ Вера Вакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019, 773.

⁶⁹² G. Tavits, „Freedom of Contract in Labour Relations“, *op. cit.*, 182.

⁶⁹³ Нав. према: Peter Singer, *Marx: A Very Short Introduction*, *op. cit.*, 42.

⁶⁹⁴ P. Davies, M. Freedland, *Towards a Flexible Labour Market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, *op. cit.*, 15.

Дакле, реалност је сасвим другачија јер је запослени принуђен да ради како би обезбедио властиту егзистенцију и подигао своју породицу. У литератури се с правом указују да „у сваком радном односу нужно постоји одређени степен принуде“.⁶⁹⁵ Препознајући принудну позадину радног односа и уговора о раду, законодавци постављају ограничења и захтеве у погледу услова рада који не смеју бити нижи у поређењу са одређеним минималним стандардима. Ипак, од тога постоје изузеци, те тако право Уједињеног Краљевства допушта могућност да запослени ради и више радних сати од законског максимума, ако се са тим сагласи или да ради за зараду мању од минималне зараде потписивањем анекса уговора о раду.⁶⁹⁶

2. Теорије о основама послодавчевог *ius variandi*

2.1. Теорија импервизије

Пре изградње посебних правила радног права која би регулисали материју измена уговора о раду у француском праву се примењивао члан 1134. Грађанског законика, који је забрањивао судијама или једној од страна уговорница да наметне другој измену уговора. Тачније, радни однос су регулисале само две одредбе француског Грађанског законика које се односе на уговор о делу.⁶⁹⁷ Према тадашњем становишту, између закона и уговора стоји знак једнакости, јер оба правна акта представљају извор права, један, општи, применљив за све чланове друштва, а други, посебан, применљив за стране уговорнице. Следствено томе, закон може мењати само његов доносилац, као што се и уговор може мењати само сагласном изменом воља сауговорача. Како је извор уговорног права субјективна воља суконтрахента, ни суд нема овлашћења да се у тај однос меша, без обзира на спољне околности.⁶⁹⁸ С тим у вези, најпознатија пресуда донета у уговорном праву из 1876. године се тичала Крапонског канала у Француској (*Canal de Craponne*). Разлог њене популарност лежи управо у томе што је дошло до судског одбацивања примене теорије импервизије (непредвидивости). Наиме, теорија импервизије дозвољава да се уговор измени ако је постао неуравнотежен, у погледу узајамних престација услед непредвидиве промене околности која је наступила након што је уговор закључен.

Пре него што се осврнемо на ову теорију и њену примену у контексту измене уговора о раду ваља навести чињеничне околности случаја. Инжењер *Adam de Craponne* је изградио канал за наводњавање у Прованси, бившој регији Француске, и закључио уговоре (1560. године и 1567. године) са становницима комуне Пелисан који су желели да користе воду из канала за наводњавање својих њива.⁶⁹⁹ Према овим уговорима, становници Пелисане су користили право на наводњавање и заузврат су плаћали накнаду власнику канала. Међутим, како су трошкови одржавања канала расли, три века касније ова сума је постала недовољна да их покрије. Проток времена је дебалансирао уговор, због чега су потомци првобитног власника канала одлучили да затраже судску заштиту због потребе да се повећа накнада и самим тим измени уговор. У одлуци Суда је изнето да „ни у ком случају није на судовима, колико год њихова одлука изгледала праведно, да мењају садржину уговора“ у складу са принципом *pacta sunt servanda*.⁷⁰⁰ Објашњење за заузимање тако ригидног становишта се налази у бојазни да ће то бити поприште злоупотреба, те да ће се уговорачи позивати на непредвидивост, како би

⁶⁹⁵ *Ibid.*, 23.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Franck Petit, „Gérer et anticiper la modification du contrat de travail“, *Le Droit Ouvrier*, бт 817, 2016, 483.

⁶⁹⁸ Илија Зиндовић, „Ревизија уговора због промењених околности – упоредноправна решења о клаузули *rebus sic stantibus*“, *Страни правни живот*, год. 61, бр. 3, 2017, 36.

⁶⁹⁹ Атила Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, оп. cit., 200.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

избегли своје обавезе. Осим тога, сматрало се да ће самовоља судија довести до нестабилности уговора, што је супротно правној сигурности.

Реформом уговорног права из 2016. године дошло је до раскида са дотадашњом негацијом примене теорије импервизије на уговорне односе, што значи и на уговор о раду. У измењеном Грађанском закону се наводи да „уколико непредвидива промена околности учини извршење уговора претерано тешким за страну која није пристала да преузме ризик, ова друга може од сауговорача затражити поновно преговарање о уговору, с тим да наставља да извршава своје обавезе током трајања поновних преговора“.⁷⁰¹ Из тога следи да је измена уговора могућа ако се кумулативно испуне три услова: мора доћи до непредвидиве промене околности када је уговор закључен, те промена околности мора учинити извршење уговора претерано тешким за једну страну, а та страна није пристала да преузме ризик. Дакле, уговорач који је погођен променом околности може тражити од свог сауговорача да поново преговара о уговору. То није новина будући да су стране свакако могле споразумно изменити уговор. Отуда, суштина лежи члану 1195 став 2 Грађанског законика, који предвиђа да: „у случају одбијања или неуспеха поновног преговарања, стране могу пристати на раскид уговора, на дан и под условима које саме одреде, или споразумно затражити од судије да приступи његовом прилагођавању. У недостатку споразума у разумном року, судија може, на захтев странке, изменити уговор или га раскинути, на дан и под условима које он одреди“.⁷⁰²

Иницијално француски Законик о раду није уопште посвећивао пажњу питањима измена уговора о раду. Такав превид је озбиљно угрозио позицију запослених који нису знали да ли могу легитимно да одбију измену услова рада који је иницирао послодавац, те је судска пракса, користећи општа правила уговорног, настојала да отклони дилеме и конституише минимум степена заштите.⁷⁰³ Ипак, захтев да послодавац увек прибави сагласност запосленог за измену било ког елемента уговора о раду отежава његово управљање предузећем и штети ефикасности, због чега су се изградиле клаузуле које омогућавају да послодавац унапред прибави сагласност запосленог. Осим тога, конституисана су правила о елементима који се сматрају битним за извршење уговора и оних који немају такав карактер, због чега их послодавац може једнострано изменити.

Сматра се да у свим уговорима постоји прећутна клаузула, према којој постојање права и обавеза на начин на који су се уговориле странке зависи од постојања околности које се оцењују у моменту закључења уговора.⁷⁰⁴ Уколико дође до битне промене чињеничног стања садржај обавеза може се ревидирати како би се надокнадила неравнотежа користи. Трајност намеће одређене карактеристике у динамици правног односа и у том смислу најважнији елемент је предвидивост. У погледу уговора о раду као дугорочног уговора, предвидивост се, иначе, другачије тумачи будући да фокус није на одговорности за штету, већ на процени околности које би могле да олакшају измену садржаја уговора.⁷⁰⁵

Пред француским Касационим судом нашао се и предмет у којем је запослена тврдила да је отказ због неизвршења уговора о раду незаконит јер је она одбила да ради на новим задацима који су повлачили измену 30% њених радних функција.⁷⁰⁶ Према наводима из тужбе, запослена је обављала правне послове (припремала налоге за исплату, обављала судске позиве и сл.), а послодавац је налагао и преузимање других задатака махом комерцијалне природе, попут уноса и провере података, те обављања телефонских разговора и пружања информација. Ради утврђивања да ли је послодавац прекорачио обим својих овлашћења пошло се од тога да

⁷⁰¹ Француски Грађански законик (*Code civil*), чл. 1195. ст. 1.

⁷⁰² Илија Зиндовић, „Ревизија уговора због промењених околности – упоредноправна решења о клаузули *rebus sic stantibus*“, *op. cit.*, 36.

⁷⁰³ F. Petit, „Gérer et anticiper la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 483.

⁷⁰⁴ *Ibid.*

⁷⁰⁵ Bernard Baudry, Virgile Chassagnon, „The Analysis of Employment Relationship in Contract Economic Theories: a Critical Review Based on the Nature of American and French Labor Laws“, *Économie et institutions*, бр. 27, 2018, 9.

⁷⁰⁶ Cour de cassation, Chambre sociale, 12 mai 2010, 09-41.007 09-41.008.

ли су ове измене утицале на аутономију, одговорности запослених и природу њихових функција. Суд је закључио да минорна измена хијерархијског нивоа не повлачи аутоматски снижавање ранга запосленог и да је поверавање другачијих задатака који одговарају његовој квалификацији несумњиво улазе у корпус овлашћења које има послодавац.⁷⁰⁷

Што се тиче терминологије треба указати да француски аутори углавном користе термин власт послодавца, док се швајцарци опредељују за израз право. С тим у вези, примећује да је субјективно право признаје у интересу његовог носиоца, док се моћ додељује његовом носиоцу у интересу који је бар делимично различит од његовог. Отуда, се у француском праву сматра да послодавац има `управљачку власт` или `власт усмеравања`, а не право које произлази из уговора о раду које га овлашћује да даје упутства.

2.2. Теорија управљачке власти

Ius variandi је правни концепт који се односи на право послодавца да мења услове рада запослених у оквиру радног односа. Овај појам је посебно значајан у радном праву, јер пружа послодавцима одређену флексибилност у организацији рада, с тим да се одређена права запослених морају поштовати, што значи да *ius variandi* није неограничен. Наиме, ово право омогућава послодавцима да мењају одређене аспекте радног односа, као што су радно место (промена локације на којој запослени обавља свој посао), радно време (промене у распореду рада или броју радних сати) или врста посла (могућност премештаја запослених на друге послове унутар предузећа). Управљачка власт послодавца деривира из својинских овлашћења које он има као власник капитала. Када говоримо о овој врсти власти треба да имамо у виду да управљање предузећем подразумева сношење ризика посла и располагање капиталом, али и управљање људским ресурсима од стране овлашћеног лица у предузећу. У жељи да се помире интереси за већом продуктивношћу и уштедом трошкова који су везани за исплату зарада коју остварују запослени по основу рада, људски „ресурси“ су заузели централно место у свакодневном пословању и стратешком планирању послодавца ради остваривања сталног профита. У светлу тога, анекс уговора о раду се може посматрати као саставни део шире концепције управљања људским „ресурсима“, где се рад ставља на пиједестал као битан аспект пословања. У том смислу, рад представља један од основних фактора остваривања трајне диферентне предности и стратегије тржишног позиционирања послодавца.⁷⁰⁸ Послодавци, наиме, вођени властитом мисијом, праве стратегијски, оперативни и акциони план, у оквиру којих се неминовно намеће питање измене уговора о раду за неке планиране активности.

То је уско везано са трансформацијом управљачке власти у односу на класичне атрибуте својине, јер власништво подразумева пре свега овлашћења да се организује рад запослених и да се управља њиховим радом, што укључује и могућност измене елемената уговора о раду који се тичу посла, места рада или зараде. О томе Саватије, пише на следећи начин „власт у предузећу не чини толико вршење традиционалних прерогатива власника, колико овлашћење да се организује привредна јединица чије функционисање претпоставља

⁷⁰⁷ P. Lokiec, *Droit du travail*, op. cit., 226. „Послодавац у оквиру својих управљачких овлашћења може променити услове рада запосленог, а околност да је задатак који се даје запосленом другачији од онога који је претходно обављао, све док одговара његовој квалификацији, не карактерише измену уговора о раду“. Више вид. Soc. 18 mai 2005 n 03-43565. Исти закључак је заузет у предмету у којем је запослени примљен да ради на пословима управљања кадровима, у правним и пореским питањима, а повремено и у другим областима компаније упућен да преузме административне послове везане за социјално осигурање запослених, укључујући израду платног списка и обрачунавање основице за уплату доприноса, те да своје даље активности преусмери на управљање социјалним осигурањем и надзор над праћењем финансијског плана. Cour de Cassation, Chambre sociale, du 4 février 2004, 02-40.527.

⁷⁰⁸ Lupo Hernández Rueda, „Poder de dirección del empleador“, y: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social Buen Lozano* (ed. Néstor de Morgado Valenzuela), Academia iberoamericana de derecho del trabajo y de la seguridad social, Universidad nacional autónoma de México, México, 1997, 409.

капитал и људски рад. Будући да тај рад обављају запослени које предузеће запошљава, овлашћење за организацију проширује се на управљање људским ресурсима. Са права својина на стварима прешло се, дакле, на вршење власти у односу на људе.⁷⁰⁹ Стога, распоређивање и премештај запослених могу се означити као управљачке одлуке послодавца које имају пресудне и дугорочне последице на пословно понашање и на стратегијске циљеве послодавца.⁷¹⁰ Дугорочно одржива конкурентност подразумева постојање квалитетног унутрашњег окружења, чију основу представља рационално распоређивање запослених.

Управљачка власт послодавца садржи функционалну активност послодавца која се огледа не само у организацији процеса пословања, него и утврђивању радне функције запосленог. Закључивањем уговора о раду запослени се подређује послодавчевој управљачкој власти, која је континуирана од момента настанка радног односа, а траје и током његове измене. Осим што има овлашћење да води предузеће у складу са својим економским интересима, послодавац организује престацију рада, одређује место рада и утврђује распоред радног времена.⁷¹¹ Послодавац је власник средстава за производњу и носилац хијерархијске моћи. У корпус права којима располаже као власник капитала убрајају се, свакако, и утврђивање и измена кадровске структуре запослених. Организационо – кадровска питања су нераскидиво повезана и чине једну целину. Из тога следи да могућност измене елемената уговора о раду (посла, зараде, места рада), представља синтезу управљачке и кадровске функције. Штавише, управљачка власт оставља послодавцу маневарски простор да врши измене уговора о раду, али не може бити основ за каприциозне измене које води нарушавању гарантованих права.

Отуда, *ius variandi* не може бити вршен на начин којим се запосленом наноси штета као последица арбитрарног одлучивања којим послодавац злоупотребљава своја овлашћења. Послодавац, као носилац управљачке власти, има право да управља радом запослених, организују и синхронизује њихов рад, како би постигао најбоље економске резултате. Концепцијски, *ius variandi* се одређује као „приватна моћ изведена из слободе предузетништва која утиче на радни односа у циљу прилагођавања људских ресурса потребама предузећа не би ли га учиниле конкурентнијим“.⁷¹² Циљ послодавца је да одржи трајну и одрживу конкурентску предност и економску ефикасност пословања, а људски потенцијал је један од пресудних критеријума који утиче на остварење тог циља. У светлу тога се ни продуктивност савремене економије не може да постићи без рационалног распоређивања запослених, јер људе не треба посматрати као трошак, већ као инвестицију која може допринети максимизацији профита.⁷¹³ Иако је управљачка власт основ за измену уговора о раду, у упоредном праву се постављају ограничења послодавчевог *ius variandi*. Тако, измене уговора о раду могу бити вршене само ако се односе на споредне елементе (распоред радног времена, природа посла) и ако су донете на рационалној основи, а потребе пословања то захтевају (*test de razonabilidad*).⁷¹⁴ Осим тога, потребно је да буде испуњен и услов који је тиче теста пропорционалности (*test de proporcionalidad*) који индукује потребу да сразмера не буде нарушена приликом избора мере која се користи ради постизања жељеног циља. Коначно, ради координације управљачке власти уводи се и принцип прогресије (*principio de progresividad*) који забрањује урушавање економских и социјалних права које запослени

⁷⁰⁹ Цитирано према Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 149.

⁷¹⁰ Raúl Fernández Toledo, Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido, *Revista de derecho*, Vol. 87, бр. 245, 2019, 6.

⁷¹¹ Тијана Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 45.

⁷¹² Jorge Toyama Miyagusuku, „Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia“, *Derecho & Sociedad*, бр. 21, 2003, 173.

⁷¹³ Pedro Irurete Uriarte, „El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa“, *op. cit.*, 405.

⁷¹⁴ William Brown, David Rea, „The changing nature of the employment contract“, *Scottish Journal of Political Economy*, Vol. 42. бр. 3, 1995, 364.

уживају по закону.⁷¹⁵ Тачније, предузети мере како би се постепено постигла пуна делотворност признатих права.

2.3. Теорија непотпуног уговора

Уговор о раду се најчешће поима као стандардни уговор на неодређено време са пуним радним временом. За уговор о раду је карактеристично да је он по својој природи динамичан уговор, односно да трпи измене током периода свог важења. Осим тога, особеност овог уговора се везује и за чињеницу да он не садржи детаље у погледу начина вршења радних задатака, већ да се у току рада, посредством додатних упутстава и инструкција издатих од стране послодавца прецизира његова садржина. Наиме, то произилази из неједнаког односа преговарачких снага страна уговорница, будући да послодавац има дискреционо право да својом вољом ближе одређује услове рада и уговора. Овај однос последично води до рађања, код обе стране уговорнице, претпостављених очекивања поштеног и праведног третмана, савесног поступања, кооперације и сарадње у доброј вери током читавог трајања радног односа. Поред тога што је уговор са трајним извршењем престације, он се закључује с обзиром на личне карактеристике страна уговорница што, даље, значи да су права и обавезе конституисане по основу уговора непреносива на трећа лица.⁷¹⁶

За економску теорију, питање преносивости права и обавеза из уговора није од значаја колико чињеница рационализације трошкова кроз преговоре и завршни текст уговора.⁷¹⁷ Тако се уговори у пословној пракси закључују и свде на минималне елементе, који потом захтевају допуну. Заправо, реч је о теорији непотпуних уговора која се примењује на све уговоре са трајним извршењем престација, а која почива на економији трансакционих трошкова Вилијамсона (Williamson) и теорији резидуалних права Грумсмана (Grossman), Харта (Hart) и Мура (Moore).⁷¹⁸ Није искључена могућност да уговор о раду буде свеобухватни уговор (енг. *comprehensive contract*), међутим, он то у пракси најчешће није, јер се законски одређује његова минимална, али не и подробна садржина, због чега је уговор о раду скоро увек непотпун (енг. *incomplete contract*). Харт (Hart) је 1995. године дефинисао непотпуне уговоре као недовршене уговоре чије недостајуће одредбе попуњавају саме уговорнице поновним преговором или суд у случају спора.⁷¹⁹

Ова теорија полази од идеје да се стране уговорнице у моменту закључења уговора саглашавају само о неким питањима одлучујућим за њихово обвезивање, док остала остају отворена питања тако да се празнине у уговору попуњавају каснијим договором. Тај договор није нов уговор, већ допуна ранијег, будући да закључење уговора о раду није праћено антиципацијом детаља извршења личне престације рада.⁷²⁰ Ово нарочито важи у ситуацијама када се извршење уговора простире у времену и захтева одређене сукцесивне радње које не могу бити претходно прецизно утврђене. Тако у тренутку закључења уговора о раду није могуће предвидети све детаље извршења престације рада нити унапред утврдити тачан развој предвиђених активности због чега је ова теорија применљива на уговор о раду. Међутим,

⁷¹⁵ Jorge Toyama Miyagusuku, „Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia“, *op. cit.*, 173.

⁷¹⁶ Stefanos Mouzas, Keith Blois, „Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions“, 4. Доступно на: <https://www.impgroup.org/uploads/papers/6262.pdf>, 19. 11. 2023.

⁷¹⁷ Harvey S. James, Derek M. Johnson, *Why Are There Explicit Contracts of Employment?*, Working Paper No. 2001-06 September 2001, Contracting and Organizations Research Institute, 3.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ Нав. прем: David Campbell, Donald Harris, „Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Cooperation“, *Journal of Law and Society*, Vol. 20, бр. 2, 1993, 169.

⁷²⁰ Ian Macneil, „Barriers to the Idea of Relational Contracts“, у: Fritz Nicklisch (ed.), *The Complex Long-term Contract*, CF Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987, 42.

примена теорије непотпуних уговора на уговор о раду налази оправдања за послодавчеве једностране измене услова рада, као део послодавчевих овлашћења управљања и контроле.⁷²¹

Као што смо истакли, уговор о раду је двострано обавезујући уговор трајног карактера где се извршење уговорних обавеза простире у времену (неколико месеци или година). У фази извршења уговора могу се јавити одређене околности које стране нису могле предвидети, што оставља простор и даје оправдање за ревидирање уговора и поновно утврђивање његових елемената.⁷²² У суштини, теорија непредвидивости полази од тога да се све околности не могу унапред сагледати, због чега је оправдано иницирати каснију измену уговора. Инсистирање на одржавању уговора о раду без измене његове садржине би имало за последицу континуирано кршење уговора због немогућности једне стране да извршава своје обавезе. Уговор о раду са непроменљивим обавезама није могућ и из разлога што уговор о раду не може да прецизира све радне задатке који улазе у корпус послова за које је запослени ступио у радни однос. Уважавање теорије импервизије је саставни део савременог друштва, уговорног и радног права.⁷²³ Наиме, у сваком друштвеном односу успостављеном на „дуге стазе“ током времена нужно долази до промена, што исто важи и за уговор о раду. Из тога следи да теорија непотпуног уговора и теорија импервизије имају заједничка обележја.

С тим у вези, уговорно право полази од хипотезе да комерцијални субјекти иступају на тржишту ради склапања уносних послова. Свака страна може да преговара о цени предмета размене и другим условима уговора. Како је реч о економски и правном равноправним субјектима, свака страна истиче услове уговора које она жели све док се не постигне међусобни компромис. Суштина проблема је у томе да ли је „у таквим околностима могуће – или можда још важније, да ли је уопште потребно – прецизно и детаљно дефинисати уговорни садржај“.⁷²⁴ Непотпуни уговор пружа простора послодавцу да оствари одређене привилегије по основу власништва, у смислу права да једнострано мења уговор, те је ефективност пословања загарантована од почетка. То се у немачкој литератури описује као неизвесност уговорног обећања (*Umbestimmtheit*) која увек постоји у уговорима са трајним престацијама.⁷²⁵

То, даље, значи да је уговора о раду непотпун у спецификацији посла који треба да се обезбеди по уговору. Ова несигурност у спецификацији посла решена је у корист претпоставке да послодавац има подразумевано овлашћење да усмерава рад запослених, док запослени имају корелативну обавезу да се придржавају свих законитих упутстава послодавца. Послодавци користе ову уговорну моћ не само да синхронизују рад запослених путем експлицитних наредби које издају менаџери, директори и друга овлашћена лица, већ и посредством јасних обавештења истакнутих на радном месту тј. огласним таблама, инструкцијама садржаних у „правилницима о раду“ или „приручницима за особље“.⁷²⁶ Наиме, решење проблема непотпуности уговора о раду ствара или боље речено консолидује однос моћи, додељивањем законског права послодавцу да управља и контролише рад запослених, док се запосленима не оставља простор слободног деловања већ напротив намеће стриктна дужност да свој рад усагласе захтевима послодавца.

Дакле, потребно је указати да особена природа уговора о раду у поређењу са другим уговорима доводи да тога да је немогуће прецизно одредити све елементе садржаја уговора. Неодређеност уговорног садржаја ствара основу за послодавца да управља радом запослених на начин који омогућава највећи степен ефикасности. То поједини аутори објашњавају на

⁷²¹ *Ibid.*

⁷²² Guillermo Boza Pró, „La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario“, 697, Доступно на: <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full-693-723.pdf>, 5.2.2024.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ Mario A. Ramírez Granados, „El derecho al salario como regulación social. Un enfoque sociojurídico“, *Revista Ciencias Sociales*, бр. 3, 2013, 69.

⁷²⁵ Michael Lorenz, Roland Falder, *Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2016, 103.

⁷²⁶ *Ibid.*

начин да је управо та „непотпуност или неодређеност уговора о раду намерна, а не случајна и да је резултат структуре ауторитета послодавца која је у сржи уговора о раду“.⁷²⁷ Овај однос моћи, који лежи у срцу уговора о раду, довео је до развоја главних и споредних обавеза сауговорача намењених решавању проблема недовршености овог специфичног уговора радног права.

Идеја непотпуног уговора првенствено има за циљ да спречи трошкове који су непредвидиви у тренутку извршења уговора. Периодични преглед садржине уговора је суштинска карактеристика таквих уговора. Кроз измене, стране могу да преиспитају међусобну корист која произилази из правног односа. Дакле, дугорочни и некомплетни уговори захтевају периодично преиспитивање, то јест поновно преговарање будући да се тиме обезбеђује одрживост одређене врсте правног односа и правна сигурност. Ово је важно истаћи, посебно у данашњем непредвидивом економском окружењу, јер иза жеље за једностраним променама радног односа стоје економски интереси послодавца. Када стране уговором о раду ближе регулишу услове рада, ови услови се могу мењати изменом уговора. Међутим, ту долази до изражаја концепт горе наведеног непотпуног уговора. Отуда, уговор о раду, као непотпун уговор може изнедрити право послодавцу да мења уговор, премда то право може бити конституисано и у колективним уговором о раду. Тако је могуће променити услове рада без промене уговора о раду. Таква разлика се може наћи у француском радном праву, о чему ће више бити речи касније.

2. Разграничење измена елемената уговора о раду од измена услова рада

Услови рада су скуп друштвених и економских фактора у којима се обавља рад (радно време, време одмора, системи зарада, технички, санитарни и хигијенски услови итд.). Ова категорија се користи у ширем значењу у Закону о раду Белорусије који се односи на битне услове рада (као део услова рада уопште): посао, зарада, радно време итд.⁷²⁸ Велики допринос развоју концепта услова рада дао је чувени руски универзитетски професор радног права Јосиф Савелјевич Војтински (Иосиф Савелъевич Войтинский), који је први предложио разматрање услова рада у ширем и ужем смислу.⁷²⁹ У ширем смислу, услови рада су „услови за учешће радника у процесу друштвеног рада и у друштвеном производу“, што је укључивало радну функцију запосленог, количину посла, врсту активности и радну средину.⁷³⁰ Под условима рада у ужем смислу сматрао је услове рада који чине садржину радног односа (и уговора о раду).

Промена услова рада је промена друштвених и производних чинилаца под којима се обавља рад, узрокована изменама закона, колективних уговора о раду, правилника, уговора о раду и других аката. У принципу, сагласност запосленог је неопходна за измену битних елемената уговора о раду. Дакле, предметни елементи су суштински елементи уговор о раду и захтевају сагласност запосленог за њихову измену. Примећује се да у руском праву нису формулисани, рефлектовани и имплементирани општи правни принципи за измену уговора о раду.⁷³¹ У Закону о раду Руске Федерације налази се дефиниција услова рада у ужем смислу,

⁷²⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 12.

⁷²⁸ Vladimir Lebedev, „The Development of Employment Legislation in the Post-Soviet Period“, у: Vladimir Lebedev, Elena Radevich (eds.), *Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges*, Cambridge Scholars Publishing, London, 2016, 4.

⁷²⁹ Нав. према: Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, op. cit., 158.

⁷³⁰ Ibid.

⁷³⁰ Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, op. cit., 40.

⁷³¹ Andrey Lushnikov, „The Development of Russian Labour Law in the 21st Century: A Comparative Sketch of Regularities and Trends“, у: Vladimir Lebedev, Elena Radevich (eds.), *Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges*, Cambridge Scholars Publishing, London, 2016, 19.

који се тичу хигијенских и санитарних услова које треба да обезбеди послодавац како би заштитио запослене на раду.⁷³²

У контексту измена уговора о раду, ми се бавимо превасходно условима рада у ширем смислу, који представљају елементе радног односа и уговора о раду, попут зараде и рокова за исплату зараде, посла, радног времена, места рада и тсл. Леонид Бугров (Леонид Юрьевич Бугров), Леонид Островски (Островский Леонид Яковлевич), Јосиф Сављевић (Войтинский Иосиф Савельевич) и многи други аутори у области радног права праве разлику између услова рада и услова уговора о раду.⁷³³ Та подела је широко прихваћена, у француској јуриспруденцији, која је усвојила ту терминологију са циљем повлачења разлике између елемената који су суштински за странке и који се једино могу мењати споразумно, за разлику од других карактеристика тог односа који нису битни и која спадају у корпус овлашћења који врши послодавац.

Измене битних услова рада могу деловати као врста измене уговора о раду само у ситуацијама када су одређени услови рада (нпр. радно време) непосредно предвиђени уговором о раду и разликују се од опште утврђених. Штавише, ако само дуплирају релевантне услове рада предвиђене законом, колективним уговором о раду, уговором о раду или интерним актом послодавца, онда такве одредбе уговора о раду нису уговорени услови, већ само подаци о условима рада. Сходно томе, наведене необавезујуће (информативне) одредбе, саме по себи, немају „индивидуални уговорни регулаторни значај“, а услови рада који су њима предвиђени мењају се на исти начин како су и утврђени, то јест изменом закона, колективног уговора о раду, индивидуалног уговора о раду или интерног акта послодавца.⁷³⁴ Тиме се не отклања дилема којим се нормама треба руководити ако запослени наставља да ради на истој радној функцији, а мењају се елементи попут зараде, радног времена од којих су неки утврђени уговором о раду а неки интерним актима послодавца (нпр. распоред смена), колективним уговором о раду или законском регулативом.

У Закону о раду Републике Кине установљен је принцип једнакости и добровољности кроз заједничке консултације запосленог и послодавца, при чему се захтева да се измена уговора о раду не противи одредбама закона и других прописа, нити сме бити у супротности са административним правилима.⁷³⁵ Додатно, чл. 35 истог закона наглашава да измена уговора о раду мора бити извршена у писаној форми, тако да су остале форме са правне тачке гледишта недопуштене.⁷³⁶ Глобална економска криза погодила је и ову земљу због чега се корпорације и индустријски гиганти суочавају са тешким периодом кога карактерише, пре свега, проблем дугорочне и краткорочне финансијске одрживости због чега се прибегава масовним отпуштањима или изменама елемената уговора о раду. Наиме, измена елемената уговора о раду има за циљ промену права и обавеза предвиђених првобитним уговором о раду и представља битно средство за обезбеђење потпуног и несметаног извршења одредаба новог уговора.

Закључењем уговора о раду запослени је имплицитно признао овлашћење послодавца да усмерава запосленог у оквиру односа субординације. На основу управљачке моћи, послодавац има право да промени услове рада (нпр. време почетка и завршетка рада), а да се то не сматра изменом уговора. За разлику од шпанског права које познаје готово безграничну управљачку моћ послодавца, у перуанском праву основни аспекти радног односа остају изван домена послодавчевог *ius variandi*. Отуда, примећује се да шпанско право иде у ретроградном правцу проширујући круг овлашћења које ужива послодавац, док је ситуација у перуанском

⁷³² *Ibid.*

⁷³³ Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *op. cit.*, 41.

⁷³⁴ F. Duquesne, C. Sachs-Durand, *Le droit du travail: 60 fiches*, *op. cit.*, 56.

⁷³⁵ Закон о раду Републике Кине, чл. 17.

⁷³⁶ Pan Feng, Xie Weiwei, „Study on Judicial Judgment Criteria Concerning Modification to Employment Contract“, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 123, 2017, 1790.

праву обрнута.⁷³⁷ С тим у вези, уочава се да није могуће саставити коначан списак којима би се направила разлика између измена које се квалификују као битне и оних које не подлажу тој категоризацији. У случају када се прибегава изменама елемената уговора о раду мора се водити рачуна о томе да ли је то оправдано и разумно.⁷³⁸ Шпанска доктрина је концепт разумности прецизирала и структурисала у троструком смислу: оправданост мере објективним разлозима, мера и разлози морају бити сразмерни, као и доследност поступања, односно верификација узрочно-последичне везе.⁷³⁹

Свака промена која утиче на битне елементе уговора представља измену уговора, при чему је за утврђивање битних елемената пожељно осврнути се и на дефиниција уговора о раду. Наиме, доктрина је једногласна у погледу суштинског карактера зараде која се не може мењати ни у погледу њене висине, а ни структуре, чак ни минимално и посла, тако да послодавац не може наметати послове запосленом ван његове квалификације.⁷⁴⁰ Директива Савета 91/533/ЕЕЗ која више није на снази, а која се односи на уговор о раду и његове елементе, била је предмет дискусије у француској теорији.⁷⁴¹ Према једном становишту, обим информисања се односи на елементе уговора који се сматрају битним, док према другом становишту одредбе Директиве немају директан утицај на садржину уговора.⁷⁴² Стога, циљ Директиве је да обавести запосленог о условима уговора, а не да дефинише уговорну сферу. Стога уговорне клаузуле треба разликовати од клаузуле уговора које имају информативни значај и које послодавац може једнострано изменити.

Раније је процена природе измене припадала сувереној моћи француских првостепених судија, што им је дало простор да одлуче о постојању измене уговора на основу сопственог разматрања чињеничних елемената и доказа.⁷⁴³ Укратко, примећујемо да француско право тежи да процену измене уговора врши према објективним критеријумима међу којима елементи утврђени уговором добијају посебан значај. Да би се утврдило да ли се мења уговор о раду или не, први критеријум који примењује француска судска пракса састоји се од тражења воље страна.⁷⁴⁴ Уколико су одређене елементе уговора стране усагласиле у виду јасне и прецизне клаузуле, свака измена у вези са њима, чак и незнатна, представљаће измену уговора о раду. Ипак, ако у тренутку закључења уговора странке утврде да послодавац може извршити измене у погледу места рада и других елемената, позивање на уговорне клаузуле не представља измену уговора о раду. Судска пракса је постепено идентификовала седам елемената који се не могу мењати без сагласности запосленог. То су посао („радна функција“), зарада, радно време, место рада, организација рада, клаузуле уговора о раду и личност послодавца.⁷⁴⁵ Из тога следи да је основни услов за идентификацију измене елемената уговора о раду предмет измене, што значи да до измене уговора долази само када се мењају основне престације из уговора о раду, уз додатни услов да измене буду трајног карактера. Отуда, само

⁷³⁷ Примера ради, перуански Закон о овлашћењима послодавца (Закон бр. 25921), који је познавао стандард којим је фактички омогућено послодавцу да врши суштинске измене услова рада, укинут је у јулу 1995. године Законом бр. 26513 који носи назив Закон о продуктивности рада и конкурентности. Jorge Toyama Miyagusuku, „Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia“, *Derecho & Sociedad*, бр. 21, 2003, 173.

⁷³⁸ *Ibid.*

⁷³⁹ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, *op. cit.*, 204.

⁷⁴⁰ F. Petit, „Gérer et anticiper la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 482.

⁷⁴¹ Directive 1991/533 - Employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship *OJ L 288*, 18.10.1991, p. 32–35.

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, *op. cit.*, 106.

⁷⁴⁴ Evert Verhulp, „The employment contract as a source of a concern“, *op. cit.*, 59.

⁷⁴⁵ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, *op. cit.*, 107. У чилеанској правној доктрини преовладава мишљење да је измена садржаја уговора о раду измена било ког његовог елемента. Wilfredo Soria Yabar, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, *op. cit.*, 40.

битне и трајне измене уговора о раду индукују измену уговора, док се спорадичне измене сматрају изменом услова рада.

Иако српски законодавац не прави језичко поодвајање између консензуалне измене и једностране измене уговора о раду, већ упоредо користи термине „измена уговора“, „анекс уговора о раду“ и „измена уговорених услова рада“, непосредно утврђени разлози за измену уговора говоре у прилог да се разлика, ипак, прави будући да се разлози за измену тичу елемената радног односа који индукују измену уговора: посао, место рада и зарада. Поред наведених елемената који се суштински везују за две главне уговорне престације – рад и зараду, српски законодавац уводи и два специфична која се везују за рад код другог послодавца и остваривање права запослених за чијим је радом престала потреба. Увођење међуинститута који не повлачи отказ уговора о раду значи да одређене елементе уговора о раду послодавац не може једнострано мењати, али и да запосленом који одбије да поступа по њима не може дати отказ, јер се њихова измена не сматра круцијалном за извршење уговора. Поред измена уговорених услова рада који захтевају сагласност запосленог (са или без отказа као последице одбијања анекса), измене услова рада се могу извршити и једностраном одлуком послодавца по којој је запослени дужан да поступи уколико су донете у складу са законом (одлука о радном времену, кодексу понашања и сл.), у супротном може бити, дисциплински кажњен.

3.1. Уговорени и минимални (законски) услови рада

Индустријска револуција довела је до акумулације капитала и оснивања великих предузећа. Тај процес је захтевао прелазак са индивидуалног преговарања о условима рада на њихову стандардизацију не би ли се смањили високи трошкови које појединачни преговори повлаче за послодавце. С тим у вези, ваља поменути да технолошке промене подразумевају увођење нове технологије или значајну промену услова рада које потичу од нове технологије, која, фактички, уводи промене у начин функционисања предузећа. Притом, ако технолошка промена (про)узрокује минорна прилагођавања услова рада, сматра се да то спада у круг управљачких овлашћења које врши послодавац.⁷⁴⁶ Закорачивши у свет рада, држава је радницима својим актима признала само минимум, „доњи праг“ права, али је, исто тако, и установила механизам којим се тај минимум може увећавати. Стога се и може констатовати да развитак једног друштва почива на одговарајућем (законском) регулисању света рада и света капитала, те је, у том смислу, један од циљева радног законодавства помирење два дуална али и легитимна захтева – интерес послодавца за већим профитом и интерес запослених за већом зарадом и сигурношћу запослења (и посла).

У том смислу, институт измена уговора о раду треба да помири супротстављене интересе послодавца и запосленог. Како се услови рада утврђују унапред, промене на тржишту могу утицати на одрживост пословања, због чега послодавцима треба оставити могућност да измене уговорене услове рада не би ли се тако прилагодили тржишним кретањима. С друге стране, запослени имају интерес за предвидивост и стабилност услова рада. Ако би послодавци могли једнострано да измене услове уговора кад год им то одговара, онда би услови уговора које су запослени првобитно прихватили били бесмислени. Страх од одмазде, притом, може довести до тога да се запослени слажу са било којом изменом коју предложи послодавац, јер послодавац увек може раскинути уговор једностраном изјавом воље. Упркос томе, може се констатовати да је потребно изменити уговор у случају свих околности (догађаја) које могу довести до промене битних елемената радног односа. Као битне измене услова рада морају се разумети оне који су такве природе да мењају и трансформишу основне аспекте радног односа.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

Примера ради, сагласност запосленог за измену битних елемената уговора о раду се не тражи у украјинском праву, али је послодавац дужан да о свакој промени претходно обавести запосленог и то у периоду који претходи промени а који не сме бити краће од два месеца. Директива Савета ЕУ 2019/1152 о обавези послодавца да обавести запослене о условима који се примењују на уговор или радни однос утврђује и минимални садржину уговора о раду која је у већини земаља ЕУ прихваћена, а у неким чак и превазилази захтеве Директиве.⁷⁴⁷ Од тога постоје изузеци, па тако према чешком и словачком законодавству садржај уговора о раду не покрива листу наведену у Директиви Европске уније.

Резултат правне норме у уговорним односима је да се правна институција уговора посматра као начин остваривања уговорне размене неопходне за испуњење сврхе уговора. Обавеза послодавца да запосленом обезбеди услове рада у литератури се дефинише као вишедимензионалан, комплексан концепт који обухвата систем техничких, економских и правних мера.⁷⁴⁸ У Сједињеним Америчким Државама уговорни приступ радним односима има одређене предности, посебно за послодавце који траже максималну флексибилност у прилагођавању састава особља, услова рада и пословних активности. Континуирани значај уговорних принципа је евидентан кроз улогу пређутних услова у радном односу. Услови рада су, као правни концепт, услови које послодавац мора да створи запосленом да би они остварили своја права и испунили своје уговорне обавезе. Истовремено, законодавства овом концепту придају различита значења. Из законске дефиниције уговора о раду у Закону о раду Белорусије и Законика о раду Руске Федерације, могуће је извући широк појам услова рада, с обзиром на то да су они предвиђени законима и другим регулаторним правним актима.⁷⁴⁹ Другачија дефиниција услова рада садржана је у Закону о раду Руске Федерације у другом делу где се услови рада одређују као скуп фактора радног окружења и радног процеса који утичу на радни учинак и здравље (физичко и ментално) запосленог.⁷⁵⁰ Поред тога, у законодавству и у литератури концепт услова рада се користи за карактеризацију садржаја уговора о раду, будући да су услови рада директно укључени у формирање права и обавеза странака.⁷⁵¹ Услови рада превазилазе уговор о раду, али када су утврђени уговором о раду они су истовремени и елементи уговора. Под условим рада у ширем смислу подразумевамо систем фактора друштвене и производне природе под којима се обавља рад.

Ваља поменути да у контексту реструктурирања предузећа (нпр. отварање нових објеката, реконверзија предузећа која су постала нерентабилна, измена организације рада) запослени нема права да одбије измене услова рада, чак ни у случају суштинског преокрета, будући да је реч о прерогативима које има послодавац, и која имају своје границе, а то су забрана дискриминације и злоупотреба права. Штавише, и пре промене става француске јуриспруденције пред крај 90-их, организација рада није била прихваћена као услов уговора, али је, додуше, било спорадичних случајева да се погоршање услова рада призна као измена уговора о раду.⁷⁵² Наиме, проблем се често јављао у случају одлука послодавца које се односе на укидање превозних средстава у предузећу. Отуда је француски Касациони суд заузео став да када финансијске последице промене вида превоза сноси послодавац, уговорни однос не трпи битније измене.⁷⁵³ Насупрот томе, када је уговором о раду предвиђено давање возила запосленом на коришћење, промена те одлуке има се сматрати изменом самог уговора. Ипак, од 1996. године када је судска пракса заузела непоколебљив став по том питању постало је сасвим јасно да промена услова рада не представља измену уговора о раду.⁷⁵⁴ Из свега

⁷⁴⁷ Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 158.

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ Закона о раду Белорусије, чл. 1; Законика о раду Руске Федерације, чл. 56.

⁷⁵⁰ Законик о раду Руске Федерације, чл. 209.

⁷⁵¹ Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *op. cit.*, 40.

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ Е. Peskine, С. Wolmark, *Droit du travail*, *op. cit.*, 204.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, 223.

наредног следи да су измене услова рада и измене елемената уговора о раду суштински различити институти чија се правна природа разликује у мери да се последице ускраћивања сагласности другачије рефлектују на статус запосленог. Сходно томе, потребно је направити линију разграничења појмова, особито у ситуацијама када јасна правила о примени датих института нису изграђена. Главне престације из уговора о раду, као синалагматичног уговор о раду са трајним извршењем престација, представљају рада (добровољан, зависан рад запосленог за послодавца, као основни интерес послодавца у радном односу) и зарада (као противпрестација за обављени рад и основни интерес запосленог у радном односу), који чине битне елементе уговора о раду. Неспорно је да измене битних елемената индукују измену уговора, али је питање у ком обиму, будући да сваки од битних елемената који чине минимум садржине уговора садрже низ аспеката и састојака који их дефинишу. Следствено томе, највиша судска инстанца у Француској је изградила објективан приступ у класификација битних елемената уговора, па се на основу тога изводи закључак да се, за разлику од услова рада којима је запослени због подређеног положаја дужан да се повинује, елементи уговора о раду чине засебан институт. Ово из разлога што уговорени услови рада значе обавезу за послодавца да их поштује, те запослени може одбити да извршава рад чија се природа разликује од уговорних клаузула.⁷⁵⁵

3.2. Флексибилизација услова рада

Институт уговора о раду пролази кроз концептуалну кризу као резултат промена које се дешавају на тржишту рада, начину организације производње и функционисања предузећа. Штавише, модерно пословање привредних друштава се не може замислити без принципа ограничене одговорности чланова друштава капитала за обавезе друштва и уговора о раду којим лица ван друштва улазе у правни однос са друштвом. Послодавци имају користи од тога што су флексибилнији услови рада у погледу кадровских захтева и других питања, као и чињеница да се тим путем, а узимајући у обзир технички напредак могу, у ствари, прилагодити променама у тражњи за добрима које производе и услугама које пружају, као и иновацијама у процесима рада, што им узето скупа, пружа могућност да трошкове рада прилагоде нивоу продуктивности. Ова оптимизација трошкова омогућава компанији да оствари већи профит, али исто тако повећава шансе за проналазак запослења и омогућава радницима приступ тржишту рада, што користи привреди у целини. Право на приступ тржишту рада се једноставно посматра као право на ступање у уговорни однос ради пружања личних услуга у замену за накнаду.

Тако, у духу идеје флексибилизације, нестандартни уговори о раду постају све чешћа појава, нарушавајући концепцију типичног модела запослења, који гарантује економску сигурност и професионалну стабилност. У том смислу, институционално реструктурирање прате краткорочни уговори и повремени рад. Иако се флексибилни облици рада све више користе у пракси, правно гледано, они нису довољно регулисани. Принцип флексибилности погодује послодавцима и омогућава да се њихови интереси заштите, нарочито у погледу измена услова рада, како би се обезбедило профитабилније пословање. Заправо, флексибилни модели организације рада омогућавају да се послодавци прилагоде тржишним променама и остану конкурентни.⁷⁵⁶ Дакле, флексибилност се не везује само за флексибилне (атипичне) моделе уговора о раду, већ се односи и на већу слободу послодавца да организује радно време, место рада, примања по основу радног односа и друге услове рада. Сходно томе,

⁷⁵⁵ Поједини француски аутори праве разлику између нормативних клаузула уговора које се мењају на консензуалној основи и клаузула које имају информативни значај и стоје изван домаћаја начела аутономије воље, осим ако уговорнице нису предвиделе другачије. C. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 78.

⁷⁵⁶ Јована Рајић-Ћалић, „Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом“, *Страни правни живот*, год. LXIV, бр. 1, 2020, 92.

флексибилизација радних односа представља непрекидан процес који води променама у условима и начинима рада запослених код послодавца.

Исто тако, одређене уговорне клаузуле чине уговорни однос флексибилнијим. У британском праву постоји правна могућност уношења флексибилних клаузула у уговор о раду којима се у случају економских и других тешкоћа оставља могућност послодавцу да измени уговор по унапред утврђеном поступку или да започне преговоре о условима рада које планира да измени у доброј вери. Тако, послодавац не поступа у доброј вери када лажно приказује неповољну финансијску ситуацију у предузећу како би извојевао пристанак запосленог на предложеној измену.⁷⁵⁷ У предмету *BPCC Purnell Ltd v Webb* Суд је стао на становиште да није допуштена флексибилна клаузула која овлашћује послодавца да премести запосленог на други посао, који повлачи и промену у распореду рада и радним сменама.⁷⁵⁸ Такође, премештај на други посао који води умањењу зараде за 26% није прихватљив, јер води фундаменталној промени услова рада. Међутим, у овој области постоји велика правна несигурност, јер се смањење зарада у појединим предметима не узима као једини релевантан критеријум, него се захтевају и промене у другим аспектима радног односа.

Премда не постоји једнообразно одређење флексибилности, она се на најједноставнији начин може одредити као могућност прилагођавања организације пословања у одређеној мери и одређеном брзином променљивом економском окружењу. Док економска теорија види флексибилизацију у позитивном светлу, стручњаци радног права јој се отворено противе. Ово из разлога што ће „економски раст генерисати више могућности за запошљавање и веће зараде за раднике, тако да ће побољшати капацитете зарађивања и омогућити да се уштеди више и троши више што је својеврсни зачарани круг који ће функционисати примарно у њихову корист“, ⁷⁵⁹ то јест у корист привредних субјеката који су је и осмислили.

У појединим земљама, нестандартни уговори се користе као једна од мере дерегулације, док су у другим владе кренуле у велику ревизију радног законодавства, која је радикално променио индустријске односе, подривајући социјални дијалог и колективно преговарање. Ове реформе радног права се често правдају аргументом да је несигурност посла једна од последица кризе, а „флексибилизација један од њених најбољих противотрова“. ⁷⁶⁰ Ипак, чини се да се криза пре користи као „изговор“ да се оправда рушење социјалних права и социјалног дијалога. Наравно, постоје и ситуације где се оправданост доношења одлуке о интерним мерама флексибилности не заснива на пословној кризи.

Током 25 година, европске владе су спровеле неколико реформи да би се извукле из евросклерозе из 1980-их. Може се рећи да су базични институти усредсређени на отклањање напетости између тржишне ефикасности и афирмације социјалних права. Урађено је више од 200 реформи, и око половине њих је било усмерено ка повећању флексибилности тржишта рада. Иницијатива за то лежи у три разлога: промена праксе тржишта рада, како унутар предузећа, тако и изван њега, те пораст нових економских теорија тржишта рада, и шире промене у структури друштва.⁷⁶¹ Данска и Холандија су развиле јавну политику која олакшава флексибилност тржишта рада уз истовремено очување економске (и социјалне) сигурности радника, док се у Француској нуди мултиинтересни приступ тржишту рада који ће водити рачуна и о интересима запослених. У ствари, развој концепта флексигурности је први пут покренуо у Холандији један члан научног комитета холандске економске политике заједно са

⁷⁵⁷ Новија британска судска пракса иде у правцу сужавања права која флексибилна клаузула може да предвиди за послодавца, тако да се измене уговора на основу флексибилне клаузуле могу односити само на мање измене или измене споредних елемената уговора. Ово из разлога што круцијалне измене нарушавају узајамни однос поверења. *United Association for the Protection of Trade Ltd v Kilburn and others* (17th September 1985) EAT/787/84.

⁷⁵⁸ *BPCC Purnell Ltd v Webb* [1992] EAT/129/90.

⁷⁵⁹ Fumito Komiya, *A comparative study of the law of dismissal in Japan, Great Britain and the United States from the perspective of employment protection*, op. cit., 300.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ Међусобно повезивање економија названо „империјализам“ ставља у запећак социјалну заштиту исто као што то чини глобализам данас.

министром за социјална питања, описавши флексиурност као прелаз са једне устаљене филозофије засноване на заштити посла на смислену усредсређеност ка заштити запошљавања. Флексиурност је оксиморон који сугерише да је могуће у исто време постићи сигурности и флексибилност.

Флексибилност услова пословања, а нарочито извршавања уговора предмет је годишњих извештаја у оквиру *Doing Business* програма. Од 2021. године престало је објављивање извештаја који оцењује отвореност земаља за привредно пословање кроз трошкове које послодавци имају поштовањем законских правила и административних поступака.⁷⁶² Ово из разлога што су извештаји из 2018. и 2020. године поништени у интерној ревизији због уочених нерегуларности приликом њиховог састављања што је довело до бољег позиционирања појединих држава на ранг листи.⁷⁶³ Предузетничке слободе су се за потребе оцењивања националних привреда мериле у зависности од коришћеног правног и институционалног модела, премда се добијени резултати истраживања никада нису поредили са достигнутим процентима економског раста. Уместо тога, правне институције су се процењивале на основу бројних претпоставки у вези са чиниоцима који би требало да олакшају пословање и тиме последично омогуће раст предузећа. Дакле, то није била емпиријска студија пословања, већ скуп одређених индекса који би требало да укажу да ли је пословно окружење одређене земље повољно или не, нарочито из угла иностраних улагача. Један од коришћених индекса је и индекс законске заштите запослења који је био осмишљен са циљем да олакша поступак запошљавања и отпуштања.⁷⁶⁴ Осим тога, у тежњи за смањењем трошкова оснивања предузећа, дошло је до занемаривања важне улоге пословних регистара као извора поузданих информација за јавни управу. Важно је напоменути да метод искључивог мерења трошкова која предузећа имају пре отпочињања са радом доводи у неповољнији положај земље германског правног круга које су *a priori* опрезне у контроли законитости не би ли се на тај начин избегли евентуални спорови. То, даље, значи да се добра пословна пракса и погодно пословно окружење могу наћи једино у либералнијим законским системима. Дакле, постојање баријера за улазак на тржиште се негативно оцењује, због чега се оне морају редуковати у циљу несметаног пословања. Изнету поставку потенцира и билатерална агенција Сједињених Америчких Држава за спољну политику која пружа помоћ земљама у развоју на основу мера поједностављења поступака оснивања предузећа које оне уводе. Наиме, у светлу економске теорије, високи трошкови у иницијалној фази пословања предузећа немају позитиван ефекат, јер не смањују будуће трансакционе трошкове.

3.2.1. Форме флексибилизације

3.2.1.1. Унутрашња флексибилност

Институционални корени тржишне економије могу се наћи у раном модерном периоду. Идеја нео/либералних економских теорија је да радни стандарди стварају препреке за учеснике на тржишту, док гаранције социјалних права оптерећују послодавце непосредним теретима, те посредно производе и негативан утицај на привредни раст, јер штете конкуренцији и флексибилности. Према трогодишњој студији рађеној у Онтарију послодавци системски повређују радне стандарде у 25% случајева, док се минорно одступање од радноправних норми јавља код 75% послодаваца од укупног броја послодаваца који послују на федералном нивоу. Узрок се најчешће налази у непознавању прописа или свесном заобилажењу норми приликом

⁷⁶² Ваља напоменути да је годишњи трошак израде ових извештаја износио два милиона долара.

⁷⁶³ Иако се верује да државе на самом врху листе имају напреднију економску политику и потенцијал за убразни економски раст, публицитет се пружа свим земљама учесницама а не само онима са најбољим оценама.

⁷⁶⁴ Светска банка је штавише подстицала владе да користе симуловано рангирање за промену вредности бројчаних индикатора, не би ли се макар оквирно одредило место које би одређена држава заузела на ранг листи када би у скоријој будућности спровела реформу.

одмеравања економских користи од поштовања закона и могућности да буду ухваћени и санкционисани. Из угла економије, послодавци се у доношењу одлуке о примени прописа руководе искључиво економском ефикасношћу.

Концепт флексибилности има различите појавне облике и форме. Флексибилност подразумева отвореност запослених за мобилност на тржишту раду у складу са тржишним односом понуде и тражње за одређеним занимањима и пословима. Никел (Nickell) је указао на три аспекта флексибилности тржишта рада: степен законске заштите запослења, изграђене стандарде рада и усвојену политику рада.⁷⁶⁵ Наиме, мала је вероватноћа да ће се послодавци пренети производњу у земље са нижим номиналним трошковима рада ако нижи трошкови одражавају ниску продуктивност.

У ери глобализације економије, праћене мобилношћу рада и капитала и јаком међудржавном и међукомпанијском конкуренцијом, смањење трошкова пословања постаје императив за очување и унапређење конкурентне предности на тржишту. У таквом окружењу радна снага се посматра као трошак који треба свести на најмању могућу меру. Промена угла гледања на раднике и улагање у њихов развој може допринети не само стварању висококвалификованог и професионалног кадра, већ и подизању радног морала који директно утиче на продуктивност. У жељи за смањењем трошкова производње и повећањем профита послодавци економске ризике свога пословања пребацују на запослене. Реч је о тзв. процесу демутуализације који носи вишеструке негативне последице и који мора бити сузбијен правичнијом расподелом ризика који ће искључити запослене, а укључити друге носиоце интереса.⁷⁶⁶ Отуда диверзификација ризика пословања мора имати шири опсег који ће обухватити поред послодавца и потрошаче, али и друштво у целини. У том погледу, Фридланд (Mark Freedland) и Кунтурис (Nicola Kountouris), не негирају потребу за расподелом ризика, већ указују да она не треба да буде једносмерна, на релацији запослени-послодавац.⁷⁶⁷

Последњих година се равнотежа између радника и послодаваца све више нарушава померањем фокуса са потребе за заштитом радника на смањивање трошкова пословања не би ли се послодавци финансијски растеретили. Међутим, притисак за већу флексибилност произилази и из тренутно високих нивоа незапослености и ниског нивоа запослености и неформалне економије у земљама у транзицији. Један од најрелевантнијих аспеката вишедимензионалног концепта флексибилности тржишта рада је индекс законске заштите запослења.⁷⁶⁸ Сигурност запослења објашњена као побољшана запошљивост може се на лакши начин комбиновати са жељеним флексибилним тржиштем рада. Отуда се запошљивост везује за врсте вештина, професионалних квалитета и способности који се сматрају нужним за испуњење различитих захтева које поставља динамично тржиште рада изложено интензивној конкуренцији. Притом, не постоји фиксни универзални скуп вештина које се захтевају за све послове, али се чини да се неке вештине јављају као уобичајено потребне у свету рада. На радним местима која се брзо мењају вођена технолошким иновацијама, захтеви запослених се непрестано мењају, док је променљиво радно окружење довело и до промена у организацији рада које изискују и „флексибилну и прилагодљиву“ радну снагу. Истовремено, то је и израз помака ка препознавању важности подстицања запошљивости у смислу развоја индивидуалних компетенција, умећа и способности. Другим речима, радници своју сигурност

⁷⁶⁵ Нав. према: Raul Eamets, Jaan Masso, *Labour Market Flexibility and Employment Protection Regulation in the Baltic States*, IZA DP No. 1147, May 2004, 4. Међутим, исправније је флексибилност посматрати као процес. Због тога се може рећи да флексибилност тржишта рада, у ствари, показује колико се брзо тржишта прилагођавају екстерним шоковима и промена макроекономских услова. Иако има мноштво негативних последица по запослене, флексибилизација рада је незаустављив процес и нужност коју намећу данашње сложене друштвено-економске околности. Данило Рончевић, Александар Антић, „Уговор без одређеног радног времена (Zero hour contract)“, *Радно и социјално право*, год. XX, бр. 1, 2016, 229.

⁷⁶⁶ Нав. према: Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, op. cit., 251.

⁷⁶⁷ Ibid.

⁷⁶⁸ Више вид.: Горан Обрадовић, „Заштитна функција законодавства о раду“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70, год. LIV, 2015, 273.

треба да црпе из запошљивости која зависи од знања и вештина које поседују али и од начина на који су ти атрибути заједно са њиховим личним ставовима представљени на тржишту рада. Појединци могу бити мање или више запошљиви и то ће утицати на њихове могућности проналажења посла на основу чега ће се на одговарајући начин позиционирати на тржишту. Штавише, сама чињеница да је радник променио више послова може повећати његову запошљивост. Отуда се не може говорити о сигурности посла, већ о сигурности на тржишту рада која подразумева прилагођавање радника променама на тржишту рада тако да у сваком тренутку могу наћи ново запослење. Осим сигурности тржишта рада, у употреби је и појам заштићена мобилност који позива на непрекидно унапређење вештина и целоживотно учење. МОР у својим извештајима представља запошљивост као „концепт светионик“ који нам омогућава да разумемо економску кризу и кризу незапослености. Додатно, МОР наводи да је особа запошљива ако може добити и задржати посао, напредовати у њему и прилагодити се унутарорганизационим променама, те напусти тржиште рада и поново постати његовом део у различитим периодима свог животног циклуса.⁷⁶⁹

Послодавцу се, наиме, даје могућност да врши прилагођавања функција радника потребама предузећа у сврхе постизања боље организације рада и производње, као и уштеде трошкова који ће побољшати биланс успеха компаније и њену конкурентску позицију на тржишту. Пословна слобода организације рада и трансформације послова правно је условљена продуктивном функционалношћу. Уставом гарантована слобода предузетништва се у пословном пољу кристалише у овлашћењу које оснажује послодавца да врши реорганизацију мреже радних односа који настају у предузећу зарад постизања конкурентности и веће продуктивности. Запошљивост представља један од четири изворна стуба европске Стратегије запошљавања, при чему дугорочна стратегија коју тренутно заговара Европска комисија, промовише „више и боље улагање у људски капитал“, које нужно води непрекидном унапређењу вештина чинећи запослене на тај начин флексибилнијим.⁷⁷⁰

Коначно, употреба система вештачке интелигенције у последњих неколико деценија значајно променила начин на који функционишу организације, а један од кључних аспеката те промене је и мобилност запослених која подразумева не само физичку промену радног места, већ и промену улога, одговорности и вештина које су неопходне за рад у промењеним условима. Наиме, дигитализација рада и употреба вештачке интелигенције захтевају развој вештина и целоживотно учење. Послодавци су принуђени да преиспитају структуру послова, те да пружају додатне обуке, како би запослени могли да преузму нове улоге које захтевају другачије вештине. Одређени послови постају сувишни, док се истовремено јавља потреба за квалификованим радницима у области високе технологије и роботике, што чини питање стварања услова за премештај радника изузетно актуелним.⁷⁷¹ То из угла послодавца може значити оптимизацију ресурса, повећање продуктивности и боље усмеравање стручних знања тамо где су најпотребнија.

⁷⁶⁹ У ужем смислу, запошљивост у фокус ставља индивидуалну перспективу, која укључује не само знања, умеће и вештине која радник поседује, већ и то како његове професионални квалитети одговарају захтевима послодаваца. С друге стране, запошљивост из друштвеног и структуралног угла означава јавне политике у области запошљавања и образовања, усмерене ка подизању квалитета образовања и изгледа за брзи прелазак из сфере образовања у подручје рада, имајући у виду чињеницу да највећу стопу незапослености бележе управо млади који први пут траже запослење. Дакле, значење концепта запошљивости зависи од његовог контекста и укључује однос између образовања, структуре занимања и броја квалификованих радника на тржишту рада. То значи да се запошљивост детерминише кроз способност задржавања постојећег запослења, као и могућност напредовања у каријери односно брзи проналазак алтернативног запослења. Реч је коришћењу тзв. холистичког приступа у дефинисању концепта запошљивости, који у себи интегрише како утицај индивидуалних карактеристика, тако и услова на тржишту рада односно чиниоца понуде и тражње који се не смеју занемарити.

⁷⁷⁰ Iskra Beleva, Vasil Tzanov, Labour Market Flexibility and Employment Security: Bulgaria, Employment Paper, N° 30, International Labour Organization 2001, 26.

⁷⁷¹ Љубинка Ковачевић, „Дигитализација и аутоматизација рада као предмет колективног преговарња“, у: Јелена Перовић Вујачић (ур.), *Право на правду - Иззови савременог доба: 37. сусрет Копаоничке школе природног права - Слободан Перовић*, Копаоничка школа природног права - Слободан Перовић, Београд, 2024 (у штампи).

Притом, „за јачање сигурности радног односа убедљиво најважније значење се придаје функционалној флексибилности која радника чини прилагодљивим променама унутар предузећа, јер може обављати рад на различитим радним местима“.⁷⁷² Функционална флексибилност се заснива на мултиактивности запослених, што оставља простор послодавцу да модификује њихове активности и тако прилагоди услове рада потребама послодавца. Сигурност посла се концепцијски фантастично уклапа у појам унутрашње флексибилности, која у свом пуном значењу, рефлектује гаранатију која се пружа запосленима да ће задржати свој посао, додуше, под измењеним условима, упркос променама и негативним економским притисцима са којима се послодавац суочава на тржишту. Сходно томе, једна од мера за спречавање индивидуалних и колективних отпуштања је измена уговорених услова рада. Штавише, традиционални системи познати по сигурности посла попут јапанског модела дугорочног запослења инсистирају на одређеним изменама уговорног односа којим се обезбеђује стабилност и спречава отпуштање. Уз то, у савременим системима се, с једне стране, повећава одговорност запослених у погледу квалитета услуга које се пружају, док је, с друге стране, стабилност услова уговора смањена. С тим у вези, примећује се да клаузуле географске мобилности имају ефекат проширења обима субординације.

На нивоу организације, запошљивост утиче на модалитете управљања: „модалитети организације рада, управљање вештинама, посебна помоћ за мобилност, начини комуникације, шеме професионалне обуке.“⁷⁷³ Наиме, запослени се подстичу да прихвате самоуправљање каријером, уместо да се ослањају на послодавца за којег раде. Главна идеја је да појединци преузму примарну одговорност за своју запошљивост, док им послодавци пружају могућности за професионални развој. Поједини аутори сугеришу да су запослени, а не послодавци, били подстрекач за већу самоконтролу над каријерама у покушају да се преобликује патерналистички радни однос у правни однос који нуди већу флексибилност, аутономију и независност.⁷⁷⁴

Замена појма сигурности посла са сигурношћу запослења чини један од кључних циљева политике флексигурности.⁷⁷⁵ Сигурност посла и сигурност запослења су појмови нераскидиво повезани са запошљавањем, или уопштеније речено, са плаћеним радом. У складу са употребом ових термина у индустријским односима и економији рада, сигурност посла би требало да се односи на вероватноћу задржавања посла код постојећег послодавца, док се сигурност запослења, у принципу одређује шире као континуирани развој радне и социјалне каријере. Насупрот конвенционалном схватању, Ауер (Auer) сигурност посла не везује за задржавање потпуно истог посла или позиције код послодавца током читавог трајања радног

⁷⁷² *Ibid.*

⁷⁷³ Jérôme Deumer, *Flexicurity et qualité de l'emploi: le cas du travail à temps partiel*, Crisp, Bruxelles, 2010, 56.

⁷⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁷⁵ Тежиште сигурности се са сигурности посла пребацује на сигурност запослења и сигурност прихода. У пракси, то обично значи мању заштиту при отпуштању, али више улагања у запошљивост радника, у смислу олакшаног кретања радника између послова како на отвореном тржишту рада тако и на нивоу истог предузећа. Из тога следи да се сигурност редифинише на начин који подразумева могућност да се у случају престанка радног односа са лакоћом пронађе нови подједнако добар посао, уз очување финансијске стабилности од тренутка престанка са радом до поновног запослења. У том погледу, сигурност прихода не би требало да зависи, макар не у потпуности, од тренутног посла које лице обавља већ од његове способности да пронађе ново запослење. То је уско повезано са активним мерама политике запошљавања, које уживају примат и које због свог значаја постају део опште стратегије за побољшање ефикасности тржишта рада. У ствари, запошљивост се операционализује у процесима запошљавања као кључног изазова савремене политике тржишта рада. Међутим, има и оних који запошљивост не доводе у директну везу са запошљавањем, већ нагласак стављају на способност појединца да учествује на тржишту рада, макар и у својству samozапосленог. Теоријски посматрано, запошљивост је хибридни концепт и предмет интересовања бројних дисциплина, попут права, менаџмена, економије, социологија и психологије. Поред тога, разликује се интерна запошљивост, која се везује са могућност премештаја на боље рангиране послове код истог послодавца од екстерне запошљивости, која се тиче могућности запосленог да олако промени послодавца без обзира на постојеће диспаритете између компанија. Petar Auer, "What's in a Name? The Rise (and Fall?) of Flexicurity", *Journal of Industrial Relations*, Vol. 52, бр. 3, 2010, 381.

века.⁷⁷⁶ По његовом мишљењу, сигурност посла се односи на законско право запослених да не буду неправедно лишени посла и у том смислу оно зависи од правила отказног поступка и врсте уговора о раду. То подразумева већу интерну флексибилност како запослених тако и послодаваца у контексту отпуштања. Ово нарочито важи када је у питању тзв. економски отказ, правила о отпуштању ће у већини држава чланица захтевати од послодавца да тражи алтернативна решења за отпуштање (нпр. измене уговорених услова рада). Ово се често назива принципом *ultima ratio*, или *extrema ratio* у свом изразито радикалном облику. Ако је у питању отпуштање, послодавац је приморан да испита да ли се дотични радник може преместити на друго радно место у истом предузећу. У неким земљама послодавац је чак у обавези да понуди запосленима обуку како би их учинио подобним за слободна радна места у истој организацији, чак и када закон не захтева од послодавца да ублажи последице економских отпуштања, (обично велики) послодавци ће се често одлучити да то ураде добровољно, јер знају да колективни отпуштања често имају негативне последице по сама предузећа. Стога, социјални планови, који прате колективна отпуштања, често укључују, поред отпремнина, одредбе за професионалну преквалификацију, одредбе за помоћ у тражењу посла, а понекад и новчане накнаде за запослене који пристану на (интерно или екстерно) премештање. У појединим правним системима, конституисана је дужност запосленог да прихвати други посао који му понуди послодавац ако се тај посао сматра прикладним.

Упоредо са заједничком и растућом жељом да се побољша квалитет запошљавања, међународна и европска тела су од 2005. погођена таласом „флексиурности“, који се шири континенталним државама и чини се да „звучи као смртна звона за класично радно право“ које је изграђено у периоду након индустријске револуције.⁷⁷⁷ За Европску комисију, „флексиурност се може дефинисати као интегрисана стратегија која има за циљ истовремено побољшање флексибилности и сигурности на тржишту рада“, која је структурирана око флексибилности и сигурности уговорних одредби, глобалних стратегија доживотног учења и активних политика тржишта рада.⁷⁷⁸ Ефикасно спровођење флексиурности није могуће без продуктивног социјалног дијалог и међусобног поверења између социјалних партнера и јавне власти, као и високо развијеног систем индустријских односа. За разумевање концепта флексиурности најчешће се користе два извора. Заједнички принципи флексиурности предложени од стране Европске комисије и ратификован од стране Савета Европске уније (2007)⁷⁷⁹ и индикатори флексиурности које је израдио Одбор за запошљавање. Наиме, идеја флексиурности осмишљена је у Зеленој књизи Европске комисије о модернизацији европског радног права.⁷⁸⁰ „Политика „флексибилности“ има за циљ да обезбеди више од стабилност радног места, што конкретно значи заштита радника као активног субјекта тржишта рада, у смислу оспособљавања да се успешно носи са професионалним и личним `транзицијама` које настају због динамике иновација и промене производних система“.⁷⁸¹ У суштини, флексибилност тржишта рада може се дефинисати као способност тржишта рада да се прилагоди променљивим економским условима. Флексибилност тржишта рада има макроекономску и микроекономску димензију.

Естонија је била прва држава чланица ЕУ која је изразила жељу да уведе концепт флексиурности у регулисању радних односа и уговора о раду. Та тежња је била праћена

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ Dwight R. Lee, „Why is flexible employment increasing?“, *Journal of Labour Research*, Vol. XVII, бр. 4, 1996, 544.J544JOURNAL

⁷⁷⁸ *Ibid.*, 545.

⁷⁷⁹ Commission of the European Communities, Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions, Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security, Brussels, 27.6.2007.

⁷⁸⁰ Commission Green Paper of 22 November 2006 entitled "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century" [COM(2006) 708 - not published in the Official Journal].

⁷⁸¹ Gaabriel Tavits, „Estonian Employment Contracts Act: Cornerstone in Applying the Flexicurity in Estonia?“, *Law*, бр. 6, 2014, 180.

потребом да се уговор о раду учини сличним грађанскоправним уговорима, првенствено кроз смањивање формализма тако да уговор о раду може бити закључен и простом сагласношћу воља.⁷⁸² Свакако, новину представља и увођење интерних правила код послодаваца које одобрава инспекција рада, као и смањење финансијских оптерећења у случају решавања проблема вишка запослених. Уз то, флексибилност у начину организације рада подразумева да се послодавцима пружи више могућности да једнострано измене услове рада, нарочито у погледу дужине радног време и услова коришћења прековременог рада. Другим речима, послодавац може да промени систем правила који регулишу радно време једнострано, ако за то постоји потреба. Дакле, не постоји обавеза да о томе претходно обавести запосленог нити да тражи његову сагласност.⁷⁸³ Ово из разлога што према праву Естоније радно време не мора бити предмет споразума запосленог и послодавца, због чега и не представља битан елемент уговора о раду. Штавише, послодавац може једнострано одредити безмало све услове рада и о томе информисати запосленог у писаној форми. Ако то није учињено пре ступања запосленог на рад, послодавац је дужан да достави писану изјаву запосленом искључиво на његов захтев. Сходно томе, постоји могућност, да запослени отпочне са радом а да и не зна какав ће систем радног времена бити примењен код послодавца тј. да ли ће радити пуно, непуно, или скраћено радно време. Исто тако може бити спорно да ли начин организације радног времена код послодавца укључује и рад по сменама, те колико је трајање смена и да ли постоји могућност њиховог ротирања. Иако су припреме за израду новог Закона о уговору о раду започете 2007. године, тек је наредне године у пратећем образложењу наведено оправдање за измену индивидуалног радног права које се огледало у потреби за уградњом концепције флексибилности у тадашњи систем радних односа. Из свега наведеног следи да је Естонија развила најрадикалнији приступ у флексибилизација услова рада Законом о уговорима о раду из 2021. године (поједностављени услови за отказ уговора о раду, факултативна писана форма уговора о раду) у поређењу са претходним Законом о уговорима о раду из 1992. године који је интензивно штитио права запослених гарантујући им предвидиве услове рада садржане у писаном уговору о раду.⁷⁸⁴

3.2.1.2. Организациона флексибилност

Флексибилност је модеран термин, чије значење и обим покривају широк спектар различитих процеса. Флексибилност се дефинише као способност система, организација и појединаца да се прилагоде променама, усвајањем нових управљачких структура и начина понашања и деловања у компанијама. Да би биле конкурентније, ефикасније и профитабилније, компаније примењују нове облике организације рада које карактерише пратећа неизвесност, уз хиперфлексибилност, прилагодљивост и иновативност. Флексибилне методе производње омогућавају произвођачима да брзо пређу са производње једног производа на други или да у року прилагоде обим својих поруџбина без негативног одражавања на квалитет производа. У поређењу са ранијим периодом који је фаворизовао велике производне комплексе, нови трендови теже ка изградњи мањих производних јединица, што укључује повећану флексибилност и мање ригидну примену заштитних стандарда.

У пракси није ретко да послодавци међусобно сарађују на основу уговора о пословној сарадњи, и у оквиру те сарадње може да дође до упућивања запослених једног послодавца на рад код других послодаваца. На пример, у грађевинарству, када један послодавац упућује своје раднике одређене струке за завршавање одређеног грађевинског објекта на коме радове изводи други послодавац. Размена запослених може да постоји и у случају привременог престанка

⁷⁸² *Ibid.*

⁷⁸³ Обавезни систем информисања и консултовања постоји ако је број запослених код послодавца већи од 30.

⁷⁸⁴ Gaabriel Tavits, Aleksei Kelli, „Legal and Practical Issues Related to Telework: The Example of Estonian Law“, *Law*, бр. 14, 2021, 82.

потребе за радом запослених, или када је пословни простор дат у закуп. Наиме, остваривање права на рад не ограничава се само на радни однос, него и на различите облике рада ван радног односа који су настали као резултат незаустављивог процеса флексибилизације. Нове форме рада одступају од стандардног радног односа и тешко се могу тако квалификовати, јер имају хибридне карактеристике, у смислу да представљају мешавину различитих правних послова, а одликује их и то што се радник не укључује у организациону структуру послодавца.

Дељење запослених представља једну од нових форми рада која се јавља као одговор на потребу за флексибилнијим радним ангажовањем запослених са једне стране, и потребу за ангажовањем лица која су дефицитарна на тржишту рада с обзиром на специфичност послова које обављају, са друге стране. Основно обележје ове форме рада је да група послодаваца ангажује једног запосленог. Другим речима, концепт дељење запослених заснива се на уговору о раду који потписују један запослени и два или више послодаваца.⁷⁸⁵ Дакле, постоји један радни однос између заинтересованих страна и запослени ради за све послодавце. Стране могу одредити код ког послодавца запослени треба да ради и колико радних сати на дневној основи, с тим да укупан фонд радних сати код свих послодаваца заједно не прелази пуно радно време. Такав приступ се сматра радом са непуним радним временом са становишта послодавца, јер запослени није ангажован пуно радно време код једног послодавца, премда му сви послодавци могу издавати налоге. Постоје две врсте дељења запослених: стратешко и *ad hoc* дељење.⁷⁸⁶ Стратешко дељење запослених карактерише постојање групе послодаваца који формирају мрежу која ангажује једног или више радника на извршење индивидуалних радних задатка. Организациона структура је слична агенцијском раду, с том разликом што се радници редовно ротирају међу послодавцима који учествују и раде искључиво за те послодавце, а сама мрежа нема за циљ остваривање профита. Стратешка подела запослених је осмишљена из економске и друштвене потребе да се створи одржив однос између послодавца и радника, чак и у ситуацијама када послодавац не може да обезбеди континуирани рад. Код *ad hoc* дељења, дељење запослених се одвија између два послодавца, где послодавац који тренутно нема потребу за радом неког од запослених упућује тог запосленог на рад код другог послодавца. Уговор о раду између иницијалног послодавца и радника не престаје за време за које је радник укључен у радну организацију послодавца пријема. Као и код претходне предметне форме, структура *ad hoc* дељења је слична агенцијском раду, с том разликом што се првобитни послодавац не бави запошљавањем радника, тако да се радник по престанку разлога који су довели до упућивања враћа на посао код тог послодавца. Имајући у виду изложено, стратешко дељење запослених користи се у ситуацији када је потребно попунити дефицитарну позицију у процесу рада код послодавца, док се *ad hoc* дељење запослених употребљава у случају да се одржи запослење приликом привременог смањења потребе за радом.

Када је реч о стратешком дељењу, запослени заправо има једног послодавца, док је на страни послодавца фактички неколико субјеката који на основу заједничког споразума одређују на који начин ће бити међусобно подељена права и обавезе. Корени овог облика радног ангажовања се могу наћи у француском праву, које га је детаљно уредило, прописавши и обавезне елементи садржине уговора о раду који се закључује између запосленог и мреже послодаваца удружених у посебан правни ентитет.⁷⁸⁷ С друге стране, немачко право иако је користило француско решење као инспирацију преузимање ове правне форме није доследно спроведено будући да мрежа послодаваца нема посебну форму, већ се на њих примењују правила агенцијског запошљавања.⁷⁸⁸ У домаћем праву стратешко дељење није посебно уређено, али се може користити уз примену правила која важе за радни однос са непуним радним временом.

⁷⁸⁵ За стратешко распоређивање запослених, поједини правни системи предвиђају оснивање групе послодаваца (Белгија, Француска и Италија) и уређују однос између групе предузећа и радника.

⁷⁸⁶ Д. Божичић, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, *op. cit.*, 246.

⁷⁸⁷ *Ibid.*

⁷⁸⁸ *Ibid.*

За разлику од стратешког дељења, *ad hoc* дељење је слабије заступљено, а у оним земљама које га познају регулаторне разлике постоје, те тако круг права који запослени имају код новог послодавца није исти. У зависности од правног система, запосленима могу бити гарантована права истог квалитета ако обављају исте послове послодавца код којег су упућени на рад, а могуће је решење да се садржина права одређује на основу права који је запослени уживао код ранијег послодавца, што је случај са Немачком. Тако, могуће је да запослени код новог послодавца имају исти статус као и остали запослени, што значи да им правни положај упућивањем на рад може бити измењен, будући да им се обезбеђује исти корпус права које имају остали запослени код тог послодавца, у потпуности занемарујући права које су остваривали код ранијег послодавца.⁷⁸⁹

Домаће право познаје *ad hoc* дељење запослених које је уређено у матичном закону за област рада у делу посвећеном изменама уговора о раду.⁷⁹⁰ Наиме, као један од разлога за измену уговора о раду наводи се упућивање на рад код другог послодавца, што је заправо *ad hoc* дељење запослених. У нашем законодавству предвиђени су случајеви када је могуће упућивање на рад код другог послодавца, трајање упућивања, као и регулисање односа запосленог са примарним послодавцем и послодавцем код којег се упућује на рад. Ипак, интенција ових законских одредби није у томе да омогуће да један запослени ради истовремено код два послодавца. Главни мотив јесте да се овим нормативним решењем спречи да запослени остане без посла услед наступања околности због којих примарни послодавац привремено неће имати потребу за радом тог запосленог. Тако, закључујемо да је *ad hoc* дељење запослених на посредан начин присутно у нашем законодавству, баш као што је то случај и са обликом стратешког дељења.⁷⁹¹

Флексибилност на нивоу предузећа постиже се и сегментацијом или поделом радника. То, заправо, значи да радници у предузећу нису хомогена скупина, већ се деле у три групе, с обзиром на њихову везу са предузећем. Прву групу чине радници који се сматрају „језгром“ радне снаге послодавца, јер поседују специфичне вештине од значаја за обављање послова из његове основне делатности. Реч је о радницима који остварују виша примања и уживају висок степен заштите при запошљавању. Другу групу чине периферни радници, често запослени на одређено или непуно радно време који раде у лошијим радним условима и остварују лабавију везу са предузећем, узимајући у обзир и чињеницу да су њихови послови споредног карактера у односу на основну делатност послодавца. Коначно, трећу групу чине екстерни радници, тзв. аутсајдери који нису запослени у предузећу, него су уступљени преко агенције за привремено запошљавање или раде као samozапослени. Како су најчешће у питању краткорочна радна ангажовања, ова група радника није трајније интегрисана у предузеће, због чега се у случају финансијских криза прво иницира престанак њиховог правног односа са предузећем.⁷⁹²

3.3. Предвидивост услова рада

Директива (ЕУ) 2019/1152 је неопходан инструмент који гарантује адекватан ниво и квалитет информација, посебно у земљама у којима је режим радног права мање ефикасан по том питању, па закључивање писаних уговора о раду или није обавезно или није уобичајено.⁷⁹³ Ваља навести да се кроз Директиву подстиче уједначен ниво информација у свим земљама

⁷⁸⁹ Paolo Barbieri, Stefani Scherer, „Labour Market Flexibilization and Its Consequences in Italy“, *European Sociological Review*, Vol. 25, бр. 6, 2009, 680.

⁷⁹⁰ Закон о раду, чл. 171.

⁷⁹¹ Д. Божичић, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, *op. cit.*, 256.

⁷⁹² Danijel Pribanić, „Fleksibilizacija tržišta rada“, *Pravnik*, Vol. 38, бр. 2, 2004, 113.

⁷⁹³ Direktiva (EU) 2019/1152 Evropskog parlamenta i Veća o transparentnim i predvidivim uslovima rada u Evropskoj uniji, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX%3A32019L1152>, 20.8.2024.

што је релевантан чинилац за несметано кретање радника, а самим тим и за добро функционисање унутрашњег тржишта.

Пре доношења овог правног инструмента тематика предвидивих услова рада била је предмет Директиве о писаној изјави 91/533/ЕЕЗ која је била осмишљена на начин који је интегрисао архетипску парадигму запосленог који ради по основу уговору о раду на неодређено време за једног послодавца све до навршетка радног века и остваривања права на старосну пензију.⁷⁹⁴ Усвојена у периоду пре појаве нових облика рада решења у њој садржана нису могла да одговоре на савремене изазове у регулисању положаја запослених остављајући тако простор за привидно независан, прекаран и непријављен рад.⁷⁹⁵ Осим тога, механизми спровођења поменуте Директиве били су крајње неефикасни не само због изостанка адекватних санкција у случају повреде правила о двомесечном року за пружање основних информација о условима рада, него и због потпуног одсуства одређивања начина компензације запослених у случају повреде права на информисање. Уз то, круг података који мора бити предочен запосленима пре почетка рада није био довољно обухватан за формирање јасне представе о правима на раду и радноправној функцији запослених код послодавца. Посебне проблеме стварао је и штур „информативни пакет“ који није покривао обавезу послодавца да запослене информише о прецизном или барем оквирном радном времену, чиме се озбиљно довело у питање делотворно остварење радних права. Притом, послодавцима се пружала могућност достављања информација коришћењем различитих метода не би ли се обезбедила операционализација Директиве у пракси. У суштини, послодаваци су могли да изаберу један од начина информисања предвиђених њиховим законодавством под условом да све информације укључе у један документ.⁷⁹⁶

Начелно, запослени се о битним елементима уговора о раду или радног односа могу информисати у форми уговора о раду, писма о ангажовању или једног или више писаних докумената. Алтернативно решење је да послодавац састави и потпише изјаву у којој наводи минималне услове рада. Писана изјава послодавца може заменити друге писане документе или бити додаток, чинећи са њима јединство.⁷⁹⁷ Међутим овакав приступ је довео до велике дискрепанције будући да су поједина права давала предност уговору о раду над другим облицима информисања. Следствено томе, уговор о раду морао је имати одговарајућу садржину која се тиче суштинских елемената радног односа и писану форму која, по својој

⁷⁹⁴ Ово је уобичајени мада скраћени назив Директиве, док пун назив гласи Директива Савета 91/533/ЕЕЗ о обавези послодавца да обавести запослене о условима који се примењују на уговор или радни однос. Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *Official Journal – OJ*, L 288, 18.10.1991.

⁷⁹⁵ До тада су једино Велика Британија и Ирска познавале правила о обавези информисања запослених, с тим да је био нејасан однос између декларативне изјаве послодавца и уговора о раду. Дилема је могла бити отклоњена доследном имплементацијом Директиве, чиме би се остварило и веће уједначење у погледу услова рада и начина информисања на европском простору. Упркос томе, у завршном делу гласања у поступку усвајања Директиве изостао је глас Велике Британије, премда су њена правила послужила као узор приликом израде овог секундарног извора права ЕУ. Такво одвијање ствари је, по неким мишљењима, довело до нарушавања основних поставки развојне социјалне политике и политике запошљавања унутар европске заједнице. Ово, пре свега, из разлога што је и у Социјалној повељи уочена потреба да се инсистира на побољшању услова живота и рада радноспособног становништва што укључује и право запослених да буду обавештени о битним елементима радног односа или уговора о раду. Љубинка Ковачевић, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, Vol. 54, 2020, 1344.

⁷⁹⁶ Више вид.: Марио Рељановић, Јована Мисаиловић, „Транспарентни и предвидиви услови рада – тенденције у праву Европске уније и законодавству Републике Србије, *Радно и социјално право*, бр. 1, год. XXVII, 2023, 140 *et seq.*

⁷⁹⁷ Ово је посебно значајно у земљама у којима уговор о раду не мора бити закључен у писаној форми, будући да се захтев одговарајуће форме свакако поставља, тако да и када документ о условима рада саставља послодавац, он мора бити у писаној форми. У писаном меморандуму уз Директиву 91/533/ ЕЕЗ такође је наглашено да је реч о писаном документу декларативног карактера, уз додаток да изјава послодавца, као таква, означава писани доказ о постојању уговора о раду који је довео до заснивања радног односа. Љ. Ковачевић, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *op. cit.*, 1344.

природи није битна (*ad probationem*).⁷⁹⁸ На другој страни су државе у којој су се користила специфична средства информисања, јер се независно од писаног уговора о раду, запослени ближе информишу о условима рада достављањем копије важећег правилника о раду (пример Белгије). Исто тако, информације се могу обезбедити кроз прибављање писма о ангажовању и/или првог платног листића као што је то био случај у Француској, док су се у Лихтенштајну информације могле достављати или у форми писаног уговора о раду или у форми писане изјаве без да се неком од наведених начина информисања даје примат.⁷⁹⁹

Додатно, државе чланице су имале широку дискрециону слободу у погледу рокова информисања. У случајевима када није закључен писани уговор о раду, послодавац је у обавези да раднику достави изјаву којом се декларишу општи и посебни услови рада.⁸⁰⁰ Сходно томе, у околностима када изостаје писани уговор о раду, послодавац је дужан да у писаној форми, најкасније у року од два месеца, достави документ са приказом услова рада, карактером посла, дневним или недељним радним временом, висином основне зараде и евентуалним додацима на зараду, роком исплате зараде и сл.⁸⁰¹ У неким држава је тај рок био другачије постављен имајући у виду да запослени треба да добије тражене информације пре почетка радног односа тј. ступања на рад или најдуже до завршетка првог радног дана. Слично, у државама где постоји обавеза закључења уговора о раду послодавац треба да обавести изабраног кандидата за запослење о основним клаузулама које треба унети у индивидуални уговор о раду пре закључења тог уговора. С тим у вези, обавеза се сматра испуњеном од стране послодавца потписивањем индивидуалног уговора о раду.⁸⁰²

Што се тиче обавезе обавештења запослених о изменама елемената уговора о раду, она постоји независно од тога да ли се измене уговора врше закључење анекса уговора о раду или се пак, реализују на основу једностране одлуке послодавца. Такође, када се мења битан елемент радног односа, у одсуству уговора о раду, запосленима се мора доставити писани документ најкасније месец дана од дана ступања на снагу одлуке о измени услова рада.⁸⁰³ Ова правила се, притом, не примењују ако се измене односе на законе или друге прописе и колективне уговоре цитиране у тим документа односно на које упућују бланкетне одредбе

⁷⁹⁸ Битна форма је форма која представља битан елемент уговора (*ad solemnitatem*).

⁷⁹⁹ С. Branard, *EU Employment Law*, op. cit., 568.

⁸⁰⁰ Када је између послодавца и запосленог закључен уговор о раду на одређено време, у том документу треба да буду наведени период трајања уговора о раду и одредбе којих се странке морају придржавати у случају раскида. Међутим, у случају уговора о раду на одређено време са периодом краћим од месец дана, послодавац није у обавези да достави писани документ запосленом. То значи да се из оквира Директиве искључује, између осталог, и привремено запошљавање у трајању од месец дана или мање, што је довело до дилеме да ли се обавеза информисања протеже само на континуирани рад који премашује месец дана или и на краћи рад са прекидом, али у укупном трајању од најмање месец дана. Mijke Houwerzijl, „Information on Contract Conditions”, у: Monika Schlachter (ed.), *EU labour law – A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015, 150.

⁸⁰¹ Двомесечни рок је настао као резултат компромиса између предлога Европске комисије за једномесечним роком и британског Закона о уговору у раду (*Contracts of Employment Act*) из 1963. године који је предвиђао рок од тринаест недеља за достављање обавештења. У сврху смањивања обима додатних оптерећења за послодавце, уместо, „описа посла и категорије запослења“ наведених у Предлогу директиве, прихваћена је еластичнија формула која омогућава једноставно упућивање на назив радног места, без даљег прецизира радних дужности. Директива о транспарентним и предвидивим условима рада (ЕУ) 2019/1152, чл. 4, ст. 2, тач. 3. Осим тога, у праву Велике Британије се обавеза послодавца да информише запослене активирала искључиво на захтев корисника права што се не може оценити позитивно. Иако је то право познавало разлику између права која уживају нови и постојећи запослени код послодавца корист од дуалног система права на писмене изјаве сматрала се занемарљивом. Повољнији предлози су се могли једино наћи у британској изјави о владиној политици (тзв. Бела књига), попут тог да запослени у предузећима са 20 и више запослених који имају право на писмену изјаву треба да имају и право на додатну напомену о томе како политика обуке и развоја код послодавца утиче на њихов положај. Jon Clark, Mark Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *Industrial Law Journal*, Vol. 21, бр. 2, 1992, 108.

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ О изменама уговора о раду више вид.: Karla Kotulovski, Директива (ЕУ) 2019/1152 о транспарентним и предвидивим радним условима у Европској унији – универзална заштита за све постојеће и будуће облике запошљавања, *Загребачка правна ревија*, Vol. 10, бр. 1, 2021, 72.

уговора о раду. Већина држава чланице ЕУ су ускладили своје законодавство за захтевима постављеним у Директиви. Значајни изузеци од рокова достављања писмена о измена уговорених и других услова рада могли су се наћи у Мађарској (15 дана), Литванији (10 дана), Луксембургу (најкасније на дан када измена ступа на снагу), Малти (8 радних дана) и Румунији (20 радних дана).⁸⁰⁴

Интересантно је уочити да се погледу измена уговорених услова рада поставило питање о компатибилности начина обавештавања који се користе пре и након закључења уговора о раду. Наиме, примена члана Директиве 91/533/ЕЕЗ који се тича обавеза обавештавања у случају измене битних елемената уговора о раду је могао изазвати проблеме оним послодавцима који су још у предуговорној фази одлучили да све информације унесу у уговор о раду како би уштедели административне трошкове. Отуда би, теоријски посматрано, свака каснија измена услова рада захтевала закључивање новог или измену старог уговора о раду. Као резултат тога, запослени би морао да се сагласи о свакој промени услова рада предвиђеној уговором, што је супротно језичком тумачењу раније важеће Директиве 91/533/ЕЕЗ у којој би одлуку о измени могао донети и послодавац самостално, док би његова једина обавеза била да о томе писмено обавести запосленог.⁸⁰⁵ Исто тако је било спорно да ли би у случајевима када послодавац у вршењу своје управљачке функције може једнострано изменити уговорене услове рада, запослени имао било какав правни лек против њега осим отказивања уговора о раду.

Важно је напоменути да писано обавештење не представља уговор о раду нити његову замену, већ доказ о условима рада који си договорени или уговорени. Осим тога, писано обавештење и уговор о раду могу коегзистирати, будући да се накнадној писаној изјави послодавца о условима рада прибегава и онда када је уговор о раду о тим питањима недоречен. На први поглед делује да је разлика између писаног обавештења и уговора о раду само формалне природе, имајући у виду да се у оба документа утврђују услови рада. Међутим, она је у основи суштинска и вишезначајна упркос различитом правном третману писаног обавештења. Наиме, судска пракса је прилично неуједначена по питању карактера писаног обавештења као правног документа.⁸⁰⁶ У неким случајевима, значај писаног обавештења је постао толико велики, да је једнострана писана изјава послодавца о условима рада постала саставни део уговора о раду, особито када је његова садржина прихваћена у разумном року од стране запосленог.⁸⁰⁷ Међутим, има и другачијих ставова који се темеље на чињеници да писано обавештење не рефлектује споразумни уговор о раду због чега га и сам састављач може побијати. Следствено томе, није реч о правно обавезујућем уговору, већ о *prima facie* доказу који може бити оспораван у поступку пред судом.⁸⁰⁸ Имајући то у виду, поред запосленог, који

⁸⁰⁴ J. Clarck, M. Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *op. cit.*, 111.

⁸⁰⁵ Према у вези са другим питањем, за наше истраживање релевантан је и случај који је идентификован у Летонији, где је 2012. године Врховни суд те земље донео одлуку да отказ увек мора бити дат у писаној форми аналогно правилу о изменама уговора о раду које захтевају исту форму сходно чл. 5. Директиве 91/533/ЕЕЗ.

⁸⁰⁶ J. Clarck, M. Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *op. cit.*, 110.

⁸⁰⁷ Право на плаћено одсуство запосленог у случају болести Апелациони суд је инкорпорисао у уговор о раду истичући да је то разумно, с обзиром на садржину писане изјаве послодавца која је достављена запосленом. У новијим случајевима, исти суд је одступио од овог приступа сматрајући недопуштеним да суд једнострано намеће странкама услове рада. Аргумент томе у прилог је што писана изјава послодавца о виђењу њиховог односа може бити погрешна и другачија у односу на стварну намерама субјеката индивидуалног радног односа (пресуда у предмету *Mears v Safecar Security Ltd* (1982) ICR 625). Притом, не треба изгубити из вида да је реч о периоду изградње минималних законских права. Из тог разлога се и јавила недоумица о валидности права запослених која нису нити законом зајамчена нити споразумно утврђена. J. Clarck, M. Hall, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship”, *op. cit.*, 109.

⁸⁰⁸ То уствари значи да писано обавештење о условима рада представља послодавчеву верзију битних елемената уговора о раду, што значајно штити запослене од претпоставке да је оно правно обавезујућа белешка уговорне облигације. Љ. Ковачевић, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права: осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *op. cit.*, 1349.

у пракси најчешће указује на неусклађеност писаног обавештења са уговором о раду, и послодавац може оспоравати нетачност писаног обавештења.⁸⁰⁹ По логици ствари, *onus probandi* пада на послодавца у случају да он оспорава истинитост властите изјаве. Међутим, нејасно је да ли се наведено правило о терету доказивања примењује увек тако да када послодавац издаје више писаних изјава које хронолошки следе једна другу он мора да доказује да је последња писана изјава у низу таквих изјава тачна.

Спорне чињенице се, пре свега, могу доказивати прилагањем записника са интервјуа за посао у којем су понуђени другачији услови рада или писма о ангажовању (*letter of appointment*) која се шаљу изабраном учеснику огласа/конкурса у којем се наводи, између осталог, тачан износ зараде или могућност остваривања додатка на зараду сходно радном учинку. Тако је у случају *Robertson and Jackons v British Gas Corp* Суд заузео становиште да „послодавци треба да воде рачуна да не мењају ниједну одредбу у уговорима и условима запослења без изричитог пристанка стране која је преговарала о условима, било да је то сам запослени или синдикат путем колективног уговора“.⁸¹⁰ Наиме, Робертсон и Џексон, запослени на месту читача бројила покренули су поступак пред судом тражећи заостале зараде. У ствари, реч је о стимулативним бонусима, који су имали велики удео у укупној заради, а који је послодавац престао да исплаћује након што је шест месеци раније о томе обавестио синдикат. Право на стимулативне бонусе било је предвиђено како у колективном уговору о раду који је закључио синдикат са послодавцем, тако и у писаном обавештењу које је Управни одбор за гас послао запосленима седам година након потписивања индивидуалних уговора о раду.⁸¹¹ Без обзира на подугачак временски распон у приспећу обавештења, запослени су се позивали на писана обавештења послодавца о условима рада, истичући неовлашћене одбитке од њихових зарада. Додатни аргумент је био тај да ако је и дошло до измене колективног уговора о раду у којем је право на бонус назначено, то није могло имало утицај на појединачне уговоре.

Још интересантни је спор поводом предмета *Gascol Conversions Ltd v J W Mercer* о дужини трајања радне недеље и прековременом раду који су постали упитни у поступку решавања вишка запослених и остваривања права на отпремнину.⁸¹² Британски Апелациони суд је сматрао да „уобичајено радно време“ за потребе обрачуна отпремнина не укључује прековремени рад осим ако другачије није предвиђено уговором о раду. Супротно, послодавац је прецизирао да нормално радно време износи 40 сати недељно у писаном обавештењу о условима рада које је запослени потписао. То што је запослени наставио да ради прековремено није доказ о измени уговора о раду, већ чињеница да је писано обавештење послодавца потписом запосленог прерасло у формални уговор.⁸¹³ С друге стране, потпис стављен на потврду о пријему писаног обавештења неће имати исти правни учинак будући да се тиме не изражава сагласност запосленог са садржином писаног обавештења послодавца.

Због наведених разлога, али и додатних проблема уочених у имплементацији решења Директиве 91/533/ЕЕЗ у националним оквирима, прибегло се отклањању проблема и то доношењем нове Директиве са нешто другачијим називом.⁸¹⁴ Наиме, реч је о Директиви

⁸⁰⁹ „Писани услови стављају, ипак, тежак терет на послодавца да покаже да су стварни услови уговора различити од оних које је изложио у изјави. Тим тешким теретом се не оптерећује запослени који жели да покаже да су услови уговора другачији од оних из изјаве.“ Catherine Branard, *EU Employment Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, 568.

⁸¹⁰ *Robertson v British Gas Corp* [1983] ICR 351.

⁸¹¹ I.T. Smith, Gareth Thomas, *Smith & Wood's employment law*, Ninth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, 100.

⁸¹² *Gascol Conversions Ltd. v. Mercer*. [1974] I.R.L.R. 155 (C.A.).

⁸¹³ Види закључак суда код Ruth Nielsen, *European Labour Law*, DJØF, Copenhagen, 2000, 166.

⁸¹⁴ Имало је и супротних мишљења у погледу позитивних страна старе Директиве у којој је био остављен простор за примену најбоље пословне праксе која је претпоставља детаљан ‘уговор документ’ који је требао да се доставља запосленом не само у одређеном периоду након отпочињања рада већ и редовно на годишњем нивоу или у дужим интервалима (нпр. од три до пет година). Ипак, „промена статуса писане изјаве у правно обавезујући уговор“ могла је довести до проблема у контексту тенденције послодавца да шире границе управљачких

Европског парламента и Савета 2019/1152 о транспарентним и предвидивим условима рада у ЕУ која не представља искључиво модернизовану верзију раније Директиве, будући да се у њој суштински мења угао гледања на концепцију радника.⁸¹⁵ Циљ директиве је стварање простора за делотворно уживање радних права, те достизање веће транспарентности на тржишту рада, нарочито у делатностима у којима постоји повећана опасност од ускрађивања истих (пољопривреда, грађевинарство, услужни сектор).⁸¹⁶ Осим тога, претпоставка делотворне заштите права је и упознатост запослених са условима рада код послодавца и битним аспектима њиховог међусобног односа. С тим у вези, положај запослених се додатно побољшава јер се смањује информациона асиметрија карактеристична за уговор о раду. Наиме, правична расподела података омогућава да запослени стекну увид у кључне аспекте радног односа, чиме се јасно дефинише њихов радноправни положај. То је посебно значајно у прекограничним кретањима радника када се радник привремено упућује на рад код послодавца чије је седиште ван државе где се рад уобичајено врши.⁸¹⁷ Међутим, корист од примене Директиве имају не само запослени због стандардизације и предвидивости услова рада на нивоу ЕУ, већ и поштени послодавци који постају свесни својих дужности према запосленима, као и инвеститори у погледу правне извесности скопчане са доношењем одлука о улагању.

Захтев за поједностављење начина информисања, макар у мањим предузећима, довео је до потврђивања могућности информисања у заштићеном електронском формату, док се послодавци у различитим државама ЕУ могу користити и техником једнообразног шаблона у изради докумената.⁸¹⁸ Уопштено посматрано, информације о условима рада према треба дати у писаној форми будући да таква форма доприноси већој транспарентности и правној сигурности, док се у случају спора олакшава процесна позиција странака, јер се лакше доказује оно што је уговорено. Тиме се не искључује могућност употребе електронске форме која може служити као допуна или додатак писаној форми чинећи са њом заокружену целину. Но, када се обавештење шаље у електронском формату послодавац је дужан да чува доказ о одашиљању и/или пријему документа који бележи рачунарски софтвер. Затим, у систему заштите права запослених методом системског надзора над применом Директиве инспектори рада могу користити различите санкције, укључујући и налагање послодавцу да у одређеном року од доношења решења достави запосленима писану изјаву о условима рада.⁸¹⁹

Запослени мора бити обавештен о сваком елементу уговора о раду који се, због своје важности мора сматрати његовим битним елементом, због чега се изводи закључак да се у

овлашћења једнострано утврђују и мењају услове рада. R. Nielsen, *European Labour Law*, DJØF, Copenhagen, 2000, 166.

⁸¹⁵ У појединим правним системима, послодавац нема обавезу достављања обавештења о условима рада поморцима и радницима на броду будући да се они неретко сматрају samozапосленима. Акциони план који је Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања израдило на захтев Европске комисије ради потпуног усаглашавања правних прописа Републике Србије са достигнућим европским стандардима у области социјалне политике и запошљавања Влада Републике Србије усвојила је 2020. године. Нажалост, у том документу су бројни прописи ЕУ погрешно наведени, те је тако и сам назив Директиве Европског парламента и Савета 2019/1152 мањкаво преведен и гласи Директива 2019/1152 о транспорту и предвидивим радним условима.

⁸¹⁶ Студије случаја рађене у Немачкој, Италији и Мађарској потврдиле су, на основу доказа националних инспекција рада да су послодавци који запошљавају мањи број радника немарнији у погледу информисања својих запослених о условима рада у предузећу. Такав игнорански став према законским обавезама може се приписати и чињеници да у мањим предузећима недостаје одговарајући степен професионализације у управљању људским ресурсима. C. Branard, *EU Employment Law*, op. cit., 568.

⁸¹⁷ Производни процеси се често одвијају посредством ланца подуговарања где се, по правилу, мањи део посла „делегира“ специјализованим предузећима у оквиру националних граница или прекогранично, с тим да у потоњем случају радници упућени на рад не траже сталан приступ тржишту рада државе пријема, већ се привремено интегришу у локално тржиште ради обављања повереног посла.

⁸¹⁸ М. Рељановић, Ј. Мисаиловић, „Транспарентни и предвидиви услови рада – тенденције у праву Европске уније и законодавству Републике Србије, op.cit., 142.

⁸¹⁹ I.T. Smith, Gareth Thomas, *Smith & Wood's employment law*, Ninth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007, 100.

Директиви наводи минимална садржина обавештења. Такође, све неопходне информације се групишу у две категорије. Прва категорија сачињена је од суштинских информација које се достављају запосленом одмах по ступању на рад а најкасније у року од седам дана. С друге стране, достављање секундарних информација је дуже и износи месец дана од дана почетка рада. Информације морају бити доступне раднику без додатних трошкова, написане једноставним језиком тј. лаке за разумевање. Запослени се *mutatis mutandis* информишу и у случају измене битних елемената уговора о раду, и то што је пре могуће или најкасније наредног дана од дана ступања на снагу измене, што је битно другачије решење у односу на стару Директиву.⁸²⁰

Поред тога, у обавештењу се наводе стране уговорнице, тренутак када запослени ступа на рад и да ли је очуван радни однос у случају промене послодавца. Када је радник додељен од стране агенција за привремено запошљавање, наводи се и пословно име компаније корисника. Осим идентитета страна уговорница, потребно је да у накнадном обавештењу о условима рада буде укључено и то да ли запослени има стално место рада и где се оно налази, као и да ли о избору главног места рада у случају рада на више локација одлучује послодавац. На сношење трошкова превоза не утиче чињеница да је запослени властан да изабере зону вршења рада која му највише одговара. Осим тога, у случају упућивања на рад у иностранство у исправи се назначава валута у којој се зарада исплаћује, као и услови рада које ће запослени имати по повратку у земљу. Функција, природа и категорија посла су додатне тачке о којима се запослени информише заједно са спецификацијом послова којим се ближе одређују његове редовне активности.⁸²¹

У случају коришћења образаца рада који су непредвидиви у потпуности или у већој мери, запослени се обавезно информише о минималном трајању обавештења које се даје пре почетка рада на конкретном радном задатку и рока до ког послодавац може отказати радни налог. Тај рок мора бити разумне дужине, тако да покрива период од тренутка када је запослени обавештен о новом радном задатку до тренутка када треба да отпочне са његовом реализацијом. Прекорачење дужине рока отказивања радног налога доводи до рађања права на накнаду штете, под условом да је запослени претрпео губитке отказивањем раније договореног задатка.⁸²² Имајући у виду да већа флексибилност повлачи и већу несигурност, запослени морају бити обавештени о променљивим категоријама у њиховом радном односу, попут распореда рада који се повремено мења, радног времена које није фиксно, просечне, оптималне и гарантоване радне сате које је послодавац дужан да обезбеди, као и референтне сате у којима запосленим има право избора да ли ће се одазвати позиву послодавца за рад. Стога, запослени има право да одбије радни задатак без штетних последица само ако послодавац издаје налог за рад у оквиру назначених референтних радних сати.⁸²³

Штавише, у истом документу се, по правилу, указује на све елементе радног односа о којима је постигнута сагласност, али је исто тако пожељно да се констатује и да ли је у погледу одређених појединости сагласност изостала. С тим у вези, потребно је ограничити овлашћење послодавца да се у изјави позива на друге акте, документе и уговоре који су доступни запосленима. Тако је у турском праву могуће да послодавац упуту на примену закона или колективног уговора само у делу који се тиче отказног рока односно правилника о раду у погледу права запослених на коришћење одсуства са рада.⁸²⁴ Исто право предвиђа да писана

⁸²⁰ P. Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih”, *op. cit.*, 267.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² Bartłomiej Bednarowicz, „Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union”, *Industrial Law Journal*, бр. 4, 2019, 621.

⁸²³ Директива о транспарентним и предвидивим условима рада (ЕУ) 2019/1152, чл. 4.

⁸²⁴ B. Bednarowicz, „Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union”, *op. cit.*, 621.

изјава послодавца треба да садржи макар базична правила дисциплинског поступка, пре свега гаранције права на приговор којим се ограничава дисциплинска власт послодавца.⁸²⁵

3.4. Измена уговора о раду и новација

Ваља направити паралелу између измене уговора и новације као облигационоправне установе која доводи до гашења обавезе стварањем нове. У домаћем праву новација је вишедедицијски коришћена као један од начина којим се може окончати уговорни однос. Француски Грађански законик не дефинише појам новације, али прецизира начин на који се новација одвија. То се дешава када дужник уговори нови дуг према повериоцу којим се замењује стари, или када се стари поверилац и дужник, замењају новим субјектима постојећег односа.⁸²⁶ Дакле, француско право, за разлику од швајцарског права, признаје постојање новације када се мења поверилац или дужник. У сваком случају, за наше истраживање од значаја је одговорити на питање у чему је разлика између новације и измене уговора о раду, посебно ако се има у виду да се новацијом, може мењати постојећа облигација у неким њеним елементима. Премда се новација везује за обавезу као такву, ништа не спречава да се новација односи на уговор, што је чак довело до мешања та два појма, па се тако у француској јуриспруденцији новација уговора о раду користи као синоним за његову измену. С обзиром на то да облигациони однос може укључивати више обавеза, не би било погрешно тврдити да новација обавезе не доводи увек до новације уговора, али да може бити речи о измени уговора, те се и у том смислу као пример наводи да уношење клаузуле забране конкуренције не доводи до новације уговора, већ да преставља његову измену.⁸²⁷ Насупрот томе, када стране уговорнице уговором о раду додају запосленом нове одговорности, које нису компатибилне са карактеристикама уговора о раду и субординацијом као његовим битним обележјем, таква радња ће се пре сматрати новацијом него изменом. Тако, француски Касациони суд је заузео став да је посреди радња новације када је запослени унапређен у заменика генералног директора, уз задржавање техничких функција и одговорности.⁸²⁸ Наиме, карактеристика новације у поређењу са изменом уговора лежи у томе што је и она стваралачки чин, јер нова обавеза замењује стару. С друге стране, приликом измене уговора, стране мењају предмет и услове обавезе, задржавајући њен континуитет, што значи да се обавезе из уговора не прекидају (вршење рада и исплата зараде), него настављају да производе правне ефекте. Затим, измена обавезе или субјекта (нпр. место и време где се рад обавља, висина зараде и начин њеног утврђивања, промена послодавца итд.) не даје нови правни основ, док новација мења правни основ нове обавезе. Свакако заједничка тачка је неспојивост старе и нове обавезе, у смислу да ако је измењена обавеза неспојива са старом говоримо о новацији. Наиме, тамо где се природа старе обавезе не мења што значи да њена суштина остаје иста, измене садржаја обавезе по свему судећи немају карактер новације.⁸²⁹

За разлику од већине страних правних система, у домаћем праву новација има уже поље примене, а у контексту измена уговора о раду није била предмет анализе. Притом, новација изазива дилеме у смислу да ли доводи до измене или престанка уговорног односа, због чега се чини да нема места за њену примену у случају када се елементи радног односа мењају. Такође, домаћи судови се до сада нису позивали на новацију, јер новација изискује постојање новог правног основа, а код измене уговора о раду не долази до његове промене, нити се гасе одређена права. Тако, када се мења висина зараде анексом, уговор о раду као основ за

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit, 244.

⁸²⁷ *Ibid.*

⁸²⁸ Cass. Soc. 18 novembre 1992 Bull. civ. V. n 547.

⁸²⁹ Марко Перовић, „Новација као начин престанка облигација“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. LXV, бр. 3, 2017, 169.

заснивање радног односа не престаје да фигурира, а не долази ни до гашења права на зараду. Осим тога, не треба сметнути са ума да случај промене субјеката уговора о раду не може бити предмет новације у домаћем праву, за разлику од француског права које познаје новацију са променом страна уговорница.

3.5. Измена уговора о раду и одрицање од права

За исправно разумевање института измена уговора о раду потребно је извршити прецизирање појмова, те направити јасну разлику између измене уговора и сродних института. Како истиче швајцарски Савезни суд, потреба за заштитом запосленог је посебно неопходна у периодима економске рецесије, јер страх од губитка посла чини запосленог рањивијим.⁸³⁰ Отуда, непостојање посебних одредби које се тичу измена уговора о раду на штету запослених представља законску празнину коју је швајцарски судија дужан да попуни. С обзиром на то да се измена елемената уговора о раду губе одређена права које запослени има, потребно је направити паралелу између института измена уговора о раду и концепта одрицања од права. Одрицање се најчешће описује као испољавање воље којом лице дефинитивно напушта законско право или предност, а да га не преноси на другог. Основни елемент овог концепта је гашење права правним актом који се испољава у више облика. На основу наведеног се изводи закључак да се два критеријума могу користити као основ за њихово разликовање. Прво, одрицање је једностранни акт, док је измена елемената уговора билатерални акт. Друго, одрицање се односи на стечена права, док се измена тиче будућих права.⁸³¹

У сваком случају, потребно је извршити дубљу анализу и испитивање критеријума како би се утврдило да ли постоји довољна аналогија између ових института, те да ли се на њих може применити исти режим у одсуству посебни правила измена уговора о раду. У низу питања, морамо поћи од тога да ли одрицање треба сматрати једностранним или билатералним актом. У француском праву, према класичној теорији на коју је почетком 20. века утицало немачко право, одрицање је било правни акт у којем се воља могла изразити само једнострано и неопозиво.⁸³² Притом, тај акт се од других правних аката разликовао по својој абдикативној сврси, у мери да су поменута сврха и једностранни карактер одрицања уско повезани. Класична теорија је одрицање схватала у ужем смислу, као једностранни чин, који се односио само на стечена стварна права, тако да „опрост дуга, који је билатерални акт, остаје ван домена одрицања“.⁸³³ Дакле, ако одрицање у области обавеза није могуће онда се одрицање не може извршити билатералним споразумом. С друге стране, модерна теорија заснована на садржају воље критикује тако уско поље примене института одрицања, дефинишући тај појам као „нестанак прерогатива вољом његовог носиоца“ који мора имати „абдикативан садржај“ и стварну намеру без обзира на то да ли је правни акт у којем је та намера изражена једностран или билатералан односно споразумно одређен.⁸³⁴ Према швајцарској судској пракси, одрицање је у свом класичном смислу једностранни чин, док је отпуст дуга уговорног карактера.⁸³⁵ Када је реч о другом критеријуму, у француском праву је релевантно то да ли је дуг заштићен јавним поретком то јест да ли предмет одрицања утиче на јавни ред или не. У доктрини и судској пракси је подједнако прихваћено да је одрицање од будућих права могуће под условом да странке поштују јавни ред.⁸³⁶ Исто тако, у швајцарском праву је дозвољено одрицање од

⁸³⁰ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit., 244.

⁸³¹ M. Weiss, M. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, op. cit., 104.

⁸³² Reiner Ascheid, „Das Arbeitsrecht im BGB“, у: Harald Schliemann (Hrsg.) *De Gruyter Kommentar*, 2. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002, 730.

⁸³³ *Ibid.*

⁸³⁴ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit., 145.

⁸³⁵ Супротно гледиште заступају поједини аутори, где се поверилац може одрећи дуга, јер је суштина одрицања у његовом правном дејству које проистиче из гашења права или губитка предности. *Ibid.*

⁸³⁶ H. Collins, *Employment law*, op. cit., 15.

будућих права, при чему је одрицање условни чин, будући да одрицање ступа на снагу у тренутку када право настане или у тренутку када је стечено. Дакле, ако овај услов није испуњен, одрицање остаје без дејства.

У радном праву, правна анализа одрицања постаје сложенија, јер недостаје равноправност уговорних стране. Порекло норме одређује режим одрицања запосленог, те се тако у швајцарском праву истиче да ако запослени остварује своја права из уговора о раду, он је слободан да их се одрекне.⁸³⁷ Супротно, заобилажење обавезних норми није могуће, јер би се тиме урушила заштита запослених као слабије стране уговорнице. Другим речима, могућност одрицања од права је неспојиво са идејом протекционистичког радног права. Дакле, стање субординације у којем се налази запослени оправдава заштиту и негира могућност одрицања од гарантованих права. Отуда се оправдано истиче да заштита мора постојати све док постоји субординирани однос.⁸³⁸ У швајцарском Грађанском законнику је прописано да се запослени не може одрећи својих потраживања која произлазе из обавезне законске одредбе или колективног уговора за време трајања уговора или месец дана по истеку уговора, с тим да је судска пракса потврдила да се еквивалентним потраживању сматра и гарантовано (минимално) право, па чак и када произлази из нормативне клаузуле колективног уговора о раду, што значи да либерални режим важи само за уговорне одредбе.⁸³⁹ Тиме се дерогира опште правило и конституише посебан радноправни режим за одрицање од права која произлазе из уговора о раду, што се директно односи на измене елемената уговора о раду на штету запосленог (нпр. смањење зараде). Поједини аутори указују да се одрицање од права која произлазе из принудних законских норми или колективног уговора о раду изменом индивидуалног уговора о раду може довести у питање из угла наведеног члана Грађанског законика.⁸⁴⁰ Ако се осврнемо на раније француско право, када је радно право било у почетној фази изградње уочићемо бројне сличности са важећим швајцарским правом, а нарочито проблематику повлачења јасних контура између института измена уговора о раду и концепта одрицања од права. У том погледу, ако је апсолутно императивно право предмет одрицања, таква одрицање је ништаво, при чему се иста правила примењују иако је право релативно императивно или примера ради произлази из колективног уговора, чак и након стицања права.⁸⁴¹ У ранијој француској доктрини, одрицање постоји ако се запослени одриче постојећег права, с тим да ако се ради о праву које тек треба да настане, правни акт о одрицању се квалификује као измена уговора.⁸⁴² Поређења ради, у швајцарској теорији, одрицање од будућих уговорних потраживања се такође сматра изменом уговора о раду, док се одрицање од постојећих потраживања анализира кроз институт опроста дуга. Имајући то у виду настоји се да се укаже да ако је измена уговора о раду неповољна за запосленог, на пример, када стране одлуче да повећају дужину трајања радног времена или смање зараду запосленом, оба законска акта изазивају сличне последице, што оправдава њихову аналогну примену. С друге стране, чини се да швајцарски судија, ипак, не би могао да се ослони на члан 341 став 1 Грађанског законика како би прогласио непуноважном измену елемената уговора о раду којом се дерогирају законске одредбе.

У домаћем праву, одрицање од права анализирано је у вези са отпремнином као новчаном накнадом коју послодавац исплаћује запосленом у случају отказа из економског разлога, како би се ублажиле штетне последице губитка посла. Премда није законски дефинисана, отпремнина се сматра својеврсном наградом коју остварује запослени због лојалности одређеном послодавцу и исплаћује се у два случаја: 1) када је запосленом престао радни однос услед технолошких, економских и организационих промена и 2) када је запослени

⁸³⁷ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit., 145.

⁸³⁸ H. Collins, *Employment law*, op. cit., 15.

⁸³⁹ Швајцарски грађански законик, чл. 341 ст. 1..

⁸⁴⁰ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit., 145.

⁸⁴¹ M. Jamoulle, *Le contrat de travail*, Tome I, op. cit., 123.

⁸⁴² *Ibid.*

остварио права на старосну пензију. У погледу могућности одрицања права на отпремнину, постоје различита мишљења, због чега је Уставни суд заузео коначан став да се отпремнина сматра неotuђивим правом, које не може бити предмет уговора о одрицању.⁸⁴³ Изузетак постоји ако послодавац у оквиру програма за решавање вишка запослених донесе мере за запошљавање и погођеног запосленог упутити на рад код другог послодавца, када му није дужан исплатити отпремнину.⁸⁴⁴ Интересантно је поменути да је Врховни суд Србије у објашњењу права на отпремнину изједначио изјаву о одрицању од отпремнине и отпуштање дуга.⁸⁴⁵ Наиме, запослени је потписао службену белешку у којој је наведен мањи износ отпремнине у поређењу са износом отпремнине у социјалном програму предузећа које се реструктурира. С друге стране, Апелациони суд у Новом Саду је истакао је да одрицање од отпремнине противно јавним прописима и да се не може сматрати отпустом дуга.⁸⁴⁶

4. Промењене околности као ваљани основ за измену уговора о раду

4.1. Појам и порекло института промењених околности

Правило *pacta sunt servanda* је имало доминацију и било широко прихваћено у периоду после II светског рата. Спада у ред правних института који воде порекло из римског права, као скраћена верзија латинске сентенце *pacta convent quae neque contra leges neque dolo mal initasunt oemnimodo observanda sunt*. Реч је о обичајном правилу које је добило формалну потврду са доношењем Пакта Друштва народа, где се у првим редовима наводи нужност „савесног поштовања свих обавеза из уговора“.⁸⁴⁷ Повеља Уједињених нација на сличан начин кодификује овај институт који означава стриктну приврженост страна уговорним клаузулама без могућности њихове накнадне измене.⁸⁴⁸ У строгом смислу, реч је о правилу апсолутне забране измене уговорних престација. У ствари, то значи не уважавање околности које могу настати током трајања уговора и које могу пореметити утврђена давања и основне уговорне дужности. Другим речима, ово начело представља јединствену концепцију у којој се алокација ризика наступања промењених околности дисперзује подједнако на обе стране уговорнице.⁸⁴⁹ Начело поуздања у уговор и потреба за правном извесношћу налажу безусловну верност уговору, како би се очувала уговорна дисциплина, што значи неуважавање промењених околности које су десиле након његовог закључења.⁸⁵⁰ Уговорне стране улазе у уговорни однос да би постигле одређени циљ, а тај циљ се постиже извршењем уговора.⁸⁵¹ Када испуњење обавеза постане нецелисходно, било би неправично одржати на снази непромењен уговор. Промењене околности се морају узети у обзир код уговора са трајним извршењем

⁸⁴³ У одлуци бр. Уж-4272/2010 од 31. октобра 2012. године Уставни суд наводи да је „...утврдио да је Окружни суд у Крушевцу заузео став да се подносилац уставне жалбе самим потписивањем вансудског поравнања са туженим послодавцем одрекао права на исплату отпремнине, чиме је извршио отпуст дуга и да је стога његов тужбени захтев за поништај поравнања и исплату отпремнине неоснован. Уставни суд је оценио да је заузети став супротан одредби члана 60. став 4. Устава. Ово стога што 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...“

⁸⁴⁴ Пресуда Врховног касационог суда бр. Рев 2 1188/2015 од 13. априла 2016. год и Рев 2 1547/2014 од 22. априла 2015. год.

⁸⁴⁵ Решење Врховног суда Србије бр. Рев II 82/08 од 24. априла 2008. године.

⁸⁴⁶ Апелациони суд у Новом Саду у пресуди број Гж1 2640/2012 од 24. септембра 2012. године.

⁸⁴⁷ Зоран Радојевић, Кодификација начела *pacta sunt servanda* и Бечка конвенција о уговорном праву, 349. Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/24z23.pdf>, 17.1.2024.

⁸⁴⁸ Повеља Уједињених нација, чл. 2 ст. 2.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ Марија Караникић Мирић, „Отежано испуњење уговорне обавезе“, *Право и привреда*, бр. 4, 2020, 26.

⁸⁵¹ Илија Зиндовић, „Промењене околности (клаузула *rebus sic stantibus*) и нове тенденције у регулисању овог правила“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9, 2012, 119.

престације, јер се уговорне стране руководе постојећем стању ствари приликом закључења уговора.⁸⁵²

С дуге стране, у римском праву промењене околности су имале другачију правну природу и уважавале су се једино ако је немогућност испуњења уговора била апсолутна. Ово из разлога што су промењене околности које битније нарушавају уговорну равнотежу биле спорадичне због чега и није било посебне реакције која би се огледала у изградњи правних правила. Уз то, стагнација развоја института промењених околности се објашњава обавезујућом снагом уговора који налаже да се уговор изврши онако како гласи.⁸⁵³ Ипак, обавезујућа снага уговора није добијала тај карактер због принципа аутономије воље, будући да се обавезујућа снага црпи из концепта добрих обичаја и религијских веровања, која налажу да се не може одступити од уговора мењањем његове садржине. Принцип *pacta sunt servanda* се најбоље описује у реченици да свака страна уговорница мора савесно извршавати своје обавезе из уговора како би се уговор одржао на снази непромењен.⁸⁵⁴ Иако римска наука није дала већи допринос у развоју института, његова разрада, ипак, није мањкала и дугује се ученим појединцима који су указивали на потребу да се промењене околности ставе у средиште уговора који се суочавају са ризиком нарушавања уговорне равнотеже. У том смислу, човек је везан датом речју док су околности исте када је реч дата, а ако се околности промене он постаје слободан да донесе нову одлуку. Почетна хипотеза је да ако се битно промене околности на којима је сагласност воља заснована, потребно је предузети одређене кораке како би се заштита еквивалентност давања и правичност. То значи да је питање правичности у уговорним односима и захтев да циљеви страна, које желе да постигну закључењем уговора, буду у складу са моралним нормама, добило на значају управо са тежњом да се нагласи потреба да се избегну неправичне последица и одржи уговорна равнотежа.⁸⁵⁵ Уз то, институт промењених околности налази обресе и у хришћанским догмама које забрањују богаћење једне стране на рачун друге стране коришћењем неповољних и непредвиђених околности.⁸⁵⁶

Изрека *pacta sunt servanda* садржана је у члану 1134 француског Грађанског законика и формулисана је на начин да се уговор има сматрати законом за стране које су га закључиле. Стране уговорнице су се правно обавезале према својој вољи усмереној у правцу стварања одређених правних ефеката у правном промету, због чега су стране уговорнице везане тиме, односно не могу се ослободити тих ефеката, нити изменити уговорне обавезе једностраним актом.⁸⁵⁷ Обавезујућа снага уговора даје стабилност уговорном односу тако што обавезује уговорне стране да поштују своје обавезе. У принципу само стране које уживају уговорну слободу могу закључити, раскинути и изменити садржај уговора. Дакле, захваљујући уговорној слободи која укључује право на споразумну измену уговора, уговорне стране могу током периода трајања уговора прилагодити његову садржину својим потребама и другачијим околностима. Ово је од изразитог значаја за радно право, јер се уговор о раду, по правилу, закључује на неодређено време, што увећава могућност наступања околности које стране нису имале у виду приликом закључења уговора. Дакле, очигледно је да се потреба прилагођавања уговора о раду новим условима може показати неопходном, како за послодавца, тако и за запосленог.⁸⁵⁸ Без обзира на то, и уговор о раду на одређено време се исто тако може изменити, премда се то у пракси не дешава често будући да кратко његово трајање искључује измену његове садржине, јер се уговор о раду закључује на одређени период, или ради довршетка

⁸⁵² *Ibid.*

⁸⁵³ Слободан К. Перовић, *Облигационо право. Књига прва*, 7. издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990, 157.

⁸⁵⁴ Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, „The effect of change in circumstances on the performance of contract“, *Jurisprudence*, Vol. 118, бр. 4, 2009, 197-200.

⁸⁵⁵ Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010, 60.

⁸⁵⁶ Атила Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2015, 199.

⁸⁵⁷ Миодраг Орлић, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993, 142.

⁸⁵⁸ Paul Davies, Mark Freedland, *Labour law: Text and Materials*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979, 298.

одређеног посла. Из тога следи да трајање уговора о раду није од значаја, будући да не игра никакву улогу у слободи страна уговорница да дефинишу садржај уговора, али је трајање уговора један од елемената које стране имају слободу да мењају уз заједнички договор.

4.2. Партикуларност института промењених околности

Институт промењених околности омогућава раскидање или измену уговора у ситуацији када испуњење уговорне обавезе није немогуће, али би изискивало несразмерне трошкове или би било нецелисходно, те представља један од најмаркантнијих изузетака од начела *pacta sunt servanda*.⁸⁵⁹ Коментатори европске правне школе у 16. веку нису прихватили да сваки уговор садржи прећутну клаузулу *rebus sic stantibus* (у преводу значи „док ствари тако стоје“), због бојазни да ће и незнатна промена околности довести до основа који рађа право на измену уговора.⁸⁶⁰ У складу са тим, клаузула *rebus sic stantibus* је задобила другачију функцију. Неопходно је да су стране уговорнице имале у виду промењене околности када су закључиле уговор да би се у случају реализације тог услова уговора активирало право на измену или раскид уговора. У светлу тога, потребно је да постоје намере страна изражене у том погледу, у супротном нема места за примену института промењених околности. Дакле, клаузула *rebus sic stantibus* мора бити уговорена или произлазити из намере страна уговорница. Наиме, „она се више није сматрала обавезним састојком сваког уговора, већ само оног у вези са којим се тумачењем заједничке намере уговорних страна могло закључити да су правно дејство уговора условили непромењивошћу околности које су стране узеле у обзир приликом његовог закључења.“⁸⁶¹ Партикуларизам у примени клаузуле *rebus sic stantibus* био је подржан и у немачкој доктрини. Вебер (Weber) је, даље, ограничио примену клаузуле на битни утицај промењених околности на уговор, тако да намере страна уговорница нису довољне, али представљају неопходни предуслов који треба бити испуњен.⁸⁶² У том смислу, постављају се услови на основу којих се утврђује намера странака да клаузула буде примењена на њихов однос. Ниједна страна уговорница не може ослободити обавеза из уговора или мењати његову садржину осим посредством споразума који је на толерантан и поштен начин постигнут са осталим странама уговорницама. Штавише, партикуларност је највише присутна у тези да се клаузула *rebus sic stantibus* не примењује на све уговоре, него само на одређене, међу којим се није нашао уговор о раду. Упркос томе, ова клаузула је схваћена као база на којој почива целокупна конструкција уговорног права.⁸⁶³ Како је уговор о раду по својој природи уговор, само са особеним садржајем, клаузула *rebus sic stantibus* има своју примену.

⁸⁵⁹ Драгољуб Вукићевић, Начело слободе уређивања облигационих односа, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 23, 1983, 59.

⁸⁶⁰ Ивана Радомировић, „Раскид или измена уговора због промењених околности – актуелна питања“, у Миодраг Орлић (ур.) *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Удружење правника Србије, Београд, 2023, 143; Tomislav Karlović, „*Clausula rebus sic se habentibus* – nastanak koncepta“, у: Ivan Tot, Zvonimir Slakoper (ur.), *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022, 282.

⁸⁶¹ Атила Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *op. cit.*, 197.

⁸⁶² *Ibid.*, 206.

⁸⁶³ Отуда, ни прве законске кодификације нису уредиле овај институт, тако да је допринос судске праксе у том домену неизмеран.

4.3. Институт промењених околности и уговор о раду

4.3.1. Правна природа измена уговора о раду - *rebus sic stantibus* vs. *pacta sunt servanda*

До измене елемената уговора о раду може доћи само ако су наступиле промењене околности које оправдавају измену уговора, а које су временски нове. Природа и карактер обавеза странака одређују се следствено околностима које постоје у моменту закључења уговора а које могу али не морају остати непромењене. У случају када наступе догађаји којим се нарушавају очекивања странака у погледу редовног дејства уговора, тако да се циљ уговора више не може постићи, рађа се потреба за његовом изменом. У том погледу се постојање промењених околности перципира као претходни услов за измену елемената уговора о раду. Међутим, та претпоставка није довољна за измену иницијалног уговора, већ се тражи да материјални услов буде праћен одређеним променама у пословању послодавца, а које могу бити економске, организационе, технолошке или структуралне природе. Следствено томе, промене се морају тицати већ уговорених услова рада тако да њихово наступање отежава испуњење уговора за једну страну уговорницу због чега она стиче легитимни интерес да такав уговор споразумно ревидира. Такође, промењене околности морају по својој суштини бити ванредне и непредвидиве тако да се околности чије је наступање послодавац мога имати у виду према уобичајеном току ствари не могу сматрати ваљаним основом за измену уговора о раду. Наравно, понуду за измену уговора о раду може упутити и запослени како би био премештен на боље плаћени посао или на други посао без обзира на финансијске промене и погодности, јер би, примера ради, на том послу могао да лакше усклади своје професионалне и породичне обавезе. У оба случаја, прећутна клаузула *rebus sic stantibus* уграђена у уговор о раду и прилагођена његовим карактеристикама коригује начело *pacta sunt servanda*, које претпоставља савесно испуњење обавеза преузетих уговором у свему и на начин како су формулисане. Према томе, класичан облигациони институт промењених околности у уговору о раду задобија другачију природу. Специфичности су, прецизније, двоструке, *id est* подједнако усмерене у интересу оба субјекта уговора о раду. Дакле, радноправни институт измена уговора о раду уважава потребе послодавца који може изменити уговор о раду без судске интервенције, осим у случају спора уз ограничење самовољне и дискреционе оцене наступања околности и разлога који оправдавају измену уговора.

Наиме, начело *pacta sunt servanda* не може бити дословно у радном праву из разлога што уговор о раду карактерише трајност и сукцесивност обавеза. Исто тако треба имати у виду да пословање привредних субјеката трпи одређене промене у ситуацијама када се због економских тешкоћа не могу у целости испунити обавезе не само према запосленима, него и према другим заинтересованим субјектима.⁸⁶⁴ Бројни чиниоци утичу на радноправни сегмент пословања послодавца, а посебно се издвајају фактори организационе, економске или технолошке природе који могу довести до примена мера различите природе, попут укидања послова, смањења броја извршилаца на одређеним пословима, спајања или припајања послова или увођења нових послова, са циљем остваривања доброг пословног резултата. То значи да негативни пословни исходи и исказани губици у билансу успеха онемогућавају послодавца, у свему испуни обавезе онако како гласе и како је првобитно договорено, што значи да би дословна примена принципа *pacta sunt servanda* за послодавца била „тешко бреме“ и значила би само једно – осуду послодавца да континуирано крши уговор о раду, што није у ни у чијем интересу.⁸⁶⁵ Следствено томе, мора се уважити чињеница да послодавац није у објективној

⁸⁶⁴ P. Davies, M. Freedland, *Labour law: Text and Materials*, op. cit., 315.

⁸⁶⁵ „Како овакво решење није у интересу ни запослених, ни послодавца, једини излаз из ситуације која је резултат промењених околности је да се омогући послодавцу да легитимно захтева измене одређених елемената уговора о раду, уз могућност да запосленима који не прихвате измене откаже уговоре о раду, као и да једнострано откаже

могућности да испуњава своје обавезе из уговора о раду, на пример, због тржишних флукутација и слабог финансијског промета не може да задржи дотадашњи начин исплате или структурирања зарада, те запосленима предлаже измене уговора о раду. То, даље, значи да када економске неприлике условљавају послодавца да искаже пословни губитак у својим финансијским извештајима и евиденцији, институт измена елемената уговора о раду му омогућава да кроз смањење фонда зарада или радног времена, обезбеди стабилност исплате зараде.⁸⁶⁶ Износ или начин утврђивања зарада се мења да би се смањили трошкови рада, будући да су зараде највећи трошак, и тиме последично обезбедио опстанак послодавца на тржишту.

У тим ситуацијама, више него правно оправдана делује примена клаузуле *rebus sic stantibus* која омогућава примену уговора у изворном облику, докле год ствари остају непромењене, а ако се ствари промене страна погођена променама може иницирати измену обавеза из уговора. У том смислу, примена поменуте клаузуле доводи до стварања оптималног баланса између уговорне дисциплине и потреба пословања, будући да, послодавац „док ствари буду тако стајале,“ као у време закључења уговора о раду, дужан дословно поступати према начелу *pacta sunt servanda*, поступајући у свему према закљученом уговору, а измену или раскид уговора може тражити искључиво када се те околности у одређеној мери и на одређени начин измене.⁸⁶⁷ У супротном, када би се послодавцу дала могућност да измене уговора о раду са опцијом отказа захтева у свим ситуацијама када то процени неопходним, створио би се терен за значајне злоупотребе и изузетна несигурност у области радних односа. Уосталом, институт *rebus sic stantibus* је и развијен као теоријски концепт који одређује границе везаности уговором, односно усклађује апсолутно оправдано инсистирање на поштовању начела *pacta sunt servanda* са начелима правичности, савесности и поштења и еквиваленције узајамних престајања.⁸⁶⁸

Управо у овим комплексним околностима и циљевима може се сагледати правна природа измена уговора о раду. Начело *pacta sunt servanda*, које налаже бескомпромисно поштовање уговора, потчињено је интересу пословања, јер послодавац који због промењених околности дефинисаним радноправним изворима, не може да извршава уговор о раду има право под унапред одређеним условима и у законом приписаном поступку понуди измену уговора о раду. Надаље, запосленом који одбије понуђену измену, послодавац може да законито откаже уговор о раду, независно од чињенице што се запослени противи (активно или пасивно) било каквој измени уговора о раду, а није намеран ни да исти откаже.⁸⁶⁹ Измена уговора о раду са правом послодавца на једнострану раскид уговора о раду заснована је на примени правила облигационог права која допуштају измену уговора због промењених околности, али уз неопходна прилагођавања ових правила особеној природи уговора о раду и обезбеђивање заштите запосленог, као слабије (економски зависне и правно подређене) стране уговора.

уговор о раду, онда када промењене околности чине немогућим како његово извршење, тако и било какве измене.“ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 22.

⁸⁶⁶ Joško Perlain, „Neka pitanja u vezi rasporeda radnika u radnom odnosu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, vol. 26, 1978, 149.

⁸⁶⁷ Марија Караникић Мирић, *Облигационо право*, Службени гласник, Београд, 2024, 406; А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 22.

⁸⁶⁸ М. Караникић Мирић, *Облигационо право*, *op. cit.*, 407.

⁸⁶⁹ А. Дудаш, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *op. cit.*, 197.

4.3.2. Институт промењених околности у домаћем позитивном праву

Према општим правилима облигационог права страна погођена променама има на располагању две могућности - да захтева од суда да раскине уговор ако су: 1) наступиле околности које отежавају или ометају остваривање сврхе уговора; 2) оне наступиле после закључења уговора и 3) околности таквог интензитета да је очигледно да се уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази таквог какав је, с тим што уговор неће бити раскинут уколико друга страна понуди или пристане да се услови уговора правично измене. Дакле, постоје три групе услова који морају бити испуњени да би се уговор могао раскинути или изменити због промењених околности. Наиме, први услов се тиче наступања ванредних догађаја који су отежали испуњење обавеза једне стране, а то могу бити природни догађај, управне мере и економске појаве.⁸⁷⁰ Други услов се тиче отежаног испуњења обавезе који једну страну доводи у неповољан положај у односу на другу страну уговорницу, у смислу да би испуњење обавезе на начин како је првобитно предвиђено у уговору представљало флангантну повреду начела једнаке вредности узајамних давања, те довело до неравнотеже у уговорним престацијама што је противно принципу правичности у уговорним односима.⁸⁷¹

Као што је већ наведено уговорне стране сагласном изјавом воља закључују уговор, споразумно му одређују садржину и битне елементе, те у случају наступања одређених непредвидивих околности на исти начин прибегавају његовој измени.⁸⁷² Када је реч о домаћем праву, треба поменути да српски законодавац наводи елементе који могу бити предмет понуде за измену уговора о раду, али да даље не прецизира које су то квалитативне и квантитативне промене које треба да наступе у односу на те елементе како би послодавац могао да, уз поштовање свих процесних правила и под претњом отказа, захтева измену уговора о раду.⁸⁷³ Изузетак од овог правила представља једино привремено упућивање на рад код другог послодавца као посебан разлог за измену уговора о раду, за који је експлицитно прописано које околности треба да наступе како би послодавац могао да запосленом понуди измену уговора о раду. Које су то, дакле, околности које у одсуству јасне регулативе Закона о раду, представљају легитимне разлоге за понуду измене уговора о раду? Једина индикација коју даје Закон о раду је да промењене околности могу бити основа за измену уговора о раду само ако се односе на елементе уговора о раду који су наведени у члану 171, став 1, тачке 1-5 Закона. Реч је о, заправо, о изменама три битна елемента уговора – посла, зараде и места рада. Поређења ради, Закон о раду Црне Горе наводи дужу листу разлога који се тичу битних елемената уговора који се могу споразумно мењати.⁸⁷⁴ Осим распоређивања на други посао или у друго место рада на одговарајући посао и измене уговора које се односе на зараду и дужину трајања радног времена (прелазак са непуног на пуно радно време и обратно), црногорски законодавац наводи и друге разлоге, као што је преображај уговора о раду са одређеног на неодређено време,⁸⁷⁵ утврђивање забране конкуренције, продужење уговора запосленом који користи право на привремену спреченост за рад по основу одржавања

⁸⁷⁰ Јован Вујичић, *Утицај промењених околности на дејство уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Универзитет у Крагујевцу Правни факултет, Крагујевац, 2018, 200.

⁸⁷¹ М. Караникић Мирић, *Облигационо право*, *op. cit.*, 407.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ Закон о раду, чл. 171. А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 22.

⁸⁷⁴ Закон о раду Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, 74/2019 и 8/2021, чл. 47

⁸⁷⁵ Дакле, и пре истека рока од 36 месеци, као максималног рока трајања уговора о раду на одређено време, који се исто тако може продужити анексом уговора ако је уговор првобитно закључен на краћи период (12 или 24 месеца). Стога, након истека периода од 36 месеци или пре истека рока, то јест током трајања уговора о раду, може на основу сагласности воља између запосленог и послодавца доћи до трансформације уговора о раду са одређеног на неодређено време. До тога може доћи и ако су испуњени други законски услови, ако су уговор о раду на одређено време или споразум о уступању запосленог закључени супротно одредбама закона, или ако запослени настави да ради код послодавца након истека рока на који је закључио уговор о раду.

трудноће, те породичко, родитељско, усвојитељско и хранитељско одсуство, продужење уговора о раду на одређено време до максималних 36 месеци или продужење уговора о раду после навршених 67 година ако запослени није навршио 15 година стажа осигурања до испуњења услова.⁸⁷⁶

Ако се вратимо на домаће право и настојимо да дамо одговор на питање које смо поставили у недостатку јасне регулативе која би нам дала одговор, можемо поћи од Закона о облигационим односима у којем су садржана мерила према којем се вреднују промене које могу активирати клаузулу *rebus sic stantibus*.⁸⁷⁷ Додатну помоћ можемо потражити у судским одлукама које, такође, могу послужити као оријентир. Имајући и виду садржај поменуте клаузуле и њену примену у радном праву, то могу бити само околности које отежавају извршење обавезе послодавца, ређе запосленог (у случају повреде, тешког здравственог стања) или у чијем се присуству више не може остварити сврха уговора о раду. У сваком случају, послодавац не би могао да се позове на измењене околности које је мора, да узме у обзир приликом закључења уговора о раду. У светлу ове анализе намеће се закључак да је, заправо, најексплицитнији пример промењених околности, када послодавац нема само правну моћ, већ и обавезу да запосленом нуди измену уговора о раду, а то је укидање послова на којима је запослени радио.⁸⁷⁸ Послодавац не само да нема интерес да одржи на снази уговор о раду закључен за обављање послова који више не постоје, већ пасивним држањем заправо врши повреду своје законске обавеза да запосленом обезбеди обављање послова утврђених уговором о раду.

За разлику од одредаба Закона о облигационим односима, која за примеран циљ има заштиту стабилности и равнотеже уговорних обавеза, према коме страна погођена промењеним околностима: 1) нема право да оптира између измене уговора и раскида, већ има право да захтева само раскид уговора; 2) нема право да једнострано раскине уговор, већ мора да се обрати суду, који уговор раскида својом одлуком ако оцени да су за то испуњени законски услови и 3) неће успети са захтевом за раскид уговора уколико друга страна понуди или прихвати правичну измену уговора, о чему такође одлучује суд, регулатива Закона о раду је у овој материји превасходно фокусирана на заштиту интереса послодавца, што делује изненађујуће, јер је радно право изграђено управо са супротним циљем, да олакша позицију слабије стране уговорнице.⁸⁷⁹ Послодавац има право да се непосредно обрати запосленом са захтевом за измену уговора о раду, а ако запослени одбије измену, послодавац може једнострано отказати уговор о раду својим решењем које доставља запосленом, док запослени уколико сматра отказ незаконитим, има право да поднесе тужбу суду ради поништаја решења о отказу. Притом, запосленом је радни однос већ престао у моменту подношења тужбе, тако да он представља само странку са одређеном правном моћи, а не запосленог чији радни однос зависи од одлуке суда о послодавчевом захтеву за раскид.⁸⁸⁰

Дакле, есенцијалне специфичности радноправне верзије института измене уговора о раду због промењених околности у односу на класичан облигациони институт *rebus sic stantibus* се састоје у следећем. Прва специфичност је конституисана у интересу запослених, будући да су разлози за измену рестриктивно постављени. Наиме, промењене околности могу бити основ за измену, односно раскид уговора о раду, само уколико испуњавају услове из члана 133, став 1 Закона о облигационим односима и само уколико се односе на елементе

⁸⁷⁶ Ово из разлога што је у конкретном случају запослени испунио само један услов за остваривање права на старосну пензију (у погледу година живота). На овај начин омогућава се запосленом да остане у радном односу и након навршених 67 година живота, како би испунио услов у погледу стажа осигурања за остваривање права на старосну пензију. Весна Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, Центар за радно и пословно право, Подгорица, 2020, 151.

⁸⁷⁷ Закон о облигационим односима, *Службени 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, чл. 133.

⁸⁷⁸ Joško Perlain, „Neka pitanja u vezi rasporeda radnika u radnom odnosu”, *op. cit.*, 149.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, *op. cit.*, 403.

таксативно прописане чланом 171, став 1, тачке 1-5 Закона о раду.⁸⁸¹ Друга специфичност је конституисана у интересу послодавца, а у одређеним ситуацијама и запосленог, будући да је поступак измене, односно раскида уговора о раду, неупоредиво бржи и ефикаснији у поређењу са поступком који је у примени када је реч о класичном облигационом односу. Заправо, послодавац сам цени наступање промењених околности и утицај на релевантне елементе уговора о раду који су наведени у Закону о раду, након чега је властан да захтева измену уговора о раду на начин који сматра целисходним, а ако запослени одбије, има право да му откаже уговор о раду. Послодавац, додуше, ризикује да у судском спору ради поништаја решења о отказу због одбијања анекса буде поништен, са свим негативним импликацијама у случају да суд оцени да нису наступиле околности које оправдавају захтев послодавца. С друге стране, за оперативност пословања такав ризик је много прихватљивији од ситуације у којој би се послодавац нашао када би своје обавезе према запосленима чији уговори више не оправдавају своју сврху морао да испуњава до правноснажне одлуке суда о његовом захтеву за измену или раскид уговор о раду.⁸⁸² Овим је постигнута права мера која омогућава примену института *rebus sic stantibus* на начин који у исто време штити запослене од незаконитог отказа, омогућава послодавцу ефикасно управљање радним процесима и средствима, као и оперативно спровођење одлука у циљу оптималног пословања.

4.3.3. Институт промењених околности у Преднацрту грађанског законика Републике Србије

Упркос разликама између радноправних и облигационоправних правила о изменама уговора због промењених околности, ради правилног и потпуног разумевања тематике измене уговора о раду потребно је предочити и алтернативне предлоге који су дати у Другој књизи Преднацрта грађанског законика Републике Србије.⁸⁸³ Први у низу алтернативних предлога нам посебно привлачи пажњу из разлога што је конструисан на начин којим се уважавају непосредније примене клаузуле *rebus sic stantibus* у уговору о раду. Из тога следи да је потребно направити кратку скицу специфичне радноправне регулативе у примени овог института, који служи делотворном остваривања предузетничких слобода. Како би се обезбедила оперативност пословања послодавцима се даје могућност да одступе од првобитне садржине уговора.⁸⁸⁴ Предуслов за активацију тог права је наступање ванредног догађаја и других околности које чине извршење уговора знатно отежаним.

У тексту Преднацрта грађанског законика се уочава прецизирање појма ванредни догађај (природни догађај, управне мере и економске појаве), уз навођење да се уговор може мењати само у погледу оних одредаба на које је тај догађај утицао.⁸⁸⁵ То значи да се уговор не мења у целости, него парцијално у зависности од тога који су елементи погођени ванредним догађајем. Дакле, тежња је да се уколико је могуће уговор одржи непромењеним, а ако то, ипак, није могуће прибећи ће се његовој измени. Осим стабилности уговорне садржине, у предлогу се акценат ставља и на стабилност самог уговора. То значи да у случају наступања ванредног догађаја измена уговора о раду ужива предност у односу на раскид. У случају да обавеза постане за једну страну уговорницу претерано отежана за испуњење јер је наступила

⁸⁸¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 22.

⁸⁸² N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 279.

⁸⁸³ Последња верзија Преднацрта грађанског законика Републике Србије објављена је у мају 2019. године, а Влада Републике Србије је убрзо након тога донела одлуку о престанку рада Комисије за израду Грађанског законика. Преднацрт грађанског законика Републике Србије, https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, 6.9.2024.

⁸⁸⁴ Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 824.

⁸⁸⁵ Преднацрт грађанског Законика, Друга књига: облигациони односи, чл. 266.

непредвиђена и ванредна околност раскиду уговора о раду се прибегава тек након покушаја модификације уговорних клаузула. Уколико понуђена страна прихвати понуду, уговор о раду се пуноважно извршава у измењеној садржини. Дакле, Преднацртом грађанског законика Републике Србије је предвиђено да ће уговор остати на снази ако друга страна предложи да се одговарајући услови уговора правично измене. У том смислу, подједнако је важно навести и то да се даје приоритет измени уговора у односу на раскид, тако што се прописује да се услед ванредних догађаја раскид може тражити тек ако се преговори о изменама уговора покушају и покажу неуспешним.⁸⁸⁶

Актуелна тенденција иде у правцу давање веће слободе суконтрахентима да одлуче о судбини уговора, док се суд активира на захтев стране која сматра да је због промењених околности претрпела штету. Иако речено изричито није наведено у предлогу из Преднацрта грађанског законика, начин на који су формулисана нова правила наводи на закључак да се уговор не мења и не раскида судском одлуком. Мора се признати да је реч о оригиналном решењу које одступа од прихваћених правила у другим земљама, које махом фаворизују судски раскид уговора. Без обзира на јачање овлашћења саговорача у том домену, страна која је претрпела штету може затражити заштиту у поступку пред судом који ће на основу њеног захтева утврдити основаност измене или раскида уговора због промењених околности.

Заиста, понуђена решења остављају утисак да се приликом изградње другачијих правила пошло од потребе за непосреднијом и адекватнијом применом института промењених околности у радном праву. Уочава се да тиме заправо отклањају одређени недостаци и непрецизности клаузуле *rebus sic stantibus* видљиви и у сфери уговорних радних односа. Штавише, судећи по броју спорова који имају за предмет испитивање законитост понуде за измену уговора о раду чини се да овај правни институт има већу примену у радном праву него у класичном уговорном праву. Предложена регулатива могла би значајно унапредити употребљивост овог института, тако што би се ближим одређивањем ванредних догађаја и ригиднијим постављањем услова са примену овог института, уговорне стране ставиле у позицију да се уздржавају од олаког позивања на промењене околности, а истовремено би се његова употреба учинила оперативнијом, тиме што би стране саме имале мандат да измене или раскину уговор, јасно, уз ризик накнадног поништаја таквих аката као незаконитих, уместо да, чекајући правноснажну судску одлуку о судбини уговора и по неколико година, буду принуђене да га одржавају на снази, трпећи последице обавезе извршавања и ризик кршења уговора чије је извршавање постало немогуће, тешко или штетно.⁸⁸⁷

Као што је наведено, стране уговорнице имају могућност да раскину уговор, након неуспешних преговора о измени уговора због промењених околности. Исто тако се указује да ако се не коси са принципом савесног поступања у уговорним односима, стране се могу унапред одрећи од позивања на промењене околности, док се поништај измене уговора због непознавања права не спомиње.⁸⁸⁸ Отуда је у циљу отклањања потенцијалних правних проблема потребно указати на решења из одабраних правних система. Претпоставимо да је запослени потписао анекс уговора о раду на његову штету са тренутним дејством, због незнања или неразумевања својих права или правних ефеката акта. Може ли запослени тражити поништај измене елемената уговора о раду позивањем на постојање значајне грешке у члану 24 швајцарског Грађанског законика. Судска пракса нагиње у правцу решења да се грешка неће сматрати битном уколико утиче на правно дејство уговора, те је тако одбијен захтев за поништење уговора о раду из разлога што запослена није знала да има право на плаћено породилско одсуство. Такође, само у изузетним околностима и под строгим условима запослени може одустати од уговора о раду у року од годину дана, а пре свега, уколико постоји очигледна несразмера између услуге које је обећала једна страна и противуслуге коју је понудила друга, искоришћавањем хитности, неискуства или непажње слабије стране. У светлу

⁸⁸⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 27-28.

⁸⁸⁷ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 28.

⁸⁸⁸ Преднацрт грађанског Законика, Друга књига: облигациони односи, чл. 270.

тога, преовладава став да измена уговора праћена раскидом не спада у поменути групу разлога, јер би то довело до тога да запослени има право да поништи сваки акт који је за њега неповољан. Штавише, у том контексту се у швајцарском праву спомиње смањење отказног рока као један од случајева измене уговора. Наиме, према том праву отказни рокови се разликују у зависности од дужине стажа осигурања, те тако „радни однос може престати уз отказни рок од месец дана у првој години стажа осигурања, са отказним роком од два месеца у другој и деветој години стажа осигурања, а надаље се отказним роком од три месеца“, с тим да се „ови рокови се могу скратити за мање од месец дана писменим споразумом, стандардним уговором о раду или колективним уговором о раду“.⁸⁸⁹

4.3.4. Ковид-19 - ванредна или промењена околност?

Постоје бројне дефиниције појма ванредног стања, као и бројне ситуације које се могу подвести под ту категорију. Оно што је заједничко свим тим дефиницијама јесте постојање озбиљне претње по опстанак државе, која нарушава или може нарушити здравље и живот грађана у одређеној средини, као и нормално функционисање њених институција.⁸⁹⁰ То су различите ситуације и околности (економске депресије, рат, пандемија, непогоде, природне катастрофе итд.) које се не могу унапред предвидети, па самим тим ни таксативно набројати. Једна од несумњивих последица пандемије заразне болести *ковид-19* која је већ испољена на тржишту јесте и смањен обим пословања привредних субјеката и значајан пад промета великог броја делатности, а што потом налаже разматрање даљег поступања, потребе за изменама уговорених услова рада и коначно регулисање начина извршења обавеза из уговора. Ако није могуће извршење обавезе или је повређен уговорни интерес, има места примени правила о раскиду или измени уговора због промењених околности (*rebus sic stantibus*).⁸⁹¹

Из одредби Закона о облигационим односима Републике Србије произилази да се раскид може тражити само судским путем, што прилично отежава ситуацију у којој је потребно хитно решавање новонасталог проблема, те се поставља питање да ли овај институт уопште може у овој ситуацији остварити своју сврху или је боље решење да уговорне стране саме регулишу новонасталу ситуацију споразумно уз међусобно разумевање, а уз узимање у обзир правила овог института.⁸⁹² Даље, законодавац захтева да околности које су од значаја за раскид или измену уговора због промењених околности морају бити такве да их уговорна страна која се на њих позива није могла избећи или савладати, да су настале пре доспелости обавезе, као и да су таквих размера да се услед њих губи сврха самог уговора. Такође, суд цени које околности имају значај ванредног догађаја због ког се може тражити измена или раскид уговора. Без икакве сумње, последица промењених околности не мора нужно бити раскид уговора, већ у овој ситуацији можемо говорити и о његовој измени.⁸⁹³ Дакле, уговор се неће раскинути ако страна која није погођена промењеним околностима, прихвати правичну измену уговорних услова. Велике и нагле промене настале низом мера предузетих поводом пандемије

⁸⁸⁹ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 201.

⁸⁹⁰ Anita Blagojević, Martina Antunović, „Izvanredno stanje u kontekstu COVID-a 19: hrvatski ustavnopravni okvir i praksa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, год. 60, бр. 1, 2023, 126; Bandar Sharar, „Comparing the laws of England, Wales and Italy Relating to the Unilateral Modification for the Terms of Operational Contract during the COVID-19 Pandemic“, *Liverp Law Review*, Vol. 42, бр. 3, 2021, 466.

⁸⁹¹ Božena Ramljak, Klauzula *rebus sic stantibus* u vremenu nepredvidivosti: analiza hrvatskog prava u poredbi s rješenjem iz njemačkog prava, у: Ivan Tot, Zvonimir Slakoper (ur.), *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022, 290.

⁸⁹² Такође, чл. 135. Закон о облигационим односима прописује да се при одлучивању о „раскидању“ уговора, односно о његовој „измени“, суд руководи начелима поштеног промета, водећи рачуна нарочито о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора односне врсте, о општем интересу као и о интересима обеју страна.

⁸⁹³ Марија Караникић Мирић, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 3, 2020, 297.

заразне болести *ковид-19* оправдан су основ примене правила о раскиду или измени уговора због промењених околности, уколико је испуњење уговорне обавезе отежано или би опстанак уговора могао бити фаталан за економско стање уговорне стране.⁸⁹⁴

Такође, пандемија заразне болести *ковид-19*, као и ограничавајуће мере надлежних органа су добиле карактеристике више силе због којих се уговорне обавезе не могу извршити, што доводи до основаности позивања на немогућност испуњења обавезе услед више силе. Свакако, узимајући у обзир да се оба института примењују изузетно, те да се не може са сигурношћу предвидети ни какав ће крајњи ефекат ова ситуација произвести, нити какав ће каснији став судова бити поводом овог питања, препоручљиво је да уговорне стране покушају да сагласно реше новонасталу ситуацију. По овом питању није могуће цитирати недвосмислен став судске праксе, али је сасвим извесно да би, поучени искуством поводом актуелне ситуације, привредни субјекти убудуће нужно морали да у својим уговорима изричито дефинишу права и обавезе у случају више силе, ванредних ситуација и тим поводом могућности (привремене) измене својих уговорних односа.⁸⁹⁵

Како би се додатно олакшавао положај послодаваца у правима појединих држава пандемија се имала сматрати вишом силом. Тако, белгијско законодавство предвиђа могућност увођења „повременог“ рада на даљину у случају више силе или принуде.⁸⁹⁶ С друге стране, за ситуације које се односе на „структурални“ рад на даљину закључен је Национални колективни уговор о раду бр. 85 у којем је предвиђена обавеза закључења анекса у писаној форми. У тој ситуацији, рад на даљину постаје део редовних услова рада. Међутим, прелазак са „повременог“ на „структурални“ рад на даљину до сада није разјашњен нити прецизиран, тако да су бројна питања отворена. Законски захтев да оба („повремени“ и „структурални“) рад на даљину увек треба да буду добровољан, привремено је поништен владиним мерама уведеним током пандемије *ковид-19*. Даље, ситуација више силе описана је детаљно у образложеном Меморандуму Закона о функционалном и флексибилном раду као ситуација у којој запослени, услед непредвиђених околности и без обзира на своју вољу, није у могућности да изврши своје дужности на уобичајеном радном месту.⁸⁹⁷

С друге стране, виша сила у контексту привремене незапослености, сматра се као изненадни и непредвидиви догађај, мимо воље послодавца и запослених, који привремено чини потпуно немогуће извршити уговор о раду.⁸⁹⁸ Развијен је механизам којим, у случају привремене незапослености када је потребно уговор о раду суспендовати права и обавезе из уговора о раду из економских разлога или из разлога више силе, послодавцу је дозвољено обустављање радних активности и исплате зарада, док дотични запослени има право на накнаду за случај незапослености коју сноси систем социјалног осигурања.⁸⁹⁹ Притом, остаје нејасно која је разлика између привремене незапослености из економских разлога и привремена незапосленост услед више силе, нарочито ако се узме обзир широко тумачење

⁸⁹⁴ Мирјана Максимовић, „Ковид капитализам и тржиште рада“, *Српска политичка мисао*, бр. 2, 2022, 56.

⁸⁹⁵ Илија Џамић, „Рад на даљину - правни режим пре и током пандемије КОВИД-19“, *Право и привреда*, год. 59, бр. 3, 2021, 433.

⁸⁹⁶ Појам више силе није дефинисан у праву Велике Британије и Италије. Члан 1256 италијанског Грађанског законика предвиђа да су стране ослобођене обавеза када су трајно спречене да их испуне због изузетних околности које се не могу приписати лицу које настоји да избегне своју уговорну обавезу. Страна уговорница која истиче захтев мора учинити све разумне покушаје да изврши своје обавезе без обзира на потешкоће. Међутим, послодавци се могу ослободити одговорности за неизвршење уговора у случају више силе која је наступила применом владиних мера за сузбијање пандемије. Anita Blagojević, Martina Antunović, „Izvanredno stanje u kontekstu COVID-a 19: hrvatski ustavnopravni okvir i praksa“, *op. cit.*, 126.

⁸⁹⁷ Јована Мисаиловић, „Промене на тржишту рада услед пандемије вируса Covid 19“, *Радно и социјално право*, год. XXIV, бр. 2, 2020, 224.

⁸⁹⁸ Michele Van Eck, Marius Van Staden, „The contract of employment in the time of the coronavirus“, 8. Доступно на: <https://www.nadel.co.za/wp-content/uploads/2021/08/The-contract-of-employment-in-the-time-of-the-coronavirus.pdf>, 31.5.2024.

⁸⁹⁹ Frank Hendrickx, Simon Taes, Mathias Wouters, „Covid-19 and labour law in Belgium“, *European Labour Law Journal*, бр. 11, 2020, 285.

више силе у контексту *ковид-19* пандемије. Поређења ради, судска пракса не прихвата аутоматски вишу силу, те би послодавац ипак морао да докаже да га је виша сила заиста спречила да испуни његове обавезе да обезбеди рад.⁹⁰⁰

Да ли је пандемија изузетна околност која оправдава измене уговора о раду без сагласности запослених да би се обезбедио опстанак предузећа? Начелни одговор на ово питање је негативан. Елементи уговора о раду који су највише погођени услед наступања пандемије су зарада, радно време и место рада. Зарада и радно време су основни услови сваког уговор о раду, као и место рада. Општи принцип уговорног права је да се услови уговора не могу мењати без сагласности обе стране, што значи да једностране измене уговора о раду од стране послодавца суштински представљају повреду уговора. У практичном смислу, ово је требало да укључује комуникацију са запосленима у вези са финансијским утицајем пандемије на пословање, излажући образложење за предложене измене и консултујући се са запосленима пре предложених измена. Запослени је, притом, могао прецизирати да је његов пристао на измену привремен са намером да послодавац настоји да што пре успостави услове који су постојали пре избијања пандемије *ковид-19*. У таквом околностима послодавци и запослени су требали да размотре да у анекс уговора укључе датум преиспитивања уведених промена, са циљем њиховог даљег одржања на снази или укидања. Сматра се да је запослени пристао на измене, не само када је неспорно изразио своју сагласност, него и ако је наставио да ради под измењеним условима, без изричитог прихватања или приговора на промене. Пасивно држање запосленог се тешко може накнадно оспорити као неприхватање предложених измена. Међутим, запослени који прихвати измене уз протест, задржава могућност оспоравања прихвата.⁹⁰¹

⁹⁰⁰ И. Џамић, „Рад на даљину - правни режим пре и током пандемије КОВИД-19“, *op. cit.*, 430.

⁹⁰¹ Menezes Lillian, Claire Kelliher, “Flexible working and performance: a systematic review of the evidence for the business case”, *International Journal of Management Reviews*, бр. 4, 2011, 459.

ПОСТУПАК ИЗМЕНЕ УГОВОРА О РАДУ

1. Упућивање понуде за измену уговора о раду

Измена уговора о раду се врши сагласним изјавама воља које су дата у понуди и прихвату понуде. Дакле, до измене уговора о раду може доћи само ако једна страна уговорница упути понуду одређене садржине. Како је радни однос уговорни однос, до промене његове садржине долази искључиво на основу анекса уговора о раду.⁹⁰² Реч анекс води порекло од латинске речи *anexis* која се преводи као прилог или додатак. Она се у праву превасходно користи за означавање додатка основном уговору којим се он допуњује или мења. Дакле, анекс има за циљ да постојеће правно питање у уговору уреди на другачији начин или да вољом уговорница прошири важећи уговор додавањем нових тачака. Премда се анекс користи као синоним за измену уговора о раду, поједину аутори му придају и шире значење.⁹⁰³ У том погледу, анекс представља додатни део уговора о раду који прецизира његове одредбе али их не мења, због чега је исправније у случају промене садржине уговора о раду користити термин измене уговора о раду. С друге стране, примећује се да је анекс колоквијални израз који је широко заступљен, те да се у српском правном систему користи паралелно са синтагмом измене уговорених услова рада. Униформан је доктринарни став да се треба држати израза који је одговарајући и најприкладнији с тим да општеприхваћена појмовна терминологија има своје предности будући да отклања терминолошку збрку и неразумевање у језичкој комуникацији.⁹⁰⁴

Анекс уговора о раду је појединачни правни акт који се разликује од уговора о раду из разлога што његова правна природа није двострука, јер се анексом искључиво уређују права, обавезе и одговорности из радног односа (кроз измене уговорених услова рада), док се уговором о раду заснива радни однос. У одговарајућим одредбама Закона о раду Републике Србије прописано је да се уговором о раду уређују, уговарају, односно утврђују права, обавезе и одговорности из радног односа.⁹⁰⁵ Наведена општа одређења предмета уговора о раду конкретизована су у даљим редовима Закона о раду одговарајућим садржајем уговора о раду, премда је предвиђена могућност да се уговором о раду могу уговорити и друга права и обавезе. Садржајем уговора о раду обухваћени су и елементи идентификације запосленог и послодавца, такође и елементи идентификације самог радног односа – начин заснивања радног односа (на неодређено или одређено време, рок важења уговора, дан почетка рада итд.). За ове елементе могло би се рећи да на одређени начин представљају формалноправни оквир права и обавеза запосленог. Предмет уговора о раду не исцрпљује се у његовом садржају из члана 33. Закона о раду будући да законодавац у низу одредаба предвиђа могућност утврђивања додатних права, и то избором између општег акта и уговора о раду, попут одредаба којима се уређују други случајеви плаћеног одсуства, осим законом утврђених, плаћено одсуство у трајању дужем од законског; трајање годишњег одмора; утврђивање повреда радних обавеза; утврђивање забране конкуренције; утврђивање постојања штете, њене висине, околности под

⁹⁰² С тим у вези, ваља нагласити да понуда не може бити предмет судске заштите, јер је она једностран акт послодавца, настао као резултат властитог одлучивања који обавезује само њега, док се правна дејства понуде везују за њен прихват када се и судски механизам заштите може активирати. Решење Апелационог суда у Београду Гж1 82/15 од 21. јануара 2015. године.

⁹⁰³ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 45.

⁹⁰⁴ Слободанка Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2015, 362.

⁹⁰⁵ Закон о раду, чл. 1.

којима је настала, ко је штету проузроковао и како се накнађује; утврђивање случајева у којима се запослени упућује на рад код другог послодавца и др.

Поступак закључивања анекса уговора је систематизован у глави чији је наслов Измена уговора о раду, у одељку са поднасловом Измена уговорених услова рада.⁹⁰⁶ Закон не предвиђа могућност да се анексом уговора врши допуна уговора о раду оним елементима који не представљају садржај закљученог уговора о раду. Одредбом члана 171. Закона о раду није предвиђена могућност измене анексом уговора о раду ни свих уговорених услова рада који су чланом 33. Закона о раду утврђени као обавезан садржај уговора о раду. Изостају уговорени елементи, као што је радно време (пуно, непуно или скраћено) и трајање дневног и недељног радног времена. С тим у вези, примећује се да законодавац није ближе уредио питање начина (поступка) измене елемената уговора о раду изван нормираних случајева. Имајући у виду непостојање правних последица одбијања понуде послодавца од стране запосленог да закључи анекс уговора о раду ван прописаних случајева, отворило је дискусију да ли се на тај начин искључује обавезна примене члана 172. Закона о раду (понуда за закључење анекса уговора одређеног садржаја). Дакле, ако је неспорно да одбијање запосленог да закључи анекс уговора у случајевима који нису законски утврђени нема за правну последицу могућност отказа уговора о раду од стране послодавца, поставља се питање инструмената заштите интереса послодавца у случају одбијања запосленог да закључи анекс уговора управо у тим случајевима који нису наведени. С обзиром на поменуто, законодавац не раздваја општи акт и уговор о раду као правне акте у уређивању одређених права, обавеза и одговорности, те оно што не може бити уговорено између запосленог и послодавца, из разлога несагласности воља и одбијања запосленог да закључи анекс уговора, могући је предмет уређивања општег акта.

Додатно, потребно је размотрити однос између решења и анекса уговора, будући да су појединачни правни акти, с тим да се у правом случају одлучује о правима, обавезама и одговорностима из радног односа, док се у потоњем случају утврђују права, обавезе и одговорности запосленог и послодавца. У том смислу, решењем не би требало да се одлучује о правима, обавезама и одговорностима које су споразумно утврђени уговором о раду или анексом уговора о раду.⁹⁰⁷ У прилог томе говоре разлози формалне природе, будући да није сврсисходно да исто питање буде предмет два правна акта, а уз то лежи и суштински разлог који се огледа у хијерархији правних аката, где се јачем правном акту даје предност.⁹⁰⁸

Недоумицу у вези са могућношћу, односно обавезом одлучивања о истом праву, обавези и одговорности у (са) оба правна акта, уговором о раду и решењем, могао би изазвати исказ законодавца из члана 183 Закона о раду према коме се запосленом у писаном облику доставља решење о остваривању права, обавеза и одговорности, са образложењем и поуком о правном леку, осим у случају из члана 172. Закона о раду. Притом, потоњи члан не спомиње решење, већ уређује поступак закључивања анекса уговора, те утврђује садржину понуде послодавца за закључивање анекса уговора, која обухвата и разлоге за понуду. Истицање тог изузетка могло би навести на погрешан закључак да се решењем одлучује и о правима, обавезама и одговорностима које се уређују уговором о раду, осим у случајевима закључивања анекса уговора. Чини се да је законодавац имао у виду понуду за закључивање анекса као акт

⁹⁰⁶ Закон о раду, *Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017, 113/2017 и 95/2018, чл. 179.

⁹⁰⁷ Примера ради, основ одговорности може бити садржан у уговору о раду (повреда радне обавезе), али ће се о одговорности запосленог због повреде радне обавезе одлучити решењем (отказ уговора о раду или констатацијом да не постоји оправдан разлог за отказ уговора).

⁹⁰⁸ Имајући у виду хијерархијски однос поменутих аката ваља поменути да се решењем одлучује о: 1) правима, обавезама и одговорностима за које је изричито утврђено законом да се о њима одлучује решењем, чиме је искључено уређивање (утврђивање) о истим правима, обавезама и одговорностима уговором о раду или анексом уговора и 2) правима, обавезама и одговорностима утврђеним општим правним актом (закон, општи акт), које се не уређују уговором о раду и анексом уговора, и то због тога што уговор о раду не може бити правни акт којим би се о њима решавало (утврђивало) или због тога што запослени и послодавац не користе законску могућност да конкретно право или обавезу уређују уговором о раду.

послодавца, која се у члану 193. Закона о раду изузима из режима обавезе да она, као акт послодавца, садржи образложење, јер је та обавеза већ утврђена у члану 172. Закона о раду.

Разграничење између уговора о раду и решења у погледу предмета њиховог утврђивања, односно одлучивања могло би се извршити и по критеријуму постојања и одсуства континуираног трајања (сталност и повременост) права, обавеза или одговорности, при чему квалитет сталности опредељује уговор о раду, а квалитет повремености решење. Могло би се говорити о статичкој димензији у случају уговора о раду, и динамичкој димензији, у случају решења, ако се изузму случајеви измене уговорених услова рада закључивањем анекса уговора. Тако, решењем се одлучује о правима чије је остваривање условљено наступањем законом или општим актом предвиђене околности (право на плаћено и неплаћено одсуство, породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, право на накнаду трошкова и других примања која не улазе у зараду), или о праву поводом кога послодавац констатује чињеницу испуњеног законског услова (неки случајеви мировања радног односа), и напослетку обавеза запосленог која је последица коришћења овлашћења послодавца у случајевима утврђеним законом или општим актом (прековремени рад, рад у прерасподељеном радном времену).

1.1. Понуда за измену уговора о раду упућена од стране послодавца

Успешни преговори у поступку запошљавања се најчешће завршавају закључењем уговора о раду. Отуда се уговор о раду види као средишна фаза између преговарања и ступања запосленог на рад. Да би настао уговор о раду неопходно је постојање понуде (индивидуалне или опште) и прихвата понуде.⁹⁰⁹ У земљама у којима уговор о раду може бити консензуалан поставило се питање да ли усмена понуда за посао дата и прихваћена током телефонског разговора може довести до пуноважног уговора о раду, те да ли се усмена понуда за измену уговора о раду прихваћена на исти начин може сматрати ваљаном. За измену услова уговора о раду захтева се писмени договор странака, те белоруско право уводи писмени облик сагласности запослених, који се може изразити у лично потписаној изјави или натпису на налогу за премештај.⁹¹⁰ Опште је прихваћено да потпис запосленог на налогу без пратећих речи само указује на то да је запослени прочитао налог, али не и да је пристао на премештај. Притом, усмени пристао на премештај није довољан за ваљаност премештаја. Према судској пракси, сама чињеница да се запослени појавио на новом послу не значи да је пристао на премештај.⁹¹¹ Оно што посебно привлачи пажњу је замисао да ако је пристао на премештај дат много пре премештаја, онда је потребна додатна потврда, јер би се за то време став запосленог могао променити под утицајем различитих околности. У периоду самоуправног социјализма распоређивању радника са једног радног места на друго није било могуће

⁹⁰⁹ У зависности од правне природе огласа или конкурса, индивидуална понуда постоји када запослени упућује понуду послодавцу на основу јавног позива послодавца за достављање понуде за закључење уговора о раду на слободним пословима код послодавца. С друге стране, општа понуда постоји када се оглас или конкурс третирају као понуда послодавца која производи правно дејство према унапред недефинисаном кругу лица. Начелна правила облигационог права општу понуду одређују као предлог за закључење уговора учињен неодређеном броју лица, који садржи битне елементе уговора чијем је закључењу намењен. Ипак, због лимитираности садржине огласа или конкурса који не мора укључити битне елементе уговора о раду, оглас или конкурс се више виде отвореним и строго формалним позивом за понуду учињеним путем средстава јавног информисања или, пак, пуким инструментом за довођење у везу понудиоца и тражиоца запослења, без непосредних правних последица и посебних дужности на страни пошиљоца позива. У праву Чилеа, индивидуална понуда за посао (енг. *offer letter*) коју је прихватио запослени обавезује послодавца у погледу услова рада, осим ако није дошло до накнадне споразумне измене услова рада закључивањем уговора о раду. Н. Collins, *Employment law, op. cit.*, 6.

⁹¹⁰ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы, op. cit.*, 120.

⁹¹¹ Н. Collins, *Employment law, op. cit.*, 6.

усменим путем. Изостанак писаног решења о распоређивања анулирало је обавезу радника да уложи приговор на одлуку самоуправног органа.⁹¹²

Измене уговора о раду могу иницирати запослени и послодавац, а у одређеним ситуацијама до измена може доћи и на иницијативу трећих лица (нпр. измене уговора о раду на захтев синдиката, премештај на захтев санитарних и епидемиолошких органа и других здравствених установа итд.). Када послодавац предложи измену уговора о раду (нпр. скраћивање радног времена) послодавац је везан предлогом и дужан је да спроведе измене елемената уговора о раду у погледу радника који су их прихватили. Дакле, послодавац не може опозвати предлог и самостално ревидирати уговор као последицу одбијања предлога. Измена уговора ступа на снагу након прихватања од стране запосленог, те ако послодавац више не намерава да спроведе измену, сматраће се да повређује уговор. Француска јуриспруденција признаје да, ипак, послодавац може одустати од предложене измене уговора, све док запослени не дају своју сагласност. У швајцарском праву, у свим случајевима, понуда измене уговора о раду обавезује њеног аутора од тренутка када је друга страна примила понуду.⁹¹³

Измене уговора о раду су могуће ако су испуњена два услова: 1) да су измене резултат објективне потребе послодавца, а не његове самовоље и 2) да се изменама уговора не повређују гарантована („минимална“) права. Интересантно је решење у француском праву да се поједине измене уговора о раду оправдавају легитимним интересом које послодавац, као носилац предузећа, има. Штавише, захтев легитимног интереса који оправдава одредбу у уговору о раду не односи се само на клаузулу забране конкуренције, будући да је судска пракса проширила наведене могућности у случају клаузуле географске мобилности, поцртавајући да се не може вршити оцена легитимних интереса компаније апстрактно.⁹¹⁴

У француској јуриспруденцији дуго је било присутно право на једнострану измену уговора које је припадало искључиво послодавцу и које се изводило из права једностраног раскида уговора.⁹¹⁵ Наиме, ако уговор о раду може бити раскинут у било ком тренутку вољом једне од страна, онда се може и једнострано преиначити. Према овој судској пракси, која је окончана пресудом *Raquin*, запослени се више не појављује као равноправна стана у уговору, тако да послодавац више није могао да наметне измене уговора. Постојање разлога за отказ не даје послодавцу овлашћење да једнострано измени уговор о раду будући да је запослени слободан да се супротстави измени. Пошто послодавац који се позива на стварни и озбиљни разлог има право да отпусти запосленог, не би требало да буде подвргнут строжијем режиму зато што је предложио измену уговора. Отпуштање из економских разлога постаје последње средство када се исцрпе сви други путеви, тако да измена уговора ужива предност будући да служи очувању посла.⁹¹⁶ Економске потешкоће, технолошке промене или потребе за очувањем конкурентности предузећа процењују се на нивоу предузећа, а ако предузеће припада групи предузећа на нивоу заједничког сектора којој припадају у зависности од делатности. Такође, ако економски и лични разлози коегзистирају, примарни и одлучујући узрок отпуштања не сме се приписати запосленом. Без обзира на оправданост економских захтева послодавца, измена елемената уговора о раду осликава принцип флексибилности.

У том смислу, премештај служи као мера за сузбијање кризних ситуација, премештање радника тамо где има посла, и представља мање трауматичан одговор од отпуштања.⁹¹⁷ У случају сумње у злоупотребу права које има послодавац као носилац управљачке власти, контрола оправданости распоређивања се не врши, по сили закона, од било ког органа, већ се

⁹¹² А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, *op. cit.*, 190.

⁹¹³ *Ibid.*

⁹¹⁴ Cass. soc., 12 janv. 1999. Нав. према: Jean Pélissier, Antoine Lyon-Caen, Antoine Jeammaud, Emmanuel Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4e édition, Dalloz, Paris, 2008, 277.

⁹¹⁵ Pascal Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, *op cit.*, 105.

⁹¹⁶ Љ. Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 838.

⁹¹⁷ Pascal Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, *op cit.*, 105.

законитост премештаја може утврдити само у судском поступку, подношењем тужбе од стране запосленог ради поништаја решења (анекса уговора о раду) о распоређивању на друго радно место. У сваком случају, суд се не сме упуштати у оправданост одлуке послодавца, већ у њену законитост. Илустративни пример је систем дуготрајног запослења у Јапану, који претпоставља да запослени треба да унапреде своје вештине и прихвате промене које им предлаже послодавац у циљу рационалнијег утрошка средстава, енергије и ресурса.⁹¹⁸ Могућност измене уговора омогућава правном односу да избегне ригидност принципа обавезујуће снаге уговора дајући странама могућност да било коју уговорну одредбу замене другом.

У члану 68 Закона о раду Молдавије садржана су општа правила о промени индивидуалног уговора о раду.⁹¹⁹ Конкретно, утврђено је правило да се уговор о раду може променити само на основу додатног споразума који потписују стране, а који се налази у прилогу уговора и чини његов саставни део. У наставку истог законског члана се наводи који се услови могу мењати, при чему је листа формулисана као исцрпна, што се чини контроверзним, јер се услови могу односити и на друге услове осим оних наведених (зараде, заштита на раду итд.). Штавише, послодавцу је гарантовано право да једнострано мења садржину уговора о раду само у изузетним околностима и под условима предвиђеним законом, при чему запослени мора о томе бити обавештен два месеца унапред.

У светлу тога, прави се разлика између измена услова рада и измене уговора, па се само у потоњем случају захтева сагласност запосленог. Правна субординација уступа место принципу аутономије воље када се мењају битни елементи уговора о раду. Дакле, послодавац је дужан да запосленом упутити понуду за измену уговора о раду, која може бити прихваћена или одбијена од стране запосленог. Наиме, ако запослени не прихвати понуду за измену уговора, могућа су два сценарија: задржавање ранијих услова рада или отказивање уговора. Сходно томе, запослени може инсистирати на задржавању раније уговорених услова, што послодавац може прихватити. У сваком случају, послодавац не може једнострано изменити елементе уговора који су били предмет понуде, будући да измена уговора о раду може бити искључиво ствар консензуса уговорних страна, тако да би самовољно мењање од стране послодавца могло бити окарактерисано као повреда уговора, са свим импликацијама повреде уговора, укључујући али не ограничавајући се на одштетне захтеве које би запослени са успехом могао истицати. У суштини, послодавац може да уважи захтев запосленог да се настави са извршавањем првобитног уговора, а може и отказати уговор о раду, ако се за то стекну законски услови. Као што је већ речено, у случају одбијања анекса послодавац може повући своју понуду или је задржати и дати запосленом отказ.

Како је у југословенском праву премештај на друге послове вршен једнострано, на основу одлуке радне организације која је имала својство послодавца, радник је могао бити отпуштен након што је одлука радне организације постала коначна.⁹²⁰ Уместо тога, са реафирмацијом уговорне концепције радног односа, афирмисано је правило да се оно што се, приликом заснивања радног односа, може правоваљано створити само споразумом странака – у току трајања радног односа може изменити само уз њихов пристанак.⁹²¹ Премештај радника

⁹¹⁸ Због концепције дугорочног запослења у Јапану нумеричка флексибилност, у смислу прилагођавања броја радника или радних сати тржишним приликама, је знатно ограничена. Takashi Araki, „The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 3.

⁹¹⁹ За детаљније увид у услове уговора који се могу мењати вид.: Закон о раду Молдавије, чл. 68.

⁹²⁰ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, op. cit., 236.

⁹²¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, op. cit., 438. У праву Северне Македоније измена уговора о раду извршена супротно закону сматра се прекршајем послодавца за који се може изрећи новачана казна у износу од 3000 евра. Закон за работните односи, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 62/2005; 106/2008; 161/2008; 114/2009; 130/2009; 149/2009; 50/2010; 52/2010; 124/2010; 47/2011; 11/2012; 39/2012; 13/2013; 25/2013; 170/2013; 187/2013; 113/2014; 20/2015; 33/2015; 72/2015; 129/2015 и 27/2016, чл. 264.

противан хетерономним и аутономним правилима у циљу шикане значи злоупотребу права и као такав је недопуштен. У одлуци *Hill v. Peter Gorman* применом правила *common law* потврђено је да се уговор о раду може променити једино консензусом *ad idem*, тако што ће послодавац обавестити запосленог о жељи за променом елемената уговора.⁹²² На овом месту ваља поменути да када послодавац откаже уговор као последица одбијања анекса, не постоји законска обавеза да писаним путем запосленог обавести о постојању оправданог разлога за отказ, нити је дужан да размотри мишљење синдиката чији је запослени члан. Поред тога, послодавац нема обавезу да запосленом исплати отпремнину остварену за период пре доношења одлуке о отказу.⁹²³ Надаље, измена личних података о запосленом и података о послодавцу и других података којима се не мењају услови рада може да се констатује анексом уговора, на основу одговарајуће документације, без спровођења поступка за понуду анекса. Изричито је утврђено и да уговор о раду, са анексима који су саставни део тог уговора, могу да се замене пречишћеним текстом уговора о раду, који потписују послодавац и запослени. То решење је повољно за послодавца јер претпоставља лакшу процедуру уз мање администрације и бржу реакцију на околности које су наступиле. Остаје да се види како ће се показати у пракси и да ли ће бити извор спорења између запосленог и послодавца.

1.2. Понуда за измену уговора о раду упућена од стране запосленог

Као што смо раније истакли, да би дошло до пуноважне измене уговора о раду неопходно је претходно сачинити одговарајућу понуду. Дакле, када настане потреба за изменом елемената уговора, мора се спровести поступак, који укључује, на првом месту сачињавање понуде, као једностране изјаве воље која је усмерена да произведе правно дејство. Другим речима, када се испуне материјалне претпоставке као претходни услов за измену уговора о раду, покреће се поступак анексирања упућивањем понуде.⁹²⁴ Ово је важно поменути, јер се измене уговорених услова рада могу извршити искључиво анексом. Разлог постојања понуде за измену уговора о раду лежи у заштитној функцији радног права и потреби да се заштити запослени као слабија страна радног односа, али и потреби делотворног и потпуног остваривања права на рад и слободи рада, те могућности избора или промене посла, чиме се обезбеђује правна и економска сигурност запослених. У сваком случају, иницијатива за измену уговора може потећи од обе стране уговорнице.⁹²⁵ Премда понуда за измену уговора о раду најчешће долази од послодавца, будући да је он више заинтересован да периодично прилагођава услове рада (и уговора) тржишним кретањима, запослени је такође слободан да предложи измену одређених елемената уговора. По правилу запослени упућује понуду за измену уговора о раду како би био премештен на боље плаћени посао или на други посао без обзира на финансијске промене и погодности, јер би, примера ради, на том послу могао да лакше усклади своје професионалне и породичне обавезе. Понуда се може односити и на премештај у друго место рада, ако је то у интересу запосленог, а послодавац има организационе јединице лоциране на различитим местима. Ради заштите приватних интереса или бриге о деци, предлог може бити усмерен и на измену радног времена, прелазак са пуног на рад на непуно радно време и обратно. Осим поменутих разлога, који су у пракси најчешћи, могу се јавити и други разлози, попут здравствених разлога, због којих запослени не може да

⁹²²*Hill v. Peter Gorman Ltd. (1957)*, 9 D.L.R. (2d) 124 (Ont. C.A.). На слично решење наилазимо у словеначком праву где послодавац има обавезу да изради нацрт анекса којим би желео да измени садржину уговора и да га у догледно време достави запосленом. Marta Klampfer, „Sprememba ali sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi zaradi spremenjenih okoliščin“, у: Darja Senčur Peček, Nataša Belovalovič, Miran Kalčič (red.), *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2008, 226-227.

⁹²³ С. Ковачевић Перић, *op. cit.*, 363.

⁹²⁴ Вера Кусовац, „Понуда измене уговорених услова рада“, *Правни информатор*, бр. 3, 2009, 36.

⁹²⁵ Elmer G. Arce Ortiz, „Modificación de la prestación de trabajo: Un estudio sobre las modificaciones sustanciales“, *Ius et veritas*, бр. 34, 2007, 125.

обавља теренски рад, затим рад ноћу или у сменама због чега упућује предлог за измену уговора о раду. Начелно посматрано, када запослени упућује понуду, послодавац има слободу да одлучи да ли ће закључити анекс или не. Дакле, у већини случајева, понуда представља изјаву воље о условима под којима једна страна пристаје да закључи анекс, уз могућност да се друга стране о томе изјасни, што значи да се измена уговора не може једнострано наметати.⁹²⁶ У светлу тога и сходно споразумној измени уговора, послодавац нема обавезу да прихвати понуду запосленог, јер је то домен његове управљачке и организационе одлуке. Ипак, послодавац би требао да размотри могућности да уважи молбу запосленог изражену у понуди, као формалном предлогу.

Изузетак од тога постоји у одређеним ситуацијама када је послодавац дужан да одлучује о понуди запосленог за измену елемената уговора о раду. У светлу тога, послодавац знајући генетски профил запосленог, нема само право, већ и обавезу да делује превентивно и да искључи запосленог из средине у којој би постојећи услови рада могли активирати и интензивирати његову потенцијалну генетску аномалију и дужан је да га распореди на посао на којем је смањена могућност наступања ризика по здравље и безбедност (нпр. премештајем на други посао, скраћењем радног времена).⁹²⁷ Штавише, Чехословачка Социјалистичка Република је познавала слично решење, па је запосленима било зајемчено право да траже премештај на друго радно место, било из разлога здравствене природе или других важних разлога, а радне организације су биле обавезне да удовоље захтеву радника, ако су то услови производње дозвољавали.⁹²⁸ С друге стране, послодавац није дужан да удовољи захтеву радника за премештај у друго географско место, ако послодавац тамо има погон, из разлога што је запослени накнадно стекао виши степен стручне спреме. Такав захтев радника је само понуда о којој је послодавац дужан да се изјасни у разумном року што не значи њен аутоматски прихват будући да су радна места једнака и доступна свима под истим условима, те да нико не може имати предност у остваривању права на рад на одређеном радном месту. Додатно правило изграђују југословенски судови који су заступали мишљење да, ако је послодавац прихватио понуду запосленог, премештај не може бити учињен на било који посао, већ искључиво на посао који је назначен у понуди и предложен од стране запосленог.⁹²⁹ Што се тиче садржаја понуде, разлике постоје у зависности од тога ко се налази у улози понуђача. Наиме, ако је иницијатор за измену уговора о раду запослени, образложење понуде није потребно што је идентична ситуација као и за отказ уговора о раду који не везује запосленог у погледу разлога. У том смислу, запослени није дужан од измена Закона о раду од 2014. године да доставља писано обавештење о разлозима за упућивање понуде за закључење анекса уговора, чак и када су посредни исти они разлози због којих би послодавац био дужан да сачини такву понуду, наводећи детаљно разлоге за измену уговора.⁹³⁰

2.1. Измена споредних елемената у понуди за измену уговора о раду

Услови уговора о раду се могу поделити на неопходне (обавезне) и додатне (факултативне). Ова подела услова уговора развијена у доктрини радног права поклапа се са ставом законодавца, јер без договора странака о обавезним елементима (условима), уговор о раду се не може сматрати закљученим, што није случај када је реч о додатним елементима

⁹²⁶ Raquel Poquet Catalá, „El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario“, *IUSLabor*, бр. 3, 2014, 11.

⁹²⁷ В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 772.

⁹²⁸ Simon Deakin, Gilian S Morris, *Labour Law*, 5th edition, Oxford, 2009, 481.

⁹²⁹ Погрешно је тумачење ранијег решења да се анексирање уговора не врши, у смислу да се не упућује предлог, ако је иницијатива за измену потекла од запосленог. В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 772.

⁹³⁰ Љ. Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 830.

(условима). Иако се дефиниција обавезних и допунских елемената не среће у законодавствима, ипак се може наћи списак елемената уговора о раду који се неретко састоји од: места рада, радне функције, распореда рада и одмора, зараде, рока важења уговора о раду (за уговоре о раду на одређено време), врсте радног односа итд. Примера ради, у белоруском праву је та листа ужа, док се у руском праву додаје и датум почетка рада, карактеристике услове рада, накнада и бенефиције за рада у тешким, штетним и/или опасним условима, врсте социјалног осигурања и услови остваривања тог права.⁹³¹ У теорији се, поред наведених елемената, истичу и обавезни подаци који нису елементи, презиме и име запосленог, назив послодавца, као и права и обавезе субјеката, при чему неуношење обавезних информација у текст уговора о раду, иако крши норме објективног права не спречава настанак радног односа.⁹³² Из тога следи да готово сви правни системи наводе место рада, радну функцију и зараду као битне елементе уговора о раду. Према је то нелогично и противи се концепцији „битних елемената уговора о раду,“ руско право прописује да, ако се између странака постигне договор о месту рада и радној функцији, а није одређен конкретан износ накнаде, уговор о раду ће се сматрати закљученим, а запослени ће имати право на правичну зараду.⁹³³ Радни однос ће настати и запослени ће остварити право на конкретан износ накнаде, иако се странке нису споразумеле о висини зараде и условима под којим се исплаћује. У том случају, зараде се исплаћују у складу са кадровским распоредом, али у износу који није нижи од износа који је одредио законодавац.

У ранијем периоду *common law*, који је обележен недостатком уговорних клаузула, судија је морао да сазна каква је била намера страна у тренутку закључења уговора узимајући у обзир економски сектор којем је компанија припадала, а водећи рачуна и о карактеристикама функција које је обављао послодавац.⁹³⁴ Када судија није могао да утврди на шта се односи првобитна сагласност запосленог и послодавца тражио је значај преокрета до којег је дошло изменом уговора о раду. У англосаконском праву се за оцену намера страна уговорница користи правило о условном доказивању (*parol evidence rule*).⁹³⁵ Према том правилу, суд не дозвољава извођење доказа којим странке приказују услове уговора другачијим или им дају значење другачије од оног на које указује сам текст уговора. Међутим, суд може дозволити извођење доказа који нису у супротности са уговором, већ га допуњују, под условом да је намера страна била да њихов уговор не буде коначан и потпун споразум. За примену овог правила неопходно је постојање писаног уговора о раду, јер се полази од претпоставке да су намере уговорница преточене у уговор, тј. да уговор представља њихову коначну погодбу. Реч *парол* односа парола је англо-француског порекла, што значи „усмена реч“ или „вербално“ која се у средњем веку користила за означавање усмених излагања сведока у судском поступку. Како се ово правило не односи само на усмене доказе, критикује се његов назив и предлаже коришћење синтагме правила о „спољним“ доказима, будући да се правило односи на предлагање извођења доказа који не произлазе из уговора.⁹³⁶ Исто тако би се могло говорити о правилу који се односи на преговоре с обзиром на то да суд не разматра она питања у којима се резултати прелиминарних преговора косе са коначном верзијом уговора. Оправдање за ово правило се налази у жељи да се очува интегритет уговора тако да уговор увек представља „коначни израз“ постигнутог споразума. Примера ради, ако уговор о раду предвиђа да је месечна зарада запосленог 400 америчких долара, судија неће допустити послодавцу да доказује да је запослени усмено пристао на нижу зараду. Дакле, уговор је јасан и недвосмислен по питању висине зараде, због чега се не дозвољава доказивање другачијих намера страна уговорница. Из тога следи да се клаузуле уговора о раду деле на јасне и нејасне,

⁹³¹ Simon Deakin, Gilian S Morris, *Labour Law*, op. cit., 430.

⁹³² Yaraslau Kryvoi, „Belarus“, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds.), *International encyclopaedia for labour law and industrial relations*, Kluwer Law International, The Hague, 2017, 54.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ Simon Deakin, Gilian S Morris, *Labour Law*, op. cit., 430.

⁹³⁵ Tony Cole, „The parol evidence rule: A comparative analysis and proposal“, *UNSW Law Journal*, Vol. 26, бр. 3, 2003, 680.

⁹³⁶ *Ibid.*, 681.

при чему се само у случају потоњих јавља потреба за утврђивањем садржине уговора. Имајући у виду функцију уговора, било би неприхватљиво да се јасне клаузуле доводе у сумњу, те да се доказује њихова садржина тако да се промени оно око чега су уговорне стране већ постигле сагласност.

Моранд (Morand) је дефинисао суштинску природу измене на следећи начин: „ако измена елемената уговора има за последицу погоршање животне средине и опших услова рада у поређењу са онима који су постојали у време запошљавања измена елемента би се могла сматрати суштинском“.⁹³⁷ Измена уговора о раду је дефинисана као кршење елемената уговора који се сматрају суштинским из угла економских и друштвених чинилаца који одређују позицију страна уговорница. С тим у вези, да ли је посреди измена уговора о раду потребно је утврдити испитивањем обима штете коју је запослени претрпео. У теорији је овај приступ који користе француски судови критикован, јер ствара забуну у квалификацији елемената уговора увођењем појма штете како би се утврдило да ли је уговор измењен.⁹³⁸ У суштини, уговор садржи две групе елемената: 1) елементи који се односе на суштину уговора, који *a priori* одређују његову квалификацију и 2) споредни елементи, које странке могу укључити у уговор. Када елемент има споредни карактер, што значи да није суштински или одлучујући за странке, послодавац има право да га измени у оквиру својих управљачких овлашћења. Споредни елементи представљају пандам моћи усмеравања и давања инструкција коју има послодавац, као власник предузећа који организује своје пословање на најделотворнији начин. С обзиром на то да споредни елементи нису били одлучујући за уговорно обвезивање, послодавац је могао да их измени без сагласности запосленог, а да то не представља измену уговора о раду, јер се сматрало да је запослени прихватио прерогативе послодавца у тренутку закључења уговора. Послодавац, као пословни субјект, може да мења услове рада без ограничења, јер су то тачке у којима се јасно види да су „области моћи и уговора раздвојене“.⁹³⁹ Ако стране желе да прошире одговарајуће гаранције, накнаде и погодности то је могуће укључити додатне елементе у уговор о раду.

Право Белгије прави разлику између битних и споредних елемената у уговору о раду у контексту забране једностране измене уговора о раду.⁹⁴⁰ Тако, послодавац не може без сагласности запослених мењати елементе који су саставни део уговора о раду независно од њихове природе. С друге стране, у судској пракси је потврђено да је једнострана измена уговора о раду могућа само у погледу споредних елемената, ако уговор о раду садржи флексибилну клаузулу која овлашћује послодавца да врши неопходна прилагођавања.⁹⁴¹ Критика овог решења је нејасан критерију за квалификацију одређеног елемента као битног, будући да се класификација и рангирање аспеката радног односа препушта страна уговорницама.⁹⁴² То значи да суконтрахенти могу постићи сагласност о карактеру одређеног елемента који не одговара његовој стварној природи (нпр. одређење зараде као споредног елемента иако је он по природи основни елемент обвезивања). Имајући то у виду, теорија предлаже одређене критеријуме као релевантне за оцену одређеног елемента као битног, попут чињенице да корист коју послодавац остварује и штета коју запослени трпи услед промене не одговара принципу пропорционалне измене уговора.⁹⁴³ Поједине латиноамеричке државе користе исти принцип, уз забрану да се једностране измене не могу уводити на начин да се

⁹³⁷ Michel Morand, *La Modification du contrat du travail*, Liaisons, Paris, 1992, 89.

⁹³⁸ Дефиниција појма битни елементи уговора није дата, тако да се разликовање елемената врши у зависности од чињеничних околности. Измена је битна ако доводи до преокрета у условима извршења уговора или мења елемент уговора који је био одлучујући за стране да уђу у уговорни однос. Yanne Loraine Siewe Deumeni, „Les pouvoirs de l'employeur dans le changement des conditions de travail en droit du travail camerounais,“ *International Multilingual Journal of Science and Technology*, Vol. 7, бр. 7, 2002, 5099.

⁹³⁹ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, op. cit., 219.

⁹⁴⁰ Pieter Pecinovsky, „Modification of working conditions in Belgium“, *IUSLabor*, бр. 3, 2014, 3.

⁹⁴¹ *Ibid.*

⁹⁴² Више о томе вид.: Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, op. cit., 44.

⁹⁴³ *Ibid.*

погоршавају стечена социјална права запослених. Додатно ограничење је да послодавац не може произвољно да утврђује основ за измену споредних елемената уговора, док измене не смеју бити такве да наносе (материјалну или нематеријалну) штету запосленом.⁹⁴⁴ С друге стране, раније француско право је полазило од тога да ако измена није била значајна или није одговара интересу запосленог, није било потребно указивати да је измена незнатна, будући је заправо једино важно било то да је измена утицала на елементе уговора.⁹⁴⁵ Из тога следи да је француска јуриспруденција дуго одређивала измену уговора према значају измене, узимајући у обзир конкретну ситуацију сваког запосленог. Према мишљењу једне групе француских аутора, квалификација измене уговора о раду морала је бити одређена на основу погоршања услова живота и рада запосленог.⁹⁴⁶ Тако, промена система јавног превоза представља значајнију измену, ако би резултирала високим трошковима или потребом за добијање возачке дозволе. Послодавац је мога једнострано да измени уговор о раду осим ако то није претпостављало измену његових битних елемената. Преокрет је почео у различитим фазама, те је до 1992. године француска доктрина и јуриспруденција држала до разлике између битних и споредних елемената уговора, што је инкорпорирано у законску норму кроз правило да разлика између битних и споредних елемената има кључну улогу у формирању уговора и утврђивању постојања измене његове садржине.⁹⁴⁷ Све док се стране не договоре о објективно и субјективно битним елементима споразумна сагласност није формирана. Измена споредних елемената је, према француској јуриспруденцији, спадала у круг овлашћења које има послодавац.

До промене терминологије дошло је неколико година касније, јер се сходно начелу обавезне снаге уговора једнострана измена било ког елемента имала сматрати недопуштеном. Наиме, граница између битних и споредних елемената је тешко уочљива, због чега је таква класификација елемената седиште правне несигурности. Из тог разлога је француски Касациони суд заменио раније коришћен субјективни критеријум чисто објективним критеријумом, при чему је класификација зависила искључиво од природе измењеног елемента.⁹⁴⁸ Другим речима, квалификација промене не зависи више од њеног значаја да ли је суштинска или не, него се утврђује у зависности од предмета измене. Према објективној методи анализе између елемената уговора о раду који се не могу мењати без сагласности запосленог и услова рада који се могу мењати искључивом вољом послодавца, појавиле су се бројне потешкоће у тумачењу. Преширока концепција појма „битни елементи уговора о раду” би, заправо, дала запосленом превелику моћ блокирања и забранила би свако прилагођавање радног односа потребама послодавца.

У домаћем праву се у понуди за премештај на послове који се ообављају искључиво од куће или на даљину, као и премештај са клаузулом пробног рада уносе, поред битних елемената, и елементи који не могу бити предмет анекса уговора чије се одбијање може санкционисати отказом. Није ретка пракса да се у уговор додају неповољне клаузуле о забрани конкуренције и друге одредбе којима се запосленима намећу одређене обавезе или им се, пак, одузимају одређена права која су иницијално имали, брисањем одредби основног уговора понуђеним анексом.⁹⁴⁹ То доводи запослене у изузетно неповољну ситуацију, будући да, ако

⁹⁴⁴ L. H. Rueda, „Poder de dirección del empleador“, *op. cit.*, 411.

⁹⁴⁵ Y. L. Siewe Deumeni, „Les Pouvoirs De L’employeur Dans Le Changement Des Conditions De Travail En Droit Du Travail Camerounais“, *op. cit.*, 5098.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, 5100.

⁹⁴⁷ Закон бр. 93-13-13 од 20. децембра 1993. године, чл. 321-1-2-2.

⁹⁴⁸ P. Lokiec, „The framework of France labour law and recent trends in regulation“, *op. cit.*, 78.

⁹⁴⁹ У погледу ове врсте злоупотреба охрабрујући је негативан став заузет од стране највише судске инстанце, па је тако у ревизијској одлуци Врховног суда Србије истакнуто следеће да ако је „у понуди за закључење уговора наведене да уговорне стране изјављују, да међусобно немају никаквих других обавеза, које постоје по овом уговору, а да запослени посебно изјављује да према послодавцу нема никаквих потреживања, те да се изјава има сматрати отпустом дуга коју послодавац има према запосленима, те да у случају спора та изјава се има сматрати изјавом о одрицању од тужбених захтева. Како је, у конкретном случају, тужени мимо одребе члана 33 став 1 Закона о раду, у текст понуђеног уговора о раду унео и обавезу тужиоца да прихвати отпуст свих дугова, које

желе да прихвате анекс у односу на битне елементе, али не и у односу на споредне елементе који се анексом намећу, не могу у том правцу правно релевантно да се изјасне, без штетних последица по њихов статус. Запослени имају две могућности, да се сложе са понудом или да одбију анекс, премда би најбоље решења из угла заштите њихове позиције, било да делимично прихвате понуду само у погледу елемената који се имају сматрати битним. Међутим, делимични прихват анекса у односу на елементе из члана 171 Закона о раду би се сматрао одбијањем понуде послодавца и давањем нове понуде од стране запосленог, тако да би ефекат делимичног прихвата понуде био једнак њеном одбијању. Имајући то у виду, потребно је утврдити да ли је понуда измене споредних елемената незаконита, па самим тим и отказ који је уследио као последица одбијања. Иако се у правној доктрини такав отказ сматра незаконитим, на легислативном нивоу је тешко повући границу између елемената који су у функцији измена уговора о раду и елемената који су непотребни и шиканозни.⁹⁵⁰ Ово из разлога што се не може *a priori* заузети недвосмислен став, већ се, поред начелне недопуштености, ваљаност отказ мора ценити од случаја до случаја, те је у том погледу коначна одлука на суду.⁹⁵¹

3. Садржина понуде за измену уговора о раду

Да би послодавчева понуда производила ваљана правна дејства, неопходно је да испуњава одређене услове, кумулативно постављене, у погледу садржине. Тако, неопходно је да послодавчева понуда садржи: 1) битне елементе уговора о раду чија се измена предлаже; 2) разлог за учињену понуду; 3) рок за изјашњавање понуђеног; 4) поуку о правним последицама одбијања.⁹⁵² У поступку пред домаћим судовима отворило се питање законитости отказа који је дао послодавац запосленом због одбијања закључења анекса уговора о раду без да је запосленог претходно упозорио на правне последице неприхватања понуде послодавца.⁹⁵³ Послодавац повређује правила отказног поступка ако није на јасан и недвосмислен начин ставио запосленом до знања да има законска овлашћења да му откаже уговора о раду ако се не сагласи са предлогом за његову измену. Што се тиче садржаја понуде, без обзира на то да ли је законски прецизно утврђен, мора бити довољно изричит и јасан у погледу последица одбијања измене на положај запосленог.

Запослени има право на одбије понуду без обзира на обим измена који се предлаже, тако да и минималне измене, као и измене које представљају побољшање услова рада (нпр. повећање износа зараде) представљају предмет консензуса. Уколико запослени прихвати понуду анекса уговора о раду, он постаје саставни део претходно закљученог уговора. У македонском праву разлози због којих се запосленом нуди нови или измењени уговор о раду садржани су у одлуци о раскиду уговора о раду, која се активира ако запослени не прихвати понуду садржану у тој одлуци.⁹⁵⁴ Новина у Закону о раду Црне Горе је то што је остављена могућност да се уговор о раду са пратећим анексима замени новим, пречишћеним текстом уговора о раду, што је посебно важно у ситуацији када има више потписаних анекса, због

тужени има према њему и одрекну својих тужбених захтева према њему, одбијање тужиоца да прихвати потписивање таквог уговора не представља оправдани отказни разлог у смислу члана 179. тачка 7. Закона о раду“. Рев. II 886/08 од 28. октобра 2008. године.

⁹⁵⁰ Више вид.: В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 778.

⁹⁵¹ Konstantina Chatzilaou, „Modification of working conditions in France“, *IUSLabor*, бр. 3, 2014, 4.

⁹⁵² „Незаконит је анекс уговора о раду који се достави запосленом на потпис без претходно учињене понуде за закључење уговора о раду под измењеним условима и који не садржи разлоге за такву одлуку“. Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1379/2013, од 18. децембра 2013. године, нав. према: Зоран Лазић *et al.*, *Водич за примену Закона о раду*, 2. издање, Paragraf Co/Paragraf Lex, Београд – Нови Сад, 2014, стр. 68.

⁹⁵³ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 259/2015 од 3.6.2015. године, сентенца утврђена на седници Грађанског одељења 27.6.2017. године.

⁹⁵⁴ Закон за радотните односи, чл. 78.

правне сигурности која штити како запосленог, тако и послодаваца.⁹⁵⁵ Послодавац има дискреционо право да одлучи да ли ће запосленог задржати на раду под непромењеним условима или ће му отказати даљи радни ангажман. У сваком случају, дужан је да запосленог упозори о настанку отказног разлога који је последица одбијања анекса.⁹⁵⁶ Пасивно поступање послодавца може запосленог довести у заблуду да се неприхватање понуде анекса неће одразити на његов статус. Ово особито ако је послодавац већ раније упозоравао запосленог да је незадовољан његовим радом. Због тога је утврђено да је послодавац повредио законске одредбе и да је отказ који је дао запосленом незаконит. О овом питању се изјаснио и Врховни касациони суд Републике Србије и то гледиште је потврђено на седници Грађанског одељења.⁹⁵⁷ Отуда, „пропуст послодавца да запосленог у понуди за закључење анекса уговора о раду којим се мењају раније уговорени послови или услови рада, упозори да одбијање може бити отказни разлог, има за последицу поништај решења којим је запосленом из тог разлога отказан уговор о раду“.⁹⁵⁸

Садржина уговора о раду, као и садржина анекса уговора о раду прописана је у закону, па послодавац нема аутономно право да сам мења, односно додаје нове одредбе и санкције у односу на запосленог, које се разликују од оног што је прописано законом. Надаље, суштину законитости понуде анекса уговора о раду чини навођење разлога за понуду, којима се указује на постојање промењених околности у односу на моменат закључивања уговора о раду (или претходне измене уговора о раду), које оправдавају понуду за закључење анекса уговору о раду.⁹⁵⁹ На овај начин се онемогућава да послодавац уговорене услове рада мења по својој слободној вољи. Међутим, није неопходно да послодавац наводи узроке због којих је дошло до промена услова рада. Српски законодавац, притом, не максимизира колико пута може бити измењен уговор о раду, изузев што захтева да за то постоји ваљано образложење које објективно оправдава измену.⁹⁶⁰

Незаконит је анекс уговора о раду ако не садржи конкретне и јасне разлоге због чега послодавац чини предлог измене, јер је послодавац дужан да у случају премештаја запосленог на други одговарајући посао обавести запосленог о разлозима понуде, чиме ће потврдити да заиста постоје потребе да изврши премештај запосленог. С тим у вези, премештај на други одговарајући посао се може понудити запосленом само ако су наступиле одређене околности које се огледају у потреби организације послова. Наиме, домаћи законодавац користи формулацију „потребе процеса и организације рада“ која изискује измену уговора и која преставља материјалну претпоставку чије испуњење је услов пуноважности анекса.⁹⁶¹ Послодавац има начелну дужност да понуду конципира на начин да у њој буде образложено постојање стварног и оправданог разлога који је настао у пословању. Другим речима, анекс уговора мора бити довољно прецизан да обухвати обавештење о објективним разлозима који су настали, а који су последично створили потребу у процесу и организацији рада да се изврши премештај запосленог на други посао или у друго место рада. Изостанак детаљнијег образложења о разлозима премештаја представља формални недостатак понуде, који даље може резултирати незаконитошћу у случају оспоравања анекса уговора о раду.

То, дакле, значи да је за ваљану измену потребно да буду испуњени не само материјални услови (постојање разлога који оправдава измену) него и формални услови (правилна примена процесних правила) да не би дошло до поништаја анекса. Међутим, законски израз „потреба процеса и организације рада“ се може критиковати као недовољно конкретизован, због чега се

⁹⁵⁵ В. Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, *op. cit.*, 149.

⁹⁵⁶ Закон о раду, чл. 172.

⁹⁵⁷ Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 259/2015 од 3.6.2015. године, утврђена на седници Грађанског одељења 27.6.2017. године.

⁹⁵⁸ Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 259/2015 од 3.6.2015. године, утврђена на седници Грађанског одељења 27.6.2017. године.

⁹⁵⁹ Вид. пресуду Врховног суда Црне Горе, Рев 1198/2017, од 13. 02. 2018. године.

⁹⁶⁰ Закон о раду, чл. 172.

⁹⁶¹ Закон о раду, чл. 171.

је потребно да тај генерални стандард буде подробније образложен законским изменама или кроз судску праксу. Као еквивалент домаћој фрази „потреба процеса и организације рада, стоји конструкција француског права „добро функционисање предузећа,“ која по оцени француског Касационог суда није довољна да у потпуности одговори на захтеве запосленог у погледу истицања прецизних разлога који су определили послодаваца да иницира измену уговора о раду.⁹⁶² С друге стране, тај захтев је испуњен ако послодавац користи образложење другачије конструисано наводећи да је измена потребна због „економских тешкоћа, технолошких промена или реорганизације предузећа која је нужна за очување његове конкурентности.“⁹⁶³ Из тога следи да се оправданим разлози сматрају они који се односе на конкурентност, продуктивност или техничку и радну организацију у предузећу.

Осим законом наведених, анекс се може закључити у другим случајевима утврђеним колективним уговором или уговором о раду, односно у другим случајевима када постоји сагласност запосленог и послодавца. На овај начин, створени су услови за избегавање компликованих процедура, у ситуацијама када постоји обострани интерес послодавца и запосленог за изменом уговора о раду. Понуда за измену уговора о раду мора да садржи све потребне битне елементе уговора који се намеравају изменити. Осим тога, закон дозвољава да се анексом могу мењати и други елементи уговора о раду који нису предвиђени законом, колективним уговором и уговором о раду, уколико постоји сагласност послодавца и запосленог. Да ли ћутање запосленог у вези са предлогом измене уговора о раду значи прихватање, ако запослени настави да ради под измењеним условима, или просто изражавање намере да изврши своју уговорну обавезу? Бразил је пример земље у којој се ћутање запосленог у одређеном периоду (најмање две године од учињеног предлога измене уговора) сматра прећутним пристанком на измену, који не води губитку права на оспоравање ваљаности предлога у поступку пред судом.⁹⁶⁴

Понуда мора бити конкретизована тако да је запослени може прихватити простим саглашавањем. У упоредном праву, није реткост да се предложене измене уговора о раду делимично формулишу или помињу на начин на који изазива сумњу да ли је посреди понуда на који запослени треба да одговори. Ово нарочито из разлога што промене у појединим правним системима могу имати форму договорених услова (активно понашање послодавца који мења утврђене услове увођењем нове технологије или нове платне скале или успоставља нови распоред у предузећу), те се запослени може суочити са збуњујућом ситуацијом да ли делимична исплата зараде, представља једнострану измену уговора о раду или је у ствари последица неизвршења уговора.⁹⁶⁵ Отвара се питање да ли за измене уговора важе она иста правила која се тичу форме као и за основни уговор. Према ранијем швајцарском праву накнадни акт (анекс) подвргава се форми главног акта, осим ако стране уговорнице не договоре другачије.⁹⁶⁶ То значи да стране уговорнице могу да измене уговор усменим споразумом, прећутним споразумом или коначним актом, што за последицу има одсуство захтева писане форме за измену елемената уговора. Важеће швајцарско право делом мења ово правило, јер се инсистира на постојању писане форме како за закључење уговора, тако и за

⁹⁶² Нав. према: В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 773.

⁹⁶³ Нав. према: Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 830.

⁹⁶⁴ Поменуто право користи специфичну одредницу, да ћутање запосленог значи одрицање („абдикација“) од гарантованог права које потврђује („конвалидира“) измену коју је предложио послодавац. То истовремено не значи негацију правоваљане заштите, тако да конвалидација наступа тек након пртека рока у којем се запослени није изјаснио о понуди. Alicia Noemí Mondino, Hernán Osvaldo Ottaviano, Guillermo Félix Ejercicio Komarofsky, *Abusivo del Ius Variandi*, seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, Universidad nacional de la Pampa Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 2008, 4.

⁹⁶⁵ Antonio Lorente Rivas, *La modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*, *op. cit.*, 232; Antonie Mazeaud, *Droit du travail*, 8e édition, Montchrestien, Paris, 2012, 487.

⁹⁶⁶ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, *op. cit.*, 153.

његову измену, осим ако није реч о споредним елементима уговора. који могу имати другачију форму под условом да нису у супротности са осталим елементима уговора.⁹⁶⁷

Поред разлога за измену и поуке о правном леку, анекс мора да садржи и рок у којем запослени може да одговори на понуду. Тако, примера ради, у македонском праву запослени мора да се изјасни о новом измењеном уговору о раду у року од 15 дана.⁹⁶⁸ Ако запослени прихвати понуду послодавца, губи право на отпремнине због престанка претходног уговора о раду, али задржава право да оспори ваљаност разлога за промену уговора о раду пред надлежним судом. Како македонско право познаје институт отказа са понудом измењеног уговора отвара се питање како се понуда у овом контексту схвата то јест да ли послодавац пре доношења одлуке о отказу доставља запосленом на потписивање нови или измењен уговор о раду. Да ли то значи да је запослени слободан да прихвати или не нови или измењени уговор о раду? Такође, ако одбије да се сагласи са понудом, да ли на снази остаје ранији уговор о раду или се аутоматски активира отказ?⁹⁶⁹ Понуда новог измењеног уговора, у основи, подразумева одустајање од битних елемената претходног уговора о раду. Другим речима, отказ са понудом измењеног уговора о раду предвиђен чланом 78. Закона о радним односима Северне Македоније, подразумева укидање конститутивних елементи радног односа између запосленог и послодавца, на основу уговора о раду.

Супротно, у домаћем праву, док траје рок за изјашњење о понуди, запослени није дужан да ради под новим условима, што значи да је послодавац дужан да му обезбеди рад на ранијим пословима, јер би у супротном подлегао материјалној одговорности. Но, ако послодавац инсистира да запослени пре изјашњења о понуди ради под новим условима, запослени може поднети тужбу за накнаду штете коју је услед тога претрпео односно накнаду зараде као у случају тзв. принудног одмора.⁹⁷⁰ Ово право запослени губи ако се успротиви обављању послова за које је иницијално закључио уговор о раду. Рок се одређује у самој понуди, с тим да законодавац утврђује максималну дужину рока који не може бити краћи од осам радних дана, за разлику од француског права у којем тај рок износи месец дана ако је послодавац солвентан.⁹⁷¹ Међутим, неизвршење обавезе да обавести сваког запосленог да има рок од месец дана да саопшти своје одбијање није праћена правном санкцијом, осим да се измена сматра неприхваћеном.

У суштини, постоје различити приступи француских апелационих судова, тако да је према једном становишту непоштовање рока од месец дана у предлогу за понуду, без доношења штете запосленом, нема утицаја на правилност и законитост отказа.⁹⁷² Према другом становишту, непоштовање правила која регулишу ову материју може имати за последицу досуђивање одређене накнаде запосленом.⁹⁷³ Када се измена уговора о раду не врши из економских разлога, упућује се на Директиву 2019/1152 о транспарентним и предвидивим условима рада која је заменила раније важећу Директиву 91/553 ЕЕЗ, која утврђује обавезу послодавца да обавести раднике о важећим условима уговора о раду или радног односа. Да би се поступање послодавца ускладило са циљем Директиве, запослени морају бити информисани о свим изменама елемената уговора (место рада, седиште послодавца, звање, разред запосленог или категорија запослења, валута која се користи за исплату накнаде за рад у иностранству, дневно или недељно радно време, дужина отказног рока итд.) у писаном документу, у најкраћем року од месец дана пре наступања измене.⁹⁷⁴

⁹⁶⁷ Швајцарски закон о облигационим односима, чл. 12.

⁹⁶⁸ Закон за работните односи, чл. 78.

⁹⁶⁹ Александар Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоређување на друго работно место“, *Свет на работата*, бр. 2, 2023, 202.

⁹⁷⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 830-831.

⁹⁷¹ Другачији рокови су предвиђени за платежно неспособне привредне субјекте над којима је отворен стечајни или ликвидациони поступак. Тада се рок за изјашњавање о понуду скраћује на 15 дана.

⁹⁷² В. Кусовац, „Понуда измене уговорних услова рада“, *op. cit.*, 36.

⁹⁷³ *Ibid.*

⁹⁷⁴ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 18.

Писани документ, притом, није обавезан у случају измене законских, статутарних одредби или одредби колективних уговора на који се документ односи. Међутим, обавеза информисања која произлази из Директиве је заправо ограничена на обавезу информисања која ће наступити након измене уговора. С обзиром на то да је измена билатерални акт, треба утврдити правну вредност писма којим се запослени обавештава о измени појединих елемената.⁹⁷⁵ Заправо, послодавац не може једнострано да измени уговор тако што ће обавестити запосленог о промени. Наиме, француски судови се нису директно изјашњавали о овом питању, али је општеприхваћено да такво обавештење не значи постојање ваљане измене уговора. У суштини, да би измена била обавезујућа за обе стране, оне морају да пристану на такву измену. У случају обавештења о измени уговора о раду, француско право инсистира на појединачном обавештењу, чак и када су информације пружене представницима радника.⁹⁷⁶ Када је реч о изменама уговора из дисциплинских разлога, и поред непостојања законске одредбе у француском праву, сматра се да је послодавац дужан да поштује правила дисциплинског поступка ако намерава да предложи измену уговора као дисциплинску меру. Исто тако, послодавац је дужан да позове запосленог на претходни разговор, на којем саопштава разлог за предвиђену санкцију и слуша објашњење запосленог о томе.⁹⁷⁷ Осим тога, писмо у којем се запослени обавештава о санкцији послодавац шаље најкасније у року од месец дана након датума одређеног за разговор. У сваком случају, послодавац има обавезу да изрази жељу за изменом уговора без икаквих нејасноћа.

4. Једнострана измена уговора о раду

У упоредном праву се примећује присуство све веће тенденције да се у уговорима о раду уноси одредба којом се послодавцу даје апсолутно право или право да само у одређеним околности, по сопственом нахођењу мења битне елементе уговора.⁹⁷⁸ Занимљив је случај у праву Велике Британије, који се често наводи као пример у литератури, у којем је послодавац конституисао за себе право да измени садржину односно ревидира уговор о раду, а које је било у његовом општем акту, чиме се део регулативе услова рада пренео на аутономне изворе радног права.⁹⁷⁹ Значајан је и предмет *Malone v British Airways* који се јавио пред највишим судом те земље у којем је наведена авио-компанија смањила број кабинског особља у својим авионима испод нивоа наведеног у колективном уговору о раду.⁹⁸⁰ Наиме, у овом предмету су одредбе колективног уговора биле директно применљиве на индивидуалне услове рада, што је судија *Christopher Holland* оценио негативно, сматрајући да одредбе о једностраном праву на ревизију садржане у колективном уговору нису погодне за имплементацију у индивидуалне уговоре о раду.⁹⁸¹ С тим у вези, да ли се кроз колективно преговарање може обезбедити право да се врши разумно прилагођавање услова рада запослених и да ли се послодавац може ослонити на такве клаузуле у случају спора отворено је за анализу и оцену, будући да је реч о клаузулама које могу произвести далекосежне последице по статус запослених. Другим речима, да ли израз „разумне промене“ може бити смислено мерило у контексту стварања уговорне моћи да се једнострано мењају услови рада или то није прихватљиво.⁹⁸²

У наведеном примеру, разлог за редукцију броја запослених лежао је у смањењу годишњег профита и оперативним губицима који су износили око 220 милиона фунти. С тим

⁹⁷⁵ С. Ковачевић Перих, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 362.

⁹⁷⁶ A. Mazeaud, *Droit du travail*, *op. cit.*, 434.

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ Frederic Reynold Qc, John Hendy Qc, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *Industrial Law Journal*, Vol. 41, бр. 1, 2012, 80.

⁹⁷⁹ *Bateman & ors. v Asda Stores Ltd* [2010] IRLR.

⁹⁸⁰ *Malone v British Airways plc* [2010] EWCA 1225.

⁹⁸¹ Guy Davidov, „The principle of proportionality in labor law and its impact on precarious workers“, *Comparative Labor Law & Policy Law Journal*, Vol. 34, 2012, 70.

⁹⁸² *Ibid.*

у вези, закључило се да би уштеда трошкова рада смањењем радне снаге била 140 милиона фунти. Опсежни колективни уговори о раду су обухватали бројна питања, укључујући и тему прилагођавања услова рада новим дешавањима на тржишту.⁹⁸³ Додатно, индивидуални уговори о раду су садржали клаузулу у којој је било наведено да компанија задржава право да изврши разумне промене било ког услова рада у било ком периоду током године. Ипак, у спорном случају је изостао доказ о обостраној намери страна у колективном уговору, који је представљао предуслов за спроводљивост његових одредби. У сваком случају, сматрало се да те одредбе нису прикладно уграђене у индивидуалне уговоре о раду, јер је недостајала извесност шта се сматра разумном изменом. У недостатку јасноће, клаузула би требало да буде протумачена *contra proferentem* или би се алтернативно узело да разумне промене могу бити само оне измене договорене између послодавца и синдиката. Ипак, Суд је у светлу тешке финансијске ситуације авио превозника, узео за сходно да је смањење броја чланова посаде било очигледно разумно и да је промена објективно оправдана.⁹⁸⁴ С друге стране, наводи се да уколико је приступ судија био тачан, онда би послодавац имао право да наметне трајно смањење зарада ако сматра да би то било финансијски корисно, водећи се само ограничењима у радном законодавству у погледу минималне зараде и стања на тржишту рада. Будући да је финансијска ситуација очигледно била кључни фактор за суд приликом оцене разумности требало је уз то узети у обзир и чињеницу да су докази показали да је финансијска ситуација осцилирала, а да је оперативни дефицит био предиктор привременог карактера, те да је профит суштински постојао. Недостатак корелације између могуће привремености неповољних финансијских ситуација и трајности смањења броја чланова посаде може се сматрати као пресудан чинилац у процени разумности промена.

Луј Семјонович Тал (Лев Луи Семёнович Таль) руски адвокат, оснивач радног права као наставно-научне дисциплине и идејни творац концепције уговора о раду је још почетком 20. века признао послодавцу право управљања, с тим да у оквиру тог права послодавац није могао једнострано да мења уговора о раду, али је могао самостално да попуњава правне празнине у његовом садржају.⁹⁸⁵ Клаузуле варијације у уговору о раду се обично дефинишу као клаузуле којима запослени унапред пристаје на измену неког елемента уговора. Упркос проглашењу ништавом било које клаузуле о једностраној ревизији уговора о раду, коју је изрекла социјално одељење француског Касационог суда на основу члана 1134. став 2. Грађанског законика, одређене клаузуле о измени елемената могу бити пуноважне под одређеним условима.⁹⁸⁶ Превазилажење ове противречности заснива се, пре свега, на признавању постојања једностраног прерогатива датог уговором о раду који овлашћује његовог носиоца да ревидира услове (елементе) уговора. Друго, да би овакве клаузуле биле пуноважне, неопходно је да се изврши контрола која се заснива на захтеву усаглашености одлуке послодавца са интересом предузећа и да не представља злоупотребу права. У оквиру овог режима, битно место мора бити дато заштити основних слобода запосленог, чија реализација може бити ометена уношењем поменуте клаузуле у уговор о раду. Супротно, у белгијском Закону о уговору о раду клаузула по којој послодавац задржава право да једнострано промени услове уговора је ништава.⁹⁸⁷

У англосаксонској теорији се полази од поређења уговора о раду са другим уговорима, како би се нашла смерница за бољу аргументацију у прилог или против једностраних измена уговора о раду, те се истиче могућност да такво овлашћење послодавца ипак може бити формирано, под условом да има јасно омеђене границе. Као пример се наводи предмет *Chitty cites Paragon Finance v Nash* који се нашао пред британским Апелационим судом, у којем је

⁹⁸³ *Ibid.*

⁹⁸⁴ G. Davidov, „The principle of proportionality in labor law and its impact on precarious workers“, *op. cit.*, 71.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ Y. L. Siewe Deumeni, „Les pouvoirs de l'employeur dans le changement des conditions de travail en droit du travail camerounais“, *op. cit.*, 5098.

⁹⁸⁷ Вид. белгијски Законик о раду (*Arbeidsovereenkomstenwet*), чл. 20 и чл. 25.

истакнуто да се дискреционо право зајмодавца да варира каматну стопу не може користити ирационално или у лошој намери.⁹⁸⁸ Суд је заснивао своју одлуку на ономе што је сматрао добро признатим принципом у уговорним односима, када уговор даје странци очигледно неспутано дискреционо право да делује на одређени начин, што мора бити спроведено поштено и у доброј вери, имајући у виду одредбе уговора, те се не сме вршити произвољно, хировито или неразумно. Примећује се да је Суд одбио да користи термин „објективно разумно“, већ се уместо тога определио да у вршењу оцене дискреционог права користи тест (и)рационалности.⁹⁸⁹

Штавише, у другом предмету, Суд је истакао да је „изузетно необично да уговор предвиђа да се његови услови могу једнострано мењати од једне стране по апсолутном нахођењу, а на штету друге стране,“ уз навођење да је исправно да се уместо држања строгог слова уговора ваља руководити намерама странака.⁹⁹⁰ Притом, у сагледавању јасне намере страна уговорница судови стављају до знања да је, пре свега, неопходно „гледати чињеничну матрицу уговора.“⁹⁹¹ Поменути оквир који су судови изградили за тумачење ваљаности клаузула којима се једнострано мења уговор примењују се на све уговоре, па и на уговор о раду. Ипак, признаје се да се уговор о раду разликује у неким аспектима од привредних и трговинских уговора, почев од неједнакости преговарачке моћи, што је потврђено у предмету *Autoclenz v Belcher*.⁹⁹² Такође, лорд Вулф (Woolf) је навео да обе стране имају право да варирају уговорне одредбе у погледу зараде или других елемената под условом да је о томе друга страна правовремено обавештена, уз додатно ограничење да то не сме утицати на поједина права запосленог, попут права на жалбу у дисциплинском поступку и не сме производити неразумне последице. Другим речима, где је право на измену вршено од стране послодавца, што је најчешће случај у пракси, предложене измена не сме бити на штету запосленог.⁹⁹³ Такође, заступа се теза да, без обзира на садржину права која је дата послодавцу у општем акту, измена елемената уговора о раду се увек ограничава на споредне елементе, што значи да суштинске измене, односно измене фундаменталног карактера нису могуће без сагласности запосленог.⁹⁹⁴ У том смислу се истиче да се непрецизна конструкција у једностраном акту послодавца мора одбацити тако да клаузула не производи правно дејство, ако је послодавцу дато овлашћење да наметне измену уговора о раду коју жели.

Да би се претходно сликовитије приказало, свакако завређује пажњу да буде споменут и предмет у којем је послодавац ревидирао платни пакет, премда није успео да обезбеди споразум представника запослених, што је довело до незаконитог одбитка зарада по оцени суда.⁹⁹⁵ Послодавац је уложио жалбу на судску одлуку тврдећи да, под условом да укупна зарада није смањена, он има право ослањати се на клаузулу у уговору о раду која је насловљена „измене“, а где се напосто наводи да ће о свакој измени уговора о раду запослени бити обавештени писмено и/или истицањем обавештења у канцеларији привредног друштва.⁹⁹⁶ Важно је представити и предмет у којем је послодавац након неуспелог покушаја да обезбеди сагласност радника, увео новине у уговор о раду које се тичу структуре зараде и начина

⁹⁸⁸ *Paragon Finance v Nash* [2002] 1 WLR 685.

⁹⁸⁹ F. Reynold QC, J. Hendy QC, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *op. cit.*, 83.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, 84.

⁹⁹¹ Wilfredo Soria Yabar, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, Universidad Andina del Cusco Facultad de derecho y ciencia política escuela profesional de derecho, Perú, 2019, 39.

⁹⁹² *Autoclenz Ltd v Belcher* [2011] UKSC 41.

⁹⁹³ F. Reynold QC, J. Hendy QC, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *op. cit.*, 84.

⁹⁹⁴ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, *op. cit.*, 219.

⁹⁹⁵ F. Reynold QC, J. Hendy QC, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *op. cit.*, 83.

⁹⁹⁶ W. S. Yabar, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, *op. cit.*, 40.

утврђивања.⁹⁹⁷ Но, 8.700 запослених од укупно 18.000 одбило је да се сагласи са изменама тог елемента уговора о раду, те су представници запослених покренули поступак пред судом за незаконито умањење зараде тражећи да се разлика у оствареним примањима надокнади. Штавише, истицано је да су измене зараде, као битног елемента, незаконите и противне уговору. С друге стране, послодавац се ослонио на једностране акте у којима је било потврђено да су постојећи услови рада (зараде, радно време) наведени у приручнику, саставни део одредби уговора о раду. Релевантна одредба подразумева „да компанија задржава право да прегледа, ревидира, допуни или замени садржај приручника, те да с времена на време може уводити нове политике које снажно одражавају потребу да се мења организација пословања“.⁹⁹⁸ Као једна од мана која је посебно истицана је доведена у везу са тврдњом да значењу клаузуле недостаје јасноћа и извесност, као и то да је садржај приручника у супротности са главним условима и одредбама уговора о раду. Свака таква двосмисленост је морала бити протумачена против странке која се ослања на њено значење.⁹⁹⁹ Наиме, при одлучивању се мора узети у обзир релативна преговарачка моћ странака и да ли услови писменог споразума у истини представљају оно што је договорено, што се описује као сврсисходни приступ. Закључује се да би било апсурдно да су се радници свесно и добровољно сложили да њихов послодавац има дискреционо право да изврши промене било ког аспекта услова рада колико год значајан и фундаменталан био. Наиме, потребно је да се узме у обзир да више одговара стварности да у области радног права једна страна има бољу позицију, у смислу да послодавац може да диктира услове рада које је друга страна приморана да прихвати. Притом, ако се користе нејасни изрази у уговору, судови траже да ли постоје корисни објективни критеријуми у ту сврху, ради разјашњавања његовог значења, било да су предвиђени у самом уговору или претпостављени на други начин односно били познати обема странама по обичају, пракси или редовној употреби.¹⁰⁰⁰ Такође, ваља се осврнути и то да разумност промене није ни у једном случају прецизирана, премда би било добро користити објективна мерила, поготово што се у правничкој терминологији косе разумност и рационалност. које немају исто значење. Конфузија постаје још већа ако се узме у обзир чињеница да судује стављају примаран фокус на природу промене, иако су и разлози за измену релевантни, као и мотивација и финансијска позадина која оправдава начин на који је промена постигнута.¹⁰⁰¹ Колико се далеко отишло сведочи и чињеница да је у ствари, клаузула предвиђала да промена мора бити разумна, али не и одлука да се измена изврши. У улози банке, као послодавца, важе иста правила, те тако банка не може одбити да исплати претходно договорене бонусе, на основу подразумеваног овлашћења који јој даје слободу да „може одбити да исплаћује бонусе тамо где су подносиоци захтева били одговорни за управљање послом, који је као резултат, претрпео катастрофу банкарске кризе“.¹⁰⁰²

Ако погледамо у прошлост видећемо да је *ius variandi* био у употреби и у југословенском праву, као вид аутономног регулисања услова рада од стране радне организације. Тако, премештај радника морао је бити регулисан општим актом радне заједнице који је утврђивао случајеве, услове и поступак премештаја радника, док је његову сагласност са одредбама Устава и закона испитивао највиши суд у земљи.¹⁰⁰³ Границе послодавчевог *ius variandi* се могу наћи у уставности и законитости поступка доношења и садржаја општег акта радне организације, у правилима да је поступак премештаја извршен у доброј вери, и да се раднику тиме не наноси материјална и морална штета. Такође, додатан

⁹⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁹⁸ F. Reynold Qc, J. Hendy Qc, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *op. cit.*, 84.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 43.

¹⁰⁰¹ Karla Velásquez Guzmán, *Ejercicio del ius variandi: aplicación, límites y efectos*, Universidad de Chile Escuela de Derecho, Santiago, 2011, 78.

¹⁰⁰² *Ibid.*

¹⁰⁰³ Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 245.

услов је да захтеви новог радног места буду еквивалентни или истоветни захтевима радног места са којег је премештен. Поред тога, једнострано премештај је претпостављао да се мењају битни елементи радног односа, то јест да се врши (једнострано) утицај на садржај радникове обавезе личног обављања рада, на место рада или трајање радног односа. Међутим, одбијање радника да поступи по решењу радне организације није тумачено на начин да је запослени раскинуо радни однос нити да је повредио радну обавезу. Супротно, узимало се да је послодавац таквим поступањем једнострано изменио битне елементе радног односа са чим се радник није сложио, што је отворено показао тако што није поступио по решењу, те се и раскид радног односа приписује послодавцу који је дужан да накнади штету за период за који би иначе трајао отказни рок у висини зараде (личног дохотка) запосленог. С тим у вези, југословенска правна доктрина је истицала да радна организација не може имати потпуну слободу једностраног премештаја радника на друге послове, јер би тиме била измењена у квалитативном и квантитативном погледу дугована престација радника, чиме би се изгубила пропорционална основа и однос између рада и висине зараде, уколико потоња зависи од постигнутих резултата.¹⁰⁰⁴

3. Минимизирање потребе за изменама уговора о раду

Претходна анализа показује да је измена уговора о раду, као *sui generis* институт који нарушава аутономију воље уговорних страна и начело *pacta sunt servanda*, подложна бројним рестрикцијама, условима и ризиком судских спорова са свим негативним импликација које носе. Штавише, у неким правним системима, превасходно онима у којима је заступљено синдикално деловање дошло је до изградње прећутног правила о супрематији аутономних у односу на хетерономне правне изворе, тако да је комплетна ингеренција преговарања услова рада пренета на колективни ниво. То је довело до тога да је на индивидуалном нивоу немогуће преговарати о изменама уговора о раду (Италија), или је то начелно могуће, али без могућности отказа запосленом који одбије понуђене измене (Велика Британија), или је то могуће учинити само уз отказ, када се запосленом, коме се отказује уговор о раду, истовремено предлаже закључење уговора о раду под измењеним условима – отказ са понудом измењеног уговора (Немачка, Хрватска, Република Северна Македонија).¹⁰⁰⁵ Сходно томе, постоји јасна потреба да се избегне ситуација у којој је послодавац принуђен да од запосленог захтева измену уговора о раду, с тим да су механизми да се ово постигне различити. Најефикаснији начин да се ово избегне су, наравно, флексибилне форме ангажовања радника, кроз уговор о раду на одређено време, *staff leasing*, уговор о делу и слично, што је у последњим деценијама довело до енормног раста овог вида ангажовања радне снаге, са свим негативним импликацијама које он носе по сигурност запослења и права радника.¹⁰⁰⁶

Када су у питању радни односи на неодређено време, свакако најефикаснији механизам избегавања измена уговора о раду је пренос већинског дела регулативе радних односа на једностране акте послодавца, које он може мењати по сопственом нахођењу, са директном применом на све запослене. Тако, на пример, у Јапану, Закон о стандардима рада прописује да сваки послодавац који има 10 и више запослених има обавезу доношења правилника о раду, чији су обавезни елементи 1) радно време; 2) зараде и 3) престанак радног односа и релевантне накнаде. Поред тога, послодавцу из уговора о раду изостављају описе послова и њихово место рада, већ и ову материју преносе у правилник о раду, задржавајући тиме право да мењају место

¹⁰⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁰⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 32. За разлику од немачког и хрватског права који су готово идентични, македонско право познаје „класичну“ измену уговора о раду и отказ са понудом измењеног уговора. За решење немачког права вид.: Jens Jüttner, *Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung*, Nomos, Baden, 2011, 197.

¹⁰⁰⁶ Ibid.

рада и услове послова без сагласности запосленог.¹⁰⁰⁷ Правилник о раду има императивну и непосредну примену на све запослене и супрематију у односу на одредбе уговора о раду, чак и када садржи неповољније одредбе у односу на одредбе уговора о раду, уколико су разлози увођења неповољнијих одредби „разумни“ (енг. *reasonable*). У француском праву је тешко замислити да интерни прописи садрже клаузулу која овлашћује послодавца да једнострано измени уговоре о раду.¹⁰⁰⁸

Аналогно јапанском решењу наћи ће се решење у шведском праву, где је послодавац, сходно колективним уговорима и судској пракси, снабдевен значајним прерогативима у области организације рада, што потребу за изменама уговора о раду чини врло ретком, премда је дозвољена.¹⁰⁰⁹ Наиме, послодавац је овлашћен да једнострано одлучује, између осталог, о организацији рада, методама рада, радним обавезама, радном времену, радном месту што потребу за изменама уговора о раду знатно умањује, будући да су сви елементи везани за престацију зависног рада запосленог за послодавца у искључивој ингеренцији послодавца. Иста тенденција присутна је и у Великој Британији, где послодавци настоје да што више елемената радног односа пренесу у правилнике о раду.¹⁰¹⁰ Алтернативно, послодавци потребу за изменама уговора о раду настоје да превенирају уношењем што екстензивнијих и флексибилнијих одредби у уговоре о раду, чиме се омогућава да услови рада садржани у уговору о раду буду мењани, а да то не утиче на саму садржину уговора. Када је то могуће, послодавци прибегавају закључењу и/или изменама колективних уговора са непосредном применом на индивидуалне уговоре о раду. Наведене механизме није могуће спровести у правном систему Србије, будући да Закон о раду чланом 33. експлицитно прописује обавезне елементе уговора о раду, док чланом 171. конкретно предвиђа да се одређени елементи могу променити само уз консензус послодавца и запосленог.

Као носилац управљачке власти, послодавац има право да доноси правила којима се утврђују услови рада и понашање запослених у предузећу. Како се истиче у француском праву интерни прописи су најважнији начин испољавања управљачке моћи послодавца, а њихова обавезујућа снага се образлаже њиховим прећутним уграђивањем у уговор о раду. С друге стране, ако се узме да је послодавац „природни законодавац“ онда запослени не учествују у доношењу интерних прописа. Овај приступ трпи бројне критике, нарочито због фикције о имплицитној сагласности запослених. У складу са уговорном концепцијом, за измену интерних правилника које се односе на уговорне клаузуле послодавац мора да добије сагласност запослених. У француској јуриспруденцији је потврђено да су интерни прописи применљиви на све „људе који раде у компанији, без обзира да ли су везани уговором о раду или не“, из чега се следи да интерне одредбе нису инкорпорисане у индивидуалне уговоре о раду.¹⁰¹¹

5. Измена уговора о раду посредством колективног уговора о раду

Радно право прате бројне промене које се манифестују на различитим пољима, а најпре кроз флексибилно уређивање услова рада у погледу зараде (бонуси, награде за допринос пословном успеху предузећа и сл.), места рада (географска мобилност запослених), радних задатака (функционална флексибилност) и радног времена. Управо та три поља представљају

¹⁰⁰⁷ Закон о стандардима рада, чл. 10.

¹⁰⁰⁸ P. Lokies, „The framework of France labour law and recent trends in regulation“, *op. cit.*, 80.

¹⁰⁰⁹ Нав. према: А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 33.

¹⁰¹⁰ Catherine Barnard „Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions“ у: Araki Takashi, Ouchi Shinya (eds.) *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment /The Scope of Labour Law and the Notion of Employee*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 55.

¹⁰¹¹ A. Mazeaud, *Droit du travail*, *op. cit.*, 434.

предмет колективних преговора у француском праву, које социјалним партнерима даје простор да на заједничкој основи прилагоде организацију и распоред радног времена, висину зараде и утврде услове за професионалну или географску мобилност унутар предузећа, „да би се задовољиле потребе везане за пословање предузећа или у циљу очувања или развоја запослености“.¹⁰¹² Како су сва ова питања и предмет индивидуалних уговор о раду, потребно је нагласити да ће колективни уговор о раду имати предност у примени, осим ако уговор о раду не садржи повољније одредбе. Премда је тај принцип неспорно више пута потврђен у пракси, законодавац настоји да одредбама колективног уговора о раду да приоритет, тако да се супротне клаузуле индивидуалног уговора о раду аутоматски замењују одредбама из колективног уговора. Одбијање запосленог да прихвати измене услова рада у погледу зараде, радног времена и професионалне или географске мобилности унутар компаније представља оправдани разлог за отказ, што је противно општим правилима о изменама уговора о раду које морају бити оправдане озбиљним разлог, који је уједно и повод за отказ, а не чињеница да је запослени одбио измене. Стога, разлог (стваран и озбиљан) за измену уговора о раду мора бити узрок отпуштања, а не чињеница да је запослени користио своје легитимно право да се успротиви измени. То се објашњава тиме да је уговор о раду, по својој природи, уговор који се може изменити само уз обострану сагласност страна уговорница и из разлога законом прописаних. Супротно, колективни уговор о раду омогућава измену уговора о раду упркос одсуству сагласности једне од страна. Одбацивање „класичних“ правила о изменама уговора о раду и овлашћење послодавца да модификује уговор у одређеним областима примене изазива озбиљне дебате.¹⁰¹³ Супериорност колективне норме над индивидуалном нормом се одобрава тиме што су синдикални актери довољно легитимни да стварају правне норме и „да се преговори на колективном нивоу воде са тежњом да се пронађу средства којима ће се успоставити равнотежа у радном односу који настаје и развија се између послодавца и запосленог кроз закључење индивидуалног уговора о раду“.¹⁰¹⁴

Разлог због којег се допушта замена клаузула уговора о раду које се односе на радно време, зараду или мобилност одредбама колективног уговора о раду је да се предузећима да средство да се реорганизују, без остављања простора да запослени то спрече противљењем изменама. Колективни уговор о раду је у суштини замишљен као средство за пословно реорганизовање, које послодавац може да користи и да мобилише запослене и тиме им „веже руке“ да спрече развојне пројекте компаније.¹⁰¹⁵ Реч је о изузетку који се мора уско тумачити, тако да се може односити једино на услове рада у погледу радног времена, зараде и мобилности. Мада се одбијање запосленог тумачи као озбиљан и стваран разлог за отказ, запослени може оспорити одлуку послодавца донету на тим основама. Нажалост, до сада нема судских одлука које би ово потврдиле, али из ранијих пресуда чини се да ће судска пракса кренути у правцу допуштања да запослени оспори отказ „чим колективна норма не поштује законске одредбе или није оправдана постајањем оперативних захтева предузећа“.¹⁰¹⁶

Као илустративан пример може се навести француска компанија *Inéo Infracom*, која је преселила своје седиште у Ним и понудила запосленима премештај на друге локације у истом граду.¹⁰¹⁷ Пре тога, закључен је колективни уговор о интерној мобилности између послодавца и неколико репрезентативних синдикалних организација. Запослени који су били отпуштени због одбијања премештаја у друго место рада поднели су тужбу суду, оспоравајући законитост

¹⁰¹² Француски Законик о раду, Л. 2254-2.

¹⁰¹³ K. Chatzilaou, „Modification of working conditions in France“, *op. cit.*, 4.

¹⁰¹⁴ Thomas C. Kohler, „Modification of working conditions in the United States of America“, *IUSLabor*, No. 3, 2014, 7.

¹⁰¹⁵ „Колективна норма, израз општег интереса, превладава над индивидуалним уговором о раду, уочиштем посебних интереса [...] Колективни уговор о раду је сачињен у духу солидарности изграђеном на принципу већине и тако прерушен у обавезу пасивности и прихватања, чиме се запослени лишавају права, а послодавци оснажују у вршењу управљачке власти“. Наведено према: K. Chatzilaou, „Modification of working conditions in France“, *op. cit.*, 4.

¹⁰¹⁶ A. C. Davies, *Employment law*, *op. cit.*, 157.

¹⁰¹⁷ Cass. soc., 2 déc. 2020, n° 19-11.986.

таквог отказа. Према становишту суда, „послодавац може покренути преговоре у вези са условима професионалне или географске мобилности унутар компаније, као део колективних организационих мера без планова смањења радне снаге“.¹⁰¹⁸ Наиме, реорганизација представља заједничку колективну организациону меру, без обзира на то што су предвиђене мере довеле до укидања појединих радних места и прераспоређивања запослених на друга радна места. С обзиром на то да је отпуштање запосленог који је одбио примену услова колективног уговора о мобилности на уговор о раду засновано на економском разлогу, произлази да је тужба неоснована. Прво, према члану 4. Конвенције МОР-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца која је директно применљива, радник не сме бити отпуштен без да постоји ваљан разлог за отпуштање повезан са способностима или понашањем радника односно оперативним захтевима компаније, установе или службе.¹⁰¹⁹ Друго, суд коме се подноси тужба мора бити овлашћен да испита разлоге који су довели од отказа, као и друге околности случаја и да одлучи да ли је отпуштање било оправдано. Треће, овлашћења за одлучивање да ли су ови разлози довољни да оправдају отпуштање биће дефинисани колективним уговорима, арбитражним одлукама или судским одлукама, или на било који други начин, у складу са националном праксом или националним законодавством.¹⁰²⁰ Коначно, према тада важећем Законику о раду и закљученом колективном уговором који се односи на интерну мобилност, отпуштање запослених је засновано на економским разлозима, због чега је неопходно да измена уговора о раду, коју је запослени одбио, буде консеквентна економским и технолошким промена, а реорганизација предузећа неопходна за очување његове конкурентности.¹⁰²¹

Распоређивање запосленог у други географски сектор или ван подручја обухваћеног његовом клаузулом о мобилности не представља измену уговора о раду када је мисија мотивисана интересима компаније и оправдана изузетним околностима, а запослени је у разумном року обавештен о привремености задатка и његовом предвидивом трајању. Наиме, руководство је увело мере предострожности како би омогућило наставак рада без прекида односно измене уговора о раду погођених запослених. Додатно, уговор о раду је садржао одредбу с обзиром на природу функција које су му поверене и потребе обезбеђења несметаног функционисања предузећа. Запослени може бити у обавези да повремено путује у Француску и једну од својих садашњих или будућих радних центара, а да је послодавац у обавези да га обавести три месеца пре његовог коначног распореда на ново радно место.¹⁰²² Према је више од десет запослених одбило пресељење на нову локацију, послодавац није имао обавезу спровођења плана заштите запослења, стога што до измене уговора о раду не може доћи због привременог ангажовања током којег се послодавац обавезао да тражи трајна решења, што не искључује могућност да се запосленима измена уговора о раду накнадно предложи у одсуству клаузуле мобилности. Према наводима запослених, чак и под претпоставком да би њихова економска отпуштања могла произаћи из једноставне примене колективног уговора о интерној мобилности, њихово одбијање премештаја у друго место рада не би могло довести до отказа њихових уговора о раду без претходне консултације са представницима запослених, у складу са Директивом 98/59/ЕЗ од 20. јула 1998. године о усклађивању закона држава чланица у вези са колективним отпуштањем.¹⁰²³

Раније француско решење је предвиђало да, када колективни уговор о раду уређује услове рада другачије у односу на индивидуални уговор о раду у погледу радног времена или

¹⁰¹⁸ K. Chatzilaou, „Modification of working conditions in France“, *op. cit.*, 3.

¹⁰¹⁹ Конвенција Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, број 4/84.

¹⁰²⁰ Ана Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, докторска дисертација, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2019, 29.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² Christophe Radé, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 2011, 79.

¹⁰²³ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies *OJ L 225, 12.8.1998, p. 16–21.*

зараде запослених, наступа суспензија уговора о раду која је привремена, јер траје до истека периода важења колективног уговора о раду, што значи највише две године.¹⁰²⁴ У циљу колективне организације рада, овим споразумима се уређују трајање и распоред радног времена, као и накнаде запослених, с тим да право на одбијање нема свој извор у уговору о раду. Притом, колективни уговори о раду, посебно у француском праву, садрже одредбе које регулишу поступак измене индивидуалног уговора о раду (обавеза послодавца да писмено обавести запосленог о измени услова, да дâ запосленом време за размишљање о понуди, под којим условима се ћутање запосленог тумачи као прећутан прихват) или разлоге на које се послодавац може позвати да би изменио уговор о раду (разлози који му дозвољавају да измени распоред рада). Према појединим француским ауторима, право на одбијање би било одраз „не уговорне слободе, већ начелне слободе сваког појединца“.¹⁰²⁵

Потешкоће настају када стране нису саставиле писани акт, него су се задовољиле прећутним споразумом или једноставном применом одредаба колективног уговора. Да ли је таква пракса странака довољна да се окарактерише присуство уговорних елемената које се не могу мењати без сагласности запосленог? У француској јуриспруденцији заузет је став да проста примена одредаба колективног уговора није довољна да се тим елементима да уговорна природа.¹⁰²⁶ Ипак, чини се да се одређени елементи могу класификовати као уговорни, иако изворно нису уговорне природе, с тим да је неопходан доказ о постојању заједничке намере страна чак и када се то може претпоставити с обзиром на околности.¹⁰²⁷

Ова промена терминологије резултирала је новим начином оцене појма измене уговора о раду. Француски Касациони суд је, позивајући се на то да ли је измена суштинска или не, узимао у обзир и субјективне околности и личне податке сваког запосленог, као и специфичне потребе да би се признало запосленом право на одбијање измене.¹⁰²⁸ Напуштајући ову референтну тачку за оцену и не ослањајући се искључиво на предмет измене, већ и на његов значај, Касациони суд инсистира на томе да се свака ситуација објективно анализира стављајући по страни посебне интересе запосленог. Међутим, чисто објективна концепција измена уговора о раду није била одржива због чега судска пракса на дискретан начин разматра и субјективне околности које се везују за конкретног запосленог.¹⁰²⁹ У контексту терминолошких варијација треба поменути и Закон бр. 2005-32 од 18. јануара 2005. године о изградњи и јачању социјалне кохезије, који је увео нов режим измена уговора о раду из економског разлога, одредивши се за термин измене суштинских елемената уговора о раду.

У швајцарском праву, регулатива измена уговора о раду изостаје, изузев члана 13 Грађанског законика који у општем делу регулише измену уговора, прописујући да се писана форма захтева за закључење и за измену сваког уговора, укључујући и уговор о раду. Социјални партнери имају право да колективним уговором о раду утврде услове које послодавац мора да испуни за измену уговора о раду.¹⁰³⁰ Због императивности принципа примене најповољније одредбе, измена која одступа од колективног уговора важи под условом да је учињена у корист запосленог. У том смислу, запослени се не може одрећи зараде чији је минимум гарантован колективним уговором о раду или примене посебне клаузуле о повећању зараде која је укључена у колективни уговор.

¹⁰²⁴ C. Radé, *Droit du travail*, *op. cit.*, 78.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ Cour de cassation, Chambre sociale, 10 octobre 2007/05-45.347.

¹⁰²⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 5 mars 2008, 06-45.888.

¹⁰²⁸ F. Rosioru, *The changing concept of subordination*, *op. cit.*, 5.

¹⁰²⁹ P. Lokiec, „The framework of France labour law and recent trends in regulation“, *op. cit.*, 80.

¹⁰³⁰ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, *op. cit.*, 104.

6. Измена уговора о раду као резултат дисциплинске власти послодавца

Дисциплинска власт послодавца је једна од три власти којима послодавац располаже и огледа се у овлашћењу послодавца да казни запосленог који је повредио радне обавезе и дужности, нарушио радну дисциплину или поступио противно налогу послодавца. Дакле, ово овлашћење проистиче из потребе да се у једној радној средини обезбеди унутрашњи ред и поредак без којих нормално одвијање активности не би било могуће.¹⁰³¹ Штавише, дисциплинска власт настаје као резултат управљачке власти која послодавцу гарантује право на организацију рада унутар предузећа, те усмеравање и контролу поступака запослених.¹⁰³² Легитимност овог овлашћења црпи се из аката које доноси послодавац, као што је правилник о раду. Сигурна владавина како то описује Русо, има свој основ у уговору, због чега се правилник о раду тумачи као анекс уговора о раду.¹⁰³³ У том смислу, између правилника о раду и анекса уговора о раду постоји знак једнакости, јер правилник о раду ближе конкретизује субординацију као битан елемент уговора о раду. По речима Лубарде из анекса уговора о раду произилази обавеза сваког запосленог да се подвргне послодавчевој власти да управља процесом рада, да поштује правилник о раду, као и да се подвргне дисциплинској власти послодавца.¹⁰³⁴

Наиме, правилници и други једностранни општи акти послодавца представљају један од основних извора дисциплинског права које је изграђено са циљем очувања одређених радних стандарда. Дакле, правила унутрашњег реда могу бити повређена недопуштеним поступањем запосленог због чега право прописује како дисциплински поступак, тако и дисциплинске мере које могу бити примењене. Дисциплинске мере су градацијски постављене и могу се кретати од блажих, као што су премештај на други посао, смањење зараде и сл. и тежих које се манифестују на сам уговорни однос који може престати да постоји.¹⁰³⁵ Будући да су хијерархијски постављене и међусобно условљене, дисциплинске мере се примењују на начин да се обезбеди опстанак уговора. Другим речима, вршење дисциплинске власти треба да води задржавању запосленог у радном односу применом дисциплинске мере која ће утицати на његову зараду, посао или могућност напредовања. Наиме, дисциплинска мера има корекциону и мотивишући улогу, с обзиром на то да води деградацији и привременом распоређивању запосленог подстицајући његов продуктивнији рад.

У том смислу, дисциплинске мере су усмерене да непосредно и посредно утичу на положај запосленог, услове рада или његова права из радног односа. С тим у вези, принцип легалитета налаже да дисциплинске мере буду унапред предвиђене (*nulla poena sine lege*), што је сличност дисциплинског и кривичног поступка, заједно са правилом забране вођења поновног поступка и изрицања исте или теже санкције са исто дело (*ne bis in idem*). Ово правило је потврђено пресудом француског Касационог суда којем се налаже послодавцу да добро одмери меру коју ће применити јер једном изречена мера анулира могућност поновног кажњавања запосленог.¹⁰³⁶ Притом, у француском праву се мера измене уговора о раду учињена са циљем дисциплиновања запосленог не може једнострано наметати. Измена елемента уговора о раду извршена у дисциплинске сврхе налаже присуство изричитог пристанка запосленог.

¹⁰³¹ Emmanuel Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, Analyse juridique et valeurs en Droit social, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz, 2004, 208.

¹⁰³² Поједини аутори ову врсту моћи доводе у везу са карактером моћи који је развио Хобсон, а која има следећа обележја: механистичка, узрочна и својствена суверену. Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, *op. cit.*, 34.

¹⁰³³ E. Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*, 208.

¹⁰³⁴ Б. А. Лубарда, *Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 606.

¹⁰³⁵ J. Perlain, „Neka pitanja u vezi rasporeda radnika u radnom odnosu”, *op. cit.*, 145.

¹⁰³⁶ Marie-Cécile Amauger-Lattes, *Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, Toulouse Capitole Publications, Toulouse, 1998, 4.

Из наведеног следи да је пре примене друге санкције послодавац у обавези да остави рок запосленом да се изјасни о дисциплинској мери премештаја на други посао. Дакле, ниједна противправна радња не може довести до двоструке санкције, због чега је послодавац исцрпио своје дисциплинско овлашћење када је применио деградацију, као санкцију за непримерено понашање запосленог.¹⁰³⁷ Отуда, послодавац не може за исто дело поново казнити запосленог тако што ће му отказати уговор о раду. Такође, потпуно је ирелевантно да ли је првобитна санкција неоснована или поништена, јер је њеним изрицањем свакако исцрпљено дисциплинско овлашћење послодавца. Право на одбијање измене уговора о раду као последице дисциплинске мере потврђено је 1998. године у предмету *Raquin*, када је француски Касациони суд проширио своју одлуку на ситуације у којој је измена уговора о раду настала као резултат дисциплинске санкције коју је послодавац изрекао запосленом.¹⁰³⁸ Дакле, запослени има у овом, као и у сваком другом случају праву да одбије измену уговора о раду. У том смислу, измене уговора о раду из дисциплинских разлога ни по чему се не разликују од измене уговора о раду из других законом предвиђених разлога.

Ипак, ако запослени одбије закључење анекса, послодавац може да одустане од предложене санкције и изрекне другу дисциплинску меру, што неће бити у сукобу са принципом *ne bis in idem*, које изричито забрањује да се лице два пута санкционише за повреду исте радне обавезе. Правила везана за измене уговора о раду из дисциплинских разлога су ближе појашњена у каснијој пресуди француског Касационог суда „Хотел Ле Бери“.¹⁰³⁹ У овом предмету је запослена премештена на ниже радно место, односно на посао шефа пријема, који је запослена одбила, након чега јој је отказан уговор о раду. Суд је закључио да је овакво поступање послодавца недопуштено, због недостатка стварног и озбиљног разлога за отказ, те је наложио исплату накнаде штете запосленој. Штавише, највиши суд Француске је био оштар у својим наводима истакавши да је „бескорисно испитивати реалност и озбиљност“ отказа будући да је послодавац исцрпео своју дисциплинску моћ када је запослену преместио на посао нижег ранга.¹⁰⁴⁰ Додатно, француски Касациони суд је установио поступак који је потребно пратити како би анекс уговора о раду био законит. Послодавац који разматра другу санкцију уместо оне коју је запослени одбио мора позвати запосленог на индивидуални разговор. Овај разговор је важан не само ради разматрања садржине анекса уговора о раду, већ и што од тог момента почиње да тече рок од месец дана у којем послодавац мора да изрекне другу казну (на пример, нов предлог анекса, новчана казна, отказ уговора о раду). Осим тога, Суд је утврдио обим санкционисања након одбијања запосленог да да пристанак на анекс, у смислу да он остаје непромењен, тако да послодавац може изрећи и најтежу дисциплинску санкцију, ако је учињена тежа повреда радне обавезе.¹⁰⁴¹ Тиме су отклоњене дилеме и бојазни да ће задржавање запосленог на раду кроз предлог закључења анекса који садржи неповољну измену услова рада онемогућити послодавца да користи отказ као крајњу меру.

Даља појашњења у вези са изменама уговора о раду као резултат вршења дисциплинске власти уследила су у другим предметима међу којима се посебно издваја случај у којем је запослени са позиције менаџера продаје премештен на радно место стручног продавца, да би након два месеца уследио отказ запосленог због одбијања закључења анекса из дисциплинских разлога.¹⁰⁴² Према оцени Суда, измена уговора о раду, из било ког разлога, укључујући и дисциплинске разлоге, не може бити наметнута запосленом. Штавише, послодавац је малициозно поступао и када је желео да меру деградације примени одмах не остављајући

¹⁰³⁷ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *op. cit.*, 60.

¹⁰³⁸ J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud, E. Dockès, *Les grands arrêts du droit du travail*, *op. cit.*, 263.

¹⁰³⁹ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 16 juin 1998.

¹⁰⁴⁰ M.-C. Amauger-Lattes, *Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, *op. cit.*, 4.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, 12.

¹⁰⁴² *Ibid.*, 16.

простор запосленом да се изјасни о предлогу за измену уговора о раду.¹⁰⁴³ Имајући то у виду, Суд је извео закључак да је посреди једнострана измена уговора о раду која се намеће запосленом. Узето скупа, у мери у којој је санкција деградирања већ изречена запосленом, послодавац је изгубио право да по други пут санкционише запосленог. Дакле, отпуштање запосленог због понашања које је такво да наставак рада није могућ након што је запослени одбио премештај на ниже радно место не може бити легитимно. Заправо, примена мере премештаја на други посао нижег ранга без постигнуте сагласности запосленог води закључку да послодавац изриче незакониту дисциплинску казну.

Другим речима, ако накнадно одлучи да отпусти запосленог, послодавац у ствари два пута санкционише исте чињенице и своју одлуку лишава правног дејства. Овакво решење се чини неповољним за послодавце због чега се нуде предлози о могућности повлачења изречених дисциплинских мера. С друге стране, наводе се и негативне стране оваквог приступа када је реч о положају запослених, јер ће Суд одбијање закључења анекса уговора о раду уместо отказа схватати као непромишљен акт запосленог.¹⁰⁴⁴ То ће, даље, за последицу имати негативну расподелу процесних улога и заокрет у примени овог правила, које уместо да служи запосленом не иде њему у прилог. Стога се чини да је раније решење, пре 1999. године, било пожељније из угла запослених и да је контрола сразмерности коју је обављао суд у вези са дисциплинском казном била довољна да гарантује заштиту запосленима од ризика произвољности.¹⁰⁴⁵ Према ранијем схватању, послодавац који премешта запосленог на посао нижег ранга као примену дисциплинске мере не мења уговор о раду, него изриче дисциплинску санкцију. Запослени је повредио радну обавезу и на основу кривице, као субјективног елемента у утврђењу одговорности, изречена му је одговарајућа санкција која је за последицу имала измену уговора о раду. Отуда, до измене уговора о раду није дошло жељом послодавца или његовом намером да уговор мења у погледу његових битних елемената, већ недоличним поступањем запосленог. Наиме, бројне дискусије су се у француској доктрини водиле управо везано за то да ли је потребно бескомпромисно примењивање правила уговорног и радног права које налаже да се уговор може мењати искључиво сагласном изјавом воља, будући да заговорници институционалног приступа полазе од тезе да се о премештају на друго место као виду дисциплинске мере одлучује у складу са правилима дисциплинског права.¹⁰⁴⁶ У првом случају, свака измена значајног дела уговора о раду захтева примену идентичних правила односно обострани прихват, док у другом случају измена уговора о раду настала као резултат повреде радне обавезе представља дисциплинску санкцију за који је прилично необично да се тражи изјава сагласности лица на коју се односи.

Притом, присутне су и тврдње да послодавцу није потребно посебно овлашћење за предузимање општих дисциплинских мера.¹⁰⁴⁷ С тим у вези, дилему је стварала чињеница да ли се дисциплинске мере могу одредити искључиво законом или их је могуће одредити другим правним инструментом. Ово из разлога што је члан 38/1 тадашњег француског Законика о раду садржао одредбу да се „дисциплинске санкције могу изрећи у мери у којој је то предвиђено прописима предузећа на одговарајући начин.“¹⁰⁴⁸ По овом питању, ни ранија швајцарска доктрина није била једногласна, па се износио став да посебне дисциплинске санкције важе

¹⁰⁴³ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *op. cit.*, 60.

¹⁰⁴⁴ E. Dockès, *De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur*, *op. cit.* 208.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*

¹⁰⁴⁶ У чл. L. 122-40 француског Законика о раду дисциплинска санкција је дефинисана као мера коју је предузео послодавац након радње запосленог којим је повредио радну обавезу са циљем да ова мера има непосредни или посредни утицај на позицију, каријеру или накнаду коју запослени остварује. Сходно томе, саставни елементи дисциплинске санкције се могу сажети на следећи начин. Реч је о мери коју је предузео послодавац и која је изречена јер постоји кривица запосленог за повреду радне обавезе којом се мењају елементи радног односа без обзира на то да ли су споразумно уговорени. М.-С. Amauger-Lattes, *Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, *op. cit.*, 15.

¹⁰⁴⁷ F. Duquesne, C. Sachs-Durand, *Le droit du travail: 60 fiches*, *op. cit.*, 72.

¹⁰⁴⁸ М.-С. Amauger-Lattes, *Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, *op. cit.*, 15.

само ако су предвиђене правилником послодаваца. Санкција за повреду обавезе послушности запосленог може се одредити правилником послодаваца, колективним уговором, уговором о раду (у форми конвенционалних казни) и другим актима. Тако су странке слободне да као санкцију која мења уговор о раду предвиде смањење зараде, ноћни рад, премештај на друго радно место или место рада. Стога, када се странке споразумеју о дисциплинским санкцијама у ствари се говори о тзв. конвенционалним казнама, које морају, у свим случајевима, бити сразмерне, с тим да је потребно уколико је могуће унапред утврдити њихову природу.¹⁰⁴⁹ Супротно гледиште је да се у сваком предузећу примењује матични закон о раду, због чега дисциплинска санкција мора бити укључена у законодавне акте и применљива на конкретне ситуације и околности у сваком предузећу.¹⁰⁵⁰

Суочен са недоличним понашањем од стране запосленог, послодавац може употребити своју дисциплинску моћ и санкционисати запосленог на различите начине. Распоређивање на посао нижег ранга или деградација (фр. *la rétrogradation*) повлачи промену функције и одговорности и може се изрећи као одговор на озбиљну повреду радне обавезе или нарушавање радне дисциплине.¹⁰⁵¹ Деградација је дисциплинска мера која претпоставља измену елемената уговора о раду и мора бити оправдана и сразмерна кривици.¹⁰⁵² У случају изрицања те мере, послодавац мора позвати запосленог лично или препорученом поштом са потврдом о пријему, наводећи предмет, датум, место и време где ће се извршити разговор, уз јасну назнаку да запослени има могућност да користи бесплатну правну помоћ од особе коју он изабере а која пружа правну помоћ у предузећу или другог лица које није запослено у предузећу, али које се ангажује по потреби и на захтев предузећа.¹⁰⁵³ Између датума када је упућен позив и датума када је заказан разговор мора проћи најмање пет радних дана, док се дисциплинска санкција мора изрећи у року од месец дана који почиње да тече од датума назначеног за интервју, осим ако послодавац није одустао од примене мере према запосленом након прелиминарног разговора са њим.¹⁰⁵⁴ Заправо, разговор служи да послодавац обавести запосленог о мери која се планира предузети према њему и разлозима санкционисања, уз уважавање објашњења које запослени има.

У упоредном праву, деградација представља промену ранга радног места, умањење статуса и одговорности које може али не мора утицати на зараду. Запослени може настављати да извршава раније послове уз нижу хијерархијску позицију и статус, при чему зарада може остати непромењена.¹⁰⁵⁵ У пракси је, међутим, другачије, будући да деградација углавном повлачи смањење зараде, осим ако није реч о запосленима који су дуго година радили на ранијој позицији и који због те околности могу задржати исту зараду. Деградација се примењује у више различитих ситуација, као дисциплинска мера или последица реструктурирања, алтернатива отказу због лоших перформанси запосленог или замена за отказ услед вишка запослених. Дакле, до деградације може доћи због лошег понашања или неетичких поступака према другим запосленима, због чега се у британском праву дисциплинска мера којом се запослени премешта на други посао нижег ранга или други организациону јединицу послодаваца користи са циљем избегавања конфликтних ситуација и

¹⁰⁴⁹ Љ. Ковачевић, „Дисциплинска власт послодаваца и њене границе“, *op. cit.*, 1062.

¹⁰⁵⁰ F. Duquesne, C. Sachs-Durand, *Le droit du travail: 60 fiches*, *op. cit.*, 72.

¹⁰⁵¹ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 649.

¹⁰⁵² У француском праву, у предузећима са 50 или више запослених ова дисциплинска санкција мора бити предвиђена интерним актима предузећа. Вид. Cass. soc., 23/03/17, n°15-23.090. Према члану L. 1311-1 француског Законика о раду, доношење интерних прописа је обавезно у предузећима или установама које запошљавају најмање 50 радника, при чему су интерни прописи писани документ којим послодавац утврђује општа и трајна правила која се односе на дисциплину, а посебно природу и обим санкција које послодавац може предузети у погледу својих запослених.

¹⁰⁵³ Rosa M. González de Patto, *La dimisión provocada estudio sistemático del artículo 50 del estatuto de los trabajadores*, Universidad de Granada, Granada, 2009, 42.

¹⁰⁵⁴ F. Duquesne, C. Sachs-Durand, *Le droit du travail: 60 fiches*, *op. cit.*, 72.

¹⁰⁵⁵ Halton Cheadle “Regulated Flexibility and Small Business: Revisiting the LRA and the BCEA”, DPRU WP 06/109 23, 2006, 13.

личних сукоба између запослених.¹⁰⁵⁶ Закон о раду Републике Србије не познаје наведену дисциплинску меру, али је познаје српски правни систем будући да је Законом о спречавању злостављања на раду прописано да запослени који врши злостављање (тзв. хоризонтални мобинг) одговора за непоштовање радне дисциплине због чега се запосленом по окончању поступка може изрећи премештај у другу радну околину као мера за спречавање злостављања.¹⁰⁵⁷ Даље, премештај у другу околину на исте или друге послове односно друго радно место може се извршити ако је након окончања поступка за заштиту запосленог од злостављања утврђено постојање опасности по живот и здравље или постојање претње од настанка ненакнадиве штете.¹⁰⁵⁸ Заправо, послодавац је дужан да запосленог који се терети за злостављање удаљи са рада уз накнаду зараде или распореди на други посао односно премести у другу радну околину.

Послодавац прати рад запослених који може бити негативно оцењен и санкционисан деградацијом као алтернативом отказу. Осим тога што послодавац мора обезбедити одговарајућу обуку запосленом током трајања његовог рада, за изрицање деградације као дисциплинске санкције потребно је испуњење одређених услова који се тичу утврђења дисциплинске одговорности. Интересантно је приметити да је у британском праву задржан акузаторни поступак, који се базира на начелу контрадикторности који је у домаћем праву напуштен још са прекидом социјалистичког самоуправног система.¹⁰⁵⁹ У складу са тим поступком, захтева се да се дисциплинска расправа спроведе у складу са поштенom праксом која омогућава запосленом да изнесе своје наводе о његовом радном учинку. Штавише, у теорији се сматра да измене које произлазе из дисциплинске санкције, то јест које представљају меру дисциплинске природе, треба најпре испитати из угла моћи послодавца.¹⁰⁶⁰ У том смислу, није реч о измени уговора, већ о санкционисању погрешног понашања запосленог изменом одређених елемената уговорног односа. С друге стране, постоје и присталице судског приступа којим се усклађује режим дисциплинског права са режимом измена уговора о раду.

7. Улога синдиката у поступку измене уговора о раду

У правној пракси се обично сагласност о измени уговора о раду постиже тако што радник прихвати анекс уговора о раду који му је понудио послодавац, а који се може односити на промену радног места или места рада. У домаћем праву, премештај не може бити вршен ако су послови на које се запослени премешта неодговарајући, из угла стручне спрема која је потребна за рад, али то не искључује могућност да радник буде премештен на послове испод нивоа његове стручности, искуства и способности.¹⁰⁶¹ Уз то, послодавац може да упути иницијативу за преговоре, пре формалног упућивања понуде за измену уговора о раду. Анализа института измене уговора о раду указује на потребу уважавања интереса обе стране, запосленог који тежи да обезбеди професионалну и личну сигурност и послодавца да одговори

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ Закон о спречавању злостављања на раду, *Сл. Гласник РС*, бр. 36/2010, чл. 23. Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду. *Сл. Гласник РС*, бр. 62/2010, чл. 17, ст. 2, 25.

¹⁰⁵⁸ Љ. Ковачевић, Б. Шундерић, *Приручник за полагање правосудног испита*, *op. cit.*, 320.

¹⁰⁵⁹ Бранко А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 610.

¹⁰⁶⁰ Љубинка Ковачевић, „Дисциплинска власт послодавца и њене границе“, *Право и привреда*, Vol. 45, бр. 5-8, 2008, 1061.

¹⁰⁶¹ Такво решење прихваћено је и у земљама у окружењу. Andrijana Bilić, „Flexicurity – way out or way with traps and hurdles?“, у: Zeljko Radic, Ante Roncevic, Li Yongqiang (eds.), *Economic and Social Development*, Varazdin Development and Entrepreneurship Agency, Faculty of Law, University of Split, Faculty of Law, University of Sarajevo, Bosnia and Herzegovina, University North, Koprivnica, Faculty of Management University of Warsaw, Split, 2017, 26.

на пословне захтеве. Такође, тржиште рада захтева већу покретљивост радника што се коси са сигурношћу запослења.

Углавном је пословни интерес послодавца доминантан мотив за измену услова рада, премда разлог може бити и прикривена намера да се радник доведе у неповољну позицију како би иницирао престанак радног односа.¹⁰⁶² Тада је реч о недопуштеном премештају којим се прикривају стварни мотиви, а који последично води повреди права из радног односа и дискриминацији. Отуда се у литератури предлаже учешће синдиката као представника радника, који би својим деловањем спречио (улагањем вета на одлуку) или макар превентивно деловао, како би се спречио отказ уговора о раду под изговором постојања оправданог разлога. Уосталом, успостављање равнотеже у заштити интереса уговорних страна је рационалан и објективан разлог да се уреди консултативно учешће представника радника и уреди начин на који ће послодавац информисати раднике о утицају планираних и организованих промена на перспективу радног односа.¹⁰⁶³

Исто тако, ако то питање није уређено законом, регламентарни извор може бити и колективни уговор о раду. На важност аутономне правне регулативе у материји измена уговора о раду указује и чињеница да се у великом броју развијених европских земаља прибегава коришћењу колективних уговора о раду који представљају допуну индивидуалних уговора, а којима се гарантује додана права или уређују неке питања који нису покривена уговором о раду. Притом, мотиви за учешће синдиката на позив радника су вишеструки, почев од потребе да се заштите њихови интереси који у поступку измене уговора могу бити озбиљно урушени. У светлу тога, пут до правичне измене уговора о раду поплочан је интервенцијом синдиката као органа у предузећу чије је основна улога да „захвати“ што је више могуће од послодавца и да на тај начин побољша вулнерабилну позицију радника. Наиме, запослени због економске зависности од послодавца тешко да могу самостално на индивидуалној бази да издејствују повољније услове рада због чега се колективно удружују. У прилог идеје консултативног учешћа синдиката у поступку измене уговора, може се навести и навод дат у студији о флексиурности која је рађена на подручју Европе, у којој се заштита радног места познатија и као власништво над послом запосленог (*job property*) смањила не само због нарастајуће бујице нових правних института који погодују послодавцима, те флексибилизације радних односа, већ и из разлога што подаци показују да је опао број чланства у синдикатима и покривеност радника колективним уговорима.¹⁰⁶⁴

Важећи Закон о раду Републике Србије наводи шта може бити предмет измена уговора о раду, али да уопште не помиње шта све може бити предмет колективног преговарања. Супротно, право САД познаје три скупине питања која подлежу или су искључена из колективног преговарачког оквира. Исцрпан списак питања која обавезно улазе у колективни преговарачки поступак, индикативан списак питања која могу бити предмет колективног споразума и три издвојена случаја када је колективно преговарање недопуштено.¹⁰⁶⁵ Искључена је свака једнострана измена елемената уговора о раду која потпадају под обавезни колективни преговарачки поступак, док се и у погледу споразумне измене индивидуалних уговора о раду претпоставља учешће удружења запослених чији је члан потписник анекса уговора о раду. Ово нарочито ако се има у виду особеност америчког права које допушта формирање посебне преговарачке јединице (енг. *bargaining unit*) на одређеним пословима, у чије име иступа синдикат, а која окупља најмање два или више запослених, под условом да деле заједничке интересе.¹⁰⁶⁶ Обавезно учешће синдиката у случају измене уговорених услова

¹⁰⁶² *Ibid.*

¹⁰⁶³ Жељко Мирјанић, „Измене уговор о раду“, *Радно и социјално право*, бр. 2, 2019, 3 *et seq.*

¹⁰⁶⁴ Више вид.: А. Bilić, „Flexicurity – way out or way with traps and hurdles?“, *op. cit.*, 26.

¹⁰⁶⁵ Darcy Du Toit, Shane Godfrey, Carole Cooper, Graham Giles, Tamara Cohen, Bradley Conradie, Anton Steenkamp, *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*, Lexis Nexis, New York, 2015, 631; Chanda Chungu, Ernest Beele, *Labour Law in Zambia: An Introduction*, Second Edition, Juta and Company, Claremont, 2020, 23.

¹⁰⁶⁶ *Ibid.*

рада није предвиђено домаћим правом, с тим да постоје теоријски предлози о консултативном учешћу синдиката на позив радника, што значи искључивање аутоматске синдикалне интервенције.¹⁰⁶⁷ На то се надовезује и чињеница постојања униформног приступа у одређењу појма колективног уговора у домаћем праву. За разлику од тога, страна права се не ограничавају на колективни уговор о условима рада, већ уводе и низ других колективних уговора, који се због шароликости односа које регулишу означавају нестандартним.¹⁰⁶⁸

Шпанско право реформисано је у неколико наврата, с тим да се на првом месту, елиминише потреба за претходним одобрењем министарства правде да би се могли изменити елементи уговора о раду.¹⁰⁶⁹ Друго, поред техничких, организационих или производних разлога додаје се још један разлог, који се односи на функционалне промене. Треће, уводи се диференцијација између индивидуалне и колективне измене, укључујући период консултација са правним заступницима у случајевима у којима се мењају уговори о раду већег број радника, што замењује претходно административно овлашћење. Оправдан разлог за измену уговора о раду је побољшање стања предузећа кроз адекватнију организацију ресурса, што погодује конкурентској позицији на тржишту и води ефикасном одговору на захтеве тражње.¹⁰⁷⁰ Нова формулација је више у складу са ризицима скопчаним са економским и финансијским кризама, тако да одлука послодавца треба да буде оријентисана на спречавање негативних последица криза односно на побољшање биланса стања кроз развој перспективе предузећа изградњом дугорочне стратегије за стабилно постизање већег профита. Највећа промена се десила у погледу трајања консултација, будући да је ранији закон предвиђао да овај поступак траје најмање петнаест дана, док је новим прописом утврђено да наведени процес не може трајати дуже од петнаест дана.¹⁰⁷¹ Реч је о максималном трајању рока који се не може продужити. Ако нема представника запослених уведена је могућност стварања *ad hoc* комисије састављене од највише три члана која би могла бити задужена за преговоре у периоду консултација предвиђених законом. На тај начин ће ову комисију чинити радници који су демократски изабрани или именовани на основу њихове репрезентативности од најрепрезентативнијих синдиката из сектора коме су припадала предузећа.¹⁰⁷²

У италијанском праву пре једностране измене уговора о раду послодавац мора да добије одговарајуће овлашћење од Управе за рад, да би наредним законом било предвиђено посебно овлашћење надлежних органа Министарства рада за измену услова под којим се одвијају радни односи у предузећу.¹⁰⁷³ Каснији легислативни развој обележио је додатан услов да се пре измене услова рада прибави извештај сачињен од стране синдиката или управног савета односно индустријског комитета (нешто слично садашњим инспекторима рада), уз навођење разлога за измену уговора, док се обавештење радника о промени даје 15 дана унапред.¹⁰⁷⁴ Насупрот томе, у Великој Британији не постоји законска обавеза да се тражи дозвола или сагласност било ког јавног регулаторног органа или институционалног тела када се планирају измене уговора о раду, али и када је већ дошло до упућивања понуде за измену од стране послодавца. Дакле, ни претходна сагласности ни накнадно одобрење независног тела није потребно за пуноважну измену уговора о раду.¹⁰⁷⁵ Заправо, у англосаксонским правним

¹⁰⁶⁷ Више вид.: Ж. Мирјанић, „Измјене уговор о раду“, *op. cit.*, 5.

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, 283.

¹⁰⁶⁹ М. С. Palomeque Lopez, M. Alvarez de la Rosa, *Derecho del trabajo*, *op. cit.*, 729.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, *op. cit.*, 218.

¹⁰⁷² Краљевски декрет-закон 11/2013, од 2. августа, за заштиту радника са непуним радним временом и друге хитне мере у економском и друштвеном поретку и Закон 1/2014, од 28. фебруара, за заштиту радника са непуним радним временом и друге хитне мере у економском и друштвеном поретку. Потоњи закон се не ограничава као претходно наведени на успостављање преговарачког тела, односно легитимних субјеката овлашћених за преговоре, него се додаје и нова структура којом се утврђује начин формирања комисије, у зависности од обима измене.

¹⁰⁷³ T. Treu, *Labour law in Italy*, *op. cit.*, 146.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ Paul Craig, Grainne De Burca, *EC Law: Texts, Cases and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 230.

системима у случају једностране измене уговора о раду не тражи се сагласност синдиката или представника радника. Поред тога, споразум или консултативни разговор не мора постојати ни са јавним органима (управа за рад), као ни са трећом страном (арбитар). Међутим да ли постоје узроци који дозвољавају једнострану измену? Која су формална ограничења која се морају поштовати? Премда измене уговора о раду имају неспорно велики правни значај, теоријски овај институт или уопште није обрађен или не у довољној мери. Већина правила везаних за измене елемената уговор о раду развила је судска пракса, с тим да и даље постоје нека питања која су отворена. Док се о закључењу и раскиду уговора о раду могу наћи свеобухватна истраживања, са изменама елемената уговора о раду то није случај. Ово упркос чињеници да се у пракси често прибегава изменама уговорених услова рада у циљу прилагођава пословања тржишним кретањима.

8. Улога савета запослених у поступку измене уговора о раду

У упоредном праву, савет запослених, као институционални орган у предузећу, служи да заступа интересе запослених. Пад синдикалне активности довео је до јачања улоге савета запослених који имају значајне ингеренције, нарочито у погледу утврђивања услова рада. Управо прибављање мишљења или консултовање савета запослених о одређеним питањима, као што је измена уговора о раду, завређује посебну пажњу. Иако савет запослених постоји у домаћем законодавству тај облик институционалне партиципације није заживео у пракси, због чега бројна питања о којима се расправља у страним правним круговима, нису предмет дебате међу домаћим стручњацима.¹⁰⁷⁶ Имајући у виду да савет запослених има дугу историју у Немачкој где се показао изузетно успешном институцијом која попут синдиката организује раднике и штити њихове интересе, представимо решење немачког права које нам може послужити као узор, у правцу јачања положаја савета запослених и њихове улоге у пројектовању радних услова у предузећу.

У немачком праву се отворило питање када долази до премештаја и може ли раднички савет спречити премештај? Премештај у смислу Закона о радничком савету је додељивање другог „радног подручја“ за које се очекује да ће трајати дуже од месец дана или које је повезано са значајном променом околности под којима се посао обавља.¹⁰⁷⁷ У пракси, међутим, увек постоје спорови око тога да ли су испуњени услови за премештај и треба ли да се укључи савет запослених у поступка одлучивања о премештају. Одговор зависи од тога да ли је додељена друга област рада или су се околности под којима се активност обавља значајно промениле. Међутим, демаркациону линију није увек лако повући, па је у појединим случајевима тешко оценити да ли савет запослених мора бити укључен у поступак премештаја запосленог.¹⁰⁷⁸ Државни радни суд Доње Саксоније одлучио је о конкретном питању за сектор малопродаје у продавници намештаја, с тим да је одлука од фундаменталног значаја из разлога што се може применити и на друге секторе.¹⁰⁷⁹ У предметном случају закључено је да велики број купаца код послодавца, може довести до тога да се запослени из области исхране, продаје,

¹⁰⁷⁶ У делу Закона о раду посвећеном организацијама запослених и послодаваца спомиње се савет запослених као факултативни орган који учествује у одлучивању о економским и социјалним правима запослених. Иако није прецизирано које су функције савета запослених и на који начин се формира, начелно посматрано, савет запослених би могао да изрази своје мишљење о предлогу за измену уговора о раду. Закон о раду, чл. 205.

¹⁰⁷⁷ Према Закону о радничком савету, послодавац у предузећима са више од 20 запослених са правом гласа мора да обавести раднички савет пре сваког премештаја и да добије његову сагласност за планирану меру. Савет запослених може одбити своју сагласност само из одређених разлога који су недвосмислено наведени у закону. На пример, ако премештај крши уговор предузећа или је дотични запослени у неповољном положају због преноса, а да то није оправдано оперативним разлозима. Закон о радничком савету (*Betriebsverfassungsgesetz*), чл. 99 ст. 1.

¹⁰⁷⁸ M. Lieb, M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, op. cit., 147.

¹⁰⁷⁹ LAG Niedersachsen v. 29.4.2019, 12 TaBV 51/18.

комуникације и одељења за људске ресурсе, преместе у случају недостатка особља у друге области које подразумевају рад на каси и у логистици. Највећи део времена запослени је проводио у логистици, а на каси један до два сата, премда је понекад активност трајала и дуже, до шест сати, па чак и целу дневну смену. Рад на каси карактерише, између осталог, и висок ниво буке, а у поређењу са радом у канцеларији отвореног типа, запослени на каси су више изложени промаји.¹⁰⁸⁰ Даље, разликују се и потребне активности у логистици, јер су запослени тамо изложени већим температурним флукуацијама и физичким оптерећењима него у канцеларији отвореног типа. Неспорно уступање осталих послова у логистици и на каси увек се одвија у просторијама продавнице намештаја, при чему радно време и зарада остају непромењени. Савет запослених је инсистирао на саодлучивању сматрајући да и краткорочни задаци послова у логистици и на каси задовољавају услове из дефиниције премештаја. Разлог за покретање судског поступка ради укључивања савета запослених је посебно био везан за чињеницу да је привремени рад запослених због недостатка кадра премашао разумни ниво. Насупрот томе, послодавац је истицао да су краткорочни привремени послови део прихваћене корпоративне културе, при чему промена колективно уговорене накнаде није повезана са активностима. Додељивање другог „радног подручја“ настаје када се „укупна слика претходне активности запосленог толико промени да се нова активност може посматрати као `другачија` са тачке гледишта посматрача упознатог са оперативном ситуацијом“.¹⁰⁸¹ То може бити последица промене садржаја радних задатака и одговорности повезаних са њима, може бити последица промене места рада или врсте делатности, односно начина на који се радни задатак обавља и може произаћи из промене положаја и места запосленог у организацији предузећа, кроз распоређивање у другу јединицу предузећа. Суд је јасно ставио до знања да се при разматрању и оцени да ли је дошло до значајне промене у околностима под којима се посао обавља, не сме бирати атомизирајући приступ.¹⁰⁸² Уместо тога, захтева се да се процена врши у целини, сагледавањем свих околности под којима се одређени посао мора обавити, што посебно укључује питање да ли се посао може обављати претежно са или без контакта са купцима у малопродаји. Временска компонента није пресудна, као ни то да ли се други задатак може извршити за три сата, три дана или три недеље, уз битну промену околности.¹⁰⁸³ У одлуци се јасно каже да премештај не мора бити одобрен само ако запослени треба да буде премештен на очекивани период дужи од једног месеца, с тим да месечни рок важи само ако се промени подручје рада. Међутим, ако се област рада значајно промени, премештај се може одобрити чак и када се посао обавља само неколико сати.¹⁰⁸⁴

Интересантан је и пример функционалног премештаја који се састоји од промене дужности запосленог. Руководилац одељења у малопродајном предузећу руководио је одељењем бутика у којој су била два запослена са уговором о раду на неодређено време и једним запосленим који је радио пола радног времена, који је премештен у мање одељење женских шешира у којој је радио један продавац запослен на одређено време. Запосленом је додељено друго „радно подручје“, јер је опсег одговорности значајно промењен због елиминисања задатака управљања кадровима, као и радни задатак због различитог асортимана робе. Пошто је премештај у друге области рада био трајан, то значи да је посреди премештај који је предмет заједничког одлучивања радничког савета и послодавца. Међутим, продужење или скраћивање недељног радног времена запосленог не представља премештај, као и прелазак из редовне смене у наизменичну смену. Даље, нема промене у радној области ако се промени само главна област у оквиру одељења компаније, осим ако прелазак у друго одељење

¹⁰⁸⁰ Günter Schaub, Martina Ahrendt, Ulrich Koch, Rüdiger Linck, Maren Rennpferdt, Ursula Rinck, Jürgen Treber, Hinrich Vogelsang, *Arbeitsrechts-Handbuch: Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis*, 20. Auflage, C. H. Beck., Verlag, München, 2023, 459.

¹⁰⁸¹ *Ibid.*

¹⁰⁸² M. Löwisch, *Arbeitsrecht: Ein Studienbuch*, op. cit., 167.

¹⁰⁸³ *Ibid.*, 171.

¹⁰⁸⁴ Elke Müller, *Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderungskündigung zur innerbetrieblichen Versetzung - Europäische Hochschulschriften Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007, 7-8.

компаније укључује и преузимање нове области надзора пословође.¹⁰⁸⁵ Немачки Савезни радни суд изнео је мишљење у једној од својих одлука да би требало да дође до значајне промене радних околности и да би премештај који је предмет саодлучивања требало сматрати превише далекосежним ако се квалификована геријатријска сестра премешта са једног одељења на друго (у дом са четири одељења за негу), јер она тада мора да се прилагођава новим људима којима је потребна нега.¹⁰⁸⁶ Повећање броја дугованих радних сати по уговору о раду не представља премештај у смислу Закона о радничком савету. Дефиниција премештаја захтева доделу другог „радног подручја“, при чему промену „радног подручја“ не прати повећање радног времена. Наиме, право савета запослених на саодлучивање се више не односи на ситуације када се запосленом додељују одговорности које имају запослени позиционирани на вишем нивоу на хијерархијској лествици. Сужавање круга задатака који је запослени претходно вршио је премештај који подлеже саодлучивању ако се услед тога значајно промени област одговорности. Ако је запослени ускраћен само за неки од послова које је обављао, промене дужности које нису значајне неће утицати на његову област рада. Тако, кредитни службеник који првенствено ради у канцеларији биће лишен дужности службе на терену што значи да се радњом премештаја потпуно елиминише другачији задатак теренске службе који је раније обављао.¹⁰⁸⁷ По мишљењу немачког Савезног радног суда, запослени је лишен делимичне функције која не мења битно његову област рада, тако да нема премештаја који је предмет саодлучивања.¹⁰⁸⁸ Супротно, ситуација у који рецепционар добија додатне инструкције да дистрибуира долазну пошту и припреми одлазну пошту за слање, проширује „радно подручје“.¹⁰⁸⁹ У суштини, додатни задатак значи доделу другачијег „радног подручја“ у квалитативном смислу, будући да значајно мења тренутни профил посла што значи да постоји радња премештаја која је предмет саодлучивања.

Област рада је описана задатком и одговорношћу као и врстом делатности и њеном интеграцијом у радно место предузећа. Фокус стога мора бити на специфичном радном месту и његовом односу са оперативном организацијом из просторне, техничке и организационе перспективе.¹⁰⁹⁰ Након промене, активност се мора приказати као „другачија“ активност, узимајући у обзир оперативне околности што се може претпоставити ако се садржај радног задатка промени, на пример, прерасподелом или повлачењем суштинских задатака који укупној активности дају другачији карактер.¹⁰⁹¹ Додавање или повлачење парцијалних функција може се сматрати „квантитативно значајним“ у пропорцији од 20%, док индикација квалитативне промене може бити регруписавање у предузећу или повећање накнаде запосленима.¹⁰⁹² Значајна промена спољашњих околности може се претпоставити и ако запослени треба да обавља исти посао у другој организационој јединици или ако запослени треба да буде распоређен у други део предузећа.

С тим у вези, постављено је питање када се мењају околности извођења посла? То ће бити случај ако се запослени премести на другу локацију, а време путовања је знатно дуже, као и када се радно време промени, као и опремљеност радног места. Надаље, у којој мери је потребно да послодавац обавести савет запослених односно које информације је потребно да пружи како би испунио своје законске обавезе. Послодавац мора благовремено обавестити раднички савет пре спровођења планираног премештаја запосленог наводећи следеће: лични

¹⁰⁸⁵ M. Lieb, M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, op. cit., 146.

¹⁰⁸⁶ *Ibid.*

¹⁰⁸⁷ E. Müller, *Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderungskündigung zur innerbetrieblichen Versetzung - Europäische Hochschulschriften Recht*, op. cit., 49.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, 62.

¹⁰⁸⁹ Thomas Raiser, Rüdiger Veil, Matthias Jacobs, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz. Kommentar*, 7. Neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2020, 20.

¹⁰⁹⁰ M. Lieb, M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, op. cit., 277.

¹⁰⁹¹ Roland Schwarze, Mario Eylert, Peter Schrader, *Kündigungsschutzgesetz. Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2011, 300.

¹⁰⁹² *Ibid.*, 310.

подаци запосленог, обим послова, место обављања послова по уговору о раду, уз прилагање копије уговора о раду, утицај планираног премештаја на радну и личну ситуацију запосленог и оперативни разлози за планирани премештај. Дакле, да би испунио обавезу послодавац мора доставити радничком већу податке о утицају планиране мере, предвиђеном послу и намеравању класификацији достављањем потребне документације. Савет запослених може да одбије сагласност на пренос, али мора навести један од разлога наведених у закону. То су ситуације када би кадровска мера прекршила закон, одредбу колективног уговора, уговора о раду, судску одлуку или службени налог или би као резултат кадровске мере запослени био отпуштен, а да то није оправдано из оперативних или личних разлога.¹⁰⁹³ Даље, ако савет запослених одбије да да сагласност, дужан је о томе писмено обавестити послодавца у року од једне седмице уз навођење разлога. У случају да савет запослених писмено не обавести послодавца о одбијању сагласности у наведеном року, сматра се да је сагласност дата. Што се тиче прибављања сагласности за премештај, послодавац се може обратити суду за рад који може заменити сагласност радничког савета који је претходно одбио да се сложи са премештајем.

Када је мера коју послодавац намерава да предузме планирана за период дужи од месец дана, послодавац увек мора укључити савет запослених у поступка одлучивања о премештају. До премештаја који је предмет саодлучивања долази и ако се тиме промени укупна слика активности и предмета рада запосленог (нпр. позиција у организацији компаније). У светлу тога, навешћемо пример компаније у аутомобилској индустрији која производи и продаје фарове, а где постоји савет запослених састављен од 13 чланова. У оквиру одељења раде различити тимови, а вође тимова имају овлашћења да поделе посао, одобре годишњи одмор и одлучују о другим питањима.¹⁰⁹⁴ Отуда се отворило као тема да ли премештај унутар одељења, али у други тим, треба посматрати као премештај радника на други посао. Наиме, промена у тимском задатку може бити карактерисана као премештај радника на други посао који захтева саодлучивање упркос томе што радни задаци остају исти. Према мишљењу Државног суда за рад Тирингије кључно је, у ствари, то да ли се „режим рада“ запосленог значајније мења. Радник је премештен на други посао ако се додељује друго „радно подручје“ за које се очекује да ће трајати дуже од месец дана или је дошло до значајне промену околности под којима се радни задаци изводе.¹⁰⁹⁵ С тим у вези, поставља се питање када се може претпоставити да постоји „другачија радна област или подручје“. Закључује се да је то несумњиво случај ако се промени садржај радних задатака, радно место или положај запосленог. Такође, промена несумњиво постоји када премештај доводи до тога да запослени ради са новим колегама или мора да обавља своје дужности у другој јединици. Дакле, премештај у други тим, што се у предметном случају догодило, треба посматрати као премештај, ако запослени на новом послу треба да „примени другачији режим рада који одступа од понашања у свакодневном раду“.¹⁰⁹⁶ Поред тога, меродавно је то да ли промену тима прати и нови вођа тима, који је правно одговоран за давање упутства за рад, одобравање одмора и дисциплинско кажњавање запослених. Суд долази до закључка да ако је премештај радника извршен без неопходне сагласности савета запослених, предузеће мора да га поништи.

Послодавац не може вршити премештаје без сагласности савета запослених, при чему није битно да ли запослени пристаје на премештај или не. Притом, савет запослених не одлучује као заступник интереса појединаца, већ радне снаге у целини. Оно што је важно јесте да савет запослених није слободан да одлучује да ли ће дати сагласност коју тражи послодавац, будући да он може одбити сагласност само из одређених законских разлога.¹⁰⁹⁷ Тако, у оквиру

¹⁰⁹³ Franzjosef Bleisten, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Grundlagen und Praxis des Arbeitsrechts*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978, 39.

¹⁰⁹⁴ Franz X. Wallner, *Die Änderungskündigung*, Verlag C.H. Beck, München, 2005, 250.

¹⁰⁹⁵ Нав. према: R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, *op. cit.*, 340.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

¹⁰⁹⁷ F. Bleisten, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Grundlagen und Praxis des Arbeitsrechts*, *op. cit.*, 40.

реструктурирања предузећа, послодавац који жели да двоје запослених премести из Минхена у Падерборн на неколико месеци, а да накнада и радно време остају непромењени, потребно је да прибави сагласност радничког савета. Пошто је у питању премештај на друго место рада савет запослених у предузећу мора да се сложи са премештајем. До расподеле другог „радног подручја“ у смислу члана 95. став 3. Закона о радничком савету, долази и ако је запослени упућен на друго радно место без промене радног задатка или без интегрисања у другу организациону јединицу.¹⁰⁹⁸ Такође, савет запослених мора бити претходно консултован ако се запослена премешта на други посао по повратку са породичног одсуства. Притом, премештај се мора односити на значајније промене подручја рада и садржине радних задатака. Штавише, савет запослених има овлашћење да писмено приговор на премештај запослене која се услед тога доводи у неповољан положај.

У швајцарском праву, послодавац који планира да изврши колективна отпуштања дужан је да се консултује са изабраним представницима радника или у њиховом одсуству са радницима и да их обавести о свим мерама за избегавања отпуштања (нпр. смањење зараде, скраћивање радног времена), с тим да поступак консултација треба да започне и заврши пре почетка отпуштања. Послодавац, такође, има обавезу да консултује комисију за здравље, безбедност и услове рада пре било које веће развојне одлуке којом се мењају здравствени, безбедносни или радни услови, а посебно пре ступања на снагу трансформације алата, промене у производњи или организацији рада, као и пре измене стопе и стандарда продуктивности, без обзира да ли су повезане са накнадом за рад.¹⁰⁹⁹ У новијој регулативи швајцарског права, могу се наћи бројни примери обавезе обавештења и консултовања у колективним уговорима о раду.¹¹⁰⁰ Тако, представник радника има право да буде благовремено и потпуно обавештен о свим питањима која су неопходна да би правилно обављао своје дужности. Наиме, представник радника заступа и брани заједничке интересе радника. Притом, ако нема представника радника, сами радници директно остварују своје право на информисање и консултовање. Даље, ако су у питању веће измене уговора о раду, послодавац је дужан да у својој одлуци обавести представника радника, а ако их нема, запослене.

У француском праву, послодавац мора да обавести и консултује савет запослених или у његовом одсуству представнике запослених о мерама које утичу на организацију, управљање и опште пословање предузећа, посебно о оним мерама које би могле утицати на обим и структуру радне снаге, радно време, услове запослења и рада, као и оне мере које претпостављају измену економске или организационе природе (нарочито у случају спајања, преноса или значајнијих измена производних структура).¹¹⁰¹ Када се савет запослених информише и консултује о мери која утиче на обим и структуру радне снаге, то се, заправо, односи на измене уговора, због чега се консултације обезбеђују са свим запосленима. У интересантном случају у којем је компаније *Majorette* након што је решила да реорганизује своје пословање, обавестила 14 запослених о предложеној измени уговора о раду која би се састојала од промене места рада.¹¹⁰² Пре одговора запослених на предлог измене уговора, савет запослених је обавештен о пројекту реорганизације и синдикат је тада затражио од судије да наложи компанији да поштује поступак колективног отпуштања и да у ту сврху изradi социјални план.

¹⁰⁹⁸ BAG, Urteil vom 08.08.1989, Aktenzeichen: 1 ABR 63/88.

¹⁰⁹⁹ Franz X. Wallner, *Die Änderungskündigung*, op. cit., 256.

¹¹⁰⁰ У постсовјетским републикама не постоји историјски успостављен систем оснивања савета предузећа, што је предуслов за успостављање поступка њиховог учешћа у поступку „колективне контроле и санкције“ премештаја. К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, op. cit., 99.

¹¹⁰¹ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, op. cit., 60.

¹¹⁰² Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 1996, 95-20.360.

Шести део

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ УПУЋИВАЊА ПОНУДЕ ЗА ИЗМЕНУ УГОВОРА О РАДУ

1. *Послодавчево ius variandi vs. радничково ius resistentiae*

Друштвено економски услови, пре свега велике економске и финансијске кризе 70-их година прошлог века које су довеле и до кризе на тржишту рада, изазвале су неоправдано ширење овлашћења послодавца у домену измена уговорених услова рада. Управљачка власт представља скуп (законских) овлашћења чијим вршењем послодавац организује послове који се обављају за његов рачун и за чију успешност он сноси ризик.¹¹⁰³ Потоња власт послодавца може бити легитимна само ако је успостављена у циљу добре организације рада што уосталом представља и њену сврху. За разлику од социјалистичког периода, када је запослени био субјект и објект кадровске политике, у савременом радном праву послодавац има највећи утицај приликом доношења одлука. Управљачка власт која се даје послодавцу укључује мноштво овлашћења која правни систем препознаје као неопходне за нормално функционисање предузећа. Издавање наређења и давање инструкција у складу са економским, техничким и функционалним захтевима производње лежи у основи добре управљачке политике.¹¹⁰⁴

Иако у доктрини и јуриспруденцији постоји јасан став о томе шта је суштински садржај управљачке моћи, постоји низ њених аспеката у којима је диспаритет мишљења присутан, што је углавном последица оскудне регулативе. У немачком праву се управљачка власт види као форма у којој се на једноставнији начин може мењати садржина уговора о раду.¹¹⁰⁵ Притом, ограничења послодавца су лимитирана на конкретизацију обавеза из уговора о раду, то јест на могућност послодавца да прецизира врсту рада, место и време обављања (*Art, Zeit und Ort der Arbeitsleistung*). Опсег права одређује се првенствено путем уговора о раду, а у случају празнина у уговору уз коришћење општих начела и обичаја који се примењују у радном праву, а могу се узети у обзир и организацијски планови, опис радног места, прихваћена пракса у одређеној струци и други подобни параметри.¹¹⁰⁶

Уговором о раду се изграђује правни однос између запосленог који добровољно пружа плаћене услуге у оквиру делокруга одређене организације којом управљања друго лице. Основно обележје је хијерархијска организација, тако да послодавац има моћ усмеравања запослених у њиховом раду и контроле рада праћењем, као и овлашћење да их кажњава за лош учинак. Однос између три власти (управљачка, нормативна и дисциплинска) огледа се у томе да се оне у корелацији једна са другом. Дакле, имајући у виду њихову садржину и однос долази се до закључка да се оне међусобно прожимају и надовезују. Поједини британски аутори распоређивање запослених везују за обавезу послушности која произлази из уговора о раду и која на особен начин рефлектује подређени положај запосленог у погледу места где се обавља рад.¹¹⁰⁷ Зато се каже да су моћ усмеравања и дужност послушности две стране истог новчића, које проистичу из подређеног рада, где један командује, а други се покорави. У том контексту,

¹¹⁰³ „Сваки акти управљања од стране послодавца је прожет економских мотивима“. Franz X. Wallner, *Die Änderungskündigung*, op. cit., 256.

¹¹⁰⁴ Штавише, „ревизија услова рада је једна од главних манифестација управљачке моћи послодавца“. C. Sachs-Durand, F. Duquesne, *Le droit du travail: 60 fiches*, op. cit., 79.

¹¹⁰⁵ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹¹⁰⁶ S. Lingemann, R. von Steinau-Steinrück, A. Mengel, *Employment & Labor Law in Germany*, op. cit., 66.

¹¹⁰⁷ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

solve et repete је латински афоризам који се преводи као „плати па се жали“ у смислу да дужник може уложити жалбу, али тек након што изврши налог плаћања садржан у извршном решењу који је донео надлежни орган управе.¹¹⁰⁸ Овај принцип је нашао своје место у радном праву у контексту преиспитивања управљачких овлашћења послодавца. То би значило да је запослени дужан да се повинује налозима послодавца чију валидност може накнадно оспоравати. Примера ради, запослена је повредила своје дужности када је довела у питање послодавчеву одлуку о географском премештају.¹¹⁰⁹

Управљачка власт иако широко постављена, није неограничена. Неспорно је да она даје дискрециона овлашћења послодавцу, али се дискреција не може схватати као синоним за произвољност. Оправданост непоштовање налога од стране запосленог зависи од чињенице да ли налог прекорачује редовно вршење управљачких овлашћења.¹¹¹⁰ Ако послодавац може да наметне услове уговора, па чак и да их промени онда уговор о раду има „изненађујуће малу принудну снагу“.¹¹¹¹ Дакле, питање измене уговора о раду је уско везано са вршењем потестативних права. Слобода рада и слобода предузетништва се супротстављају, због чега се уговор о раду поима као колевка сукоба, али и сусрета две стране са различитим интересима.

Процес доношења одлуке се може дефинисати као избор између две алтернативе. У том смислу, запослени може прихватити или одбити понуду за измену уговора о раду, а у појединим правним системима прихват може бити праћен резервом или протестом. С тим у вези, нејасно је да ли протест треба да постоји у тренутку изјашњавања о понуди или мора бити континуиран. Да ли неприхватање предлога за измену уговора о раду може бити ваљан разлог за отказ? Становиште прихваћено у упоредном праву је да послодавци треба да поступају разумно пре него што предузму било какву радњу усмерену у правцу отказивања уговора о раду. На једној страни се налази послодавчев *ius variandi*, а на другој страни радников *ius resistentiae*. Судска пракса страних судова је ставила значајан нагласак на консултације са запосленима који се противе променама, а посебно потребу да се размотре разлози које запослени наводе у приговору на измену. У случају да пропусте да то учине, послодавци ће у случају спора теже моћи да оправдају своју одлуку. Наиме, стране судије су придале значајну тежину обиму процеса консултација спроведених са погођеним запосленима. Важност консултација је у више наврата наглашена у судским одлукама, као и степен до којег су послодавци узели у обзир утицај измена уговора на живот запослених и да ли су сви алтернативни предлози понуђени и размотрени. Осим тога, циљање на одређене групе запослених (нпр. средње руководство или слабије плаћене запослене) може довести до тврдње да се ради о дискриминацији због чега такве одлуке треба избегавати у пракси, без обзира да ли су посредни трајне или привремене измене елемената уговора о раду.

1.1. Прихватање понуде за измену уговора о раду

Према традиционалном схватању, чинило се логичним да послодавац који има право да једнострано раскине уговор о раду путем отказа, може и да измени садржину уговора како му одговара, јер „ко може више, може и мање“. У складу са тим, све до пред крај 19. века послодавцу није био потребан пристанак запосленог да измени зараду, радно време, премести

¹¹⁰⁸ María Carmen De la Flor López, *El ius variandi o poder de dirección tras la reforma laboral del 2012*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2017, 25.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹¹⁰ Историјски посматрано, повреда уговора постоји када је слуга непослушан свом господару, без обзира на мотиве његове непослушности. То што је слушкиња напустила кући господара како би посетила своју болесну мајку не мења чињеницу да је она поступила супротно забрани послодавца која је била изричита. Емотивна природа таквог поступања се није узимала у обзир од стране суда. Једино што је суд препознао је настанак изузетних околности, које оправдавају игнорисање налога господара а које се тичу заштите интегритета и физичког здравља слуге. P. L. Davies, M. Freedland, „Employees, workers and the autonomy of labour law“, *op. cit.*, 269.

¹¹¹¹ *Ibid.*

запосленог на други посао и сл. Архаична концепција једностране измене уговор о раду без сагласности запосленог напуштена је у предмету *Raquin*.¹¹¹² Пошто смо више пута у тексту анализирали добро познати предмет *Raquin* на овом месту ћемо само поменути тај револуционални случај који представља прекретницу у смислу преласка на уговорни концепцију радног односа, која инсистира на томе да се уговор о раду изграђује и мења сусретом воља сукоптрахената. Према ранијем члану 1134 француског Грађанског законика (сада члану 1103), уговор се може мењати једино сагласном изјавом воља.¹¹¹³ То подједнако важи и за оне случајеве у којима се правни статус запосленог као резултат измене битних елемената уговора о раду побољшава (нпр. увећање зараде).

Интересантно је навести да је до 1987. године у Француској био прихваћен став да ако запослени није јасно и брзо изразио жељу да одбије измену уговора о раду, тако што је покренуо иницијативу за раскид уговора о раду, није могао да захтева од послодаваца да задржи раније услове рада.¹¹¹⁴ Међутим, ако се измена уговора о раду односила на висину зараде, извршење уговора се није могло сматрати довољним да се сматра да је запослени прихватио понуду. Дакле, када је измена утицала на друге уговорне одредбе, изузев зараде, извршење уговора према новим условима, без протеста или резерве, сигнализирало је спремност запосленог да прихвати понуду.¹¹¹⁵ Важно је рећи да је овај принцип претрпео бројне изузетке. Оно што привлачи посебну пажњу је чињеница да ако је запослени изразио противљење док је наставио да ради, његово противљење или резерва, остали су без дејства, када би се из његовог понашања могло закључити прећутно прихватање, што је мора се признати изузетно контроверзно решење.¹¹¹⁶ До преокрета је дошло са пресудом *Raquin* у којој је прихваћено правило да прихватање битне измене уговора о раду не може произићи из искључивог наставка рада од стране запосленог.¹¹¹⁷ Од тада француска јуриспруденција истиче потребу да је за измене неопходно да послодавац прибави сагласност запосленог, у супротном, запослени има право да захтева задржавање претходних услова рада.¹¹¹⁸ У формулацији француског Касационог суда од 1988. године прихватање измене уговора о раду од стране запосленог не произлази из његовог наставка рада, ако суд није уочио присуство других елемената из којих би се могла закључити недвосмислена жеља запосленог да прихвати измену уговора о раду. Из тога произлази да сам наставак рада од стране запосленог не значи да је прихватио понуду. Уз то, важи претпоставка да је понуда одбијена, а да је на послодавцу да докаже прихватање измене уговора о раду.

На сличан приступ наилазимо у социјалистичком праву наше земље где радник који није користио право приговора на решење органа управљања није могао да покрене радни спор. Ово из разлога што се сматрало да се пасивним поступањем радник сагласио са донетим решењем. Међутим, ако другостепени орган радне организације не донесе решење у року који је законом предвиђен, радник има право да покрене радни спор као да је његов захтев односно

¹¹¹² Jean-Philippe Tricoit, *Droit du travail*, Ellipses, France, 2020, 293.

¹¹¹³ *Ibid.*, 301.

¹¹¹⁴ Roger Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, fifth edition, Sweet & Maxwell, London, 1989, 55.

¹¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹¹⁶ Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockés, *Droit du travail*, 31^e édition, Dalloz, Paris, 2018, 766.

¹¹¹⁷ Премда има много позитивних реакција на наведену пресуду, она је критикована због нејасноћа. Послодавац би могао да се нађе у тешкоћама када би запослени који су претрпели смањење зарада у претходним годинама, у року застарелости захтевали разлику између почетног износа зараде и измењене стопе. Да разјаснимо двосмислену ситуацију у којој су се послодавци нашли након предмета *Raquin*, а која се односи на избегавање потраживања запослених пре истека рока застарелости. Наиме, према новом приступу послодавац има право да сматра да је ћутање запосленог прихватање нових услова рада. Поред тога, компанија која жели да, на пример, измени радно време како би прилагодила услове рада економским потребама, мора, по новом решењу, тражити сагласност свих запослених, што захтева доста времена. Штавише, проблематично може бити из угла легитимности раскида уговора о раду када би дошло до отпуштања запослених два или три месеца након измене уговора о раду.

¹¹¹⁸ D. Gatumel, *Le droit du travail en France*, op. cit., 436.

приговор на решење одбијен. Рок за подношење тужбе износио је 30 дана, по карактеру је био преклузиван, а рачунао се од дана достављања коначног решења.¹¹¹⁹

У руској судској пракси, постојала су неслагања у дефиницији поступка за измену битних услова рада која су имала свој извор у неслагању члана 25 Закона о раду Руске Федерације из 1971. године и става 12 раније важеће резолуције Пленума Врховног суда Руске Федерације од 22. децембра 1992. године број 16.¹¹²⁰ У неким случајевима судови су премештај радника на други посао условљавали постојањем сагласности запосленог, док су у другим случајевима премештај карактерисали као једнострану промену услова рада коју врши послодавац уз упозорење од најмање два месеца раније са давањем одговарајућег образложења.¹¹²¹ У швајцарском праву, постојање измене се такође признаје од тренутка када запослени може да сматра, у доброј вери, да је његова уговорна активност замењена другом. Исто тако, када нова активност захтева специјализацију запосленог која изискује дуготрајне посебне напоре у том правцу, то се може квалификовати као прећутна измена уговора о раду. Ипак, потребно је разјаснити ако нови задаци остану у оквиру квалификација, или је природа задатака остала непромењена, да ли то спада у корпус послодавчевог управљачког овлашћења.¹¹²²

Резултат прихвата предложене понуде је да се уговор о раду одржава на снази под новим условима. У већини правних система, измена производи ефекат након прихвата понуде од стране запосленог, док се у мањем броју земаља (нпр. Швајцарска) ступање на снагу измена везује за дејство измена, па ако се ради о изменама које су извршене у корист запосленог измена ће одмах произвести ефекте, док у случају неповољних измена дејство почиње на крају периода одсуства са рада запосленог. Ипак, карактер измена не анулира потребу за прибављањем сагласности запосленог на измену.

Швајцарски Савезни суд је расправљао о проблему прећутног прихватања, посебну у погледу измене зараде, те је у једној од својих првих пресуда у овој материји нагласио да се „постојање прећутног споразума не може закључити само из чињенице да радник не реагује на једнострану одлуку послодавца да смањи месечну зараду.“¹¹²³ У том случају, стари услови рада остају на снази, а на страни која је предложила измену остаје да раскине уговор о раду. Први услов који је потребан да се испуни да би се из пуког наставка рада закључила прећутна воља запосленог је уредно обавештење о новим предложеним изменама уговора. У случаја када је послодавац комуницирао са запосленима у форми циркуларног писма упућеног на крају године свим запосленима са циљем исказивања немогућности гарантовања исплате бонуса за ефективан рад, швајцарски Савезни суд је сматрао да унилатерална изјава послодавца није дозвољавала закључивање споразума и изражавање пристанка на измену од стране запосленог.¹¹²⁴ Штавише, не може се закључити постојање прећутног пристанка запосленог на измену уговора о раду ни из чињенице да запослени дозвољава да прође дуг период, а да не настоји да оствари своја права или се уздржава од раскида уговора о раду или наставља да врши активности под новим условима (нпр. смањена зарада). Интересантно је да је у кантоналној пракси прихваћено да када послодавац исплати нижу зараду од уговорене, а запослени измену зараде прихвати неколико пута (тачније, најмање три пута), без протеста и резерве, могуће је извести постојање пристанка за све измене тог елемента у уговору о раду.¹¹²⁵ У светлу тога, швајцарски Савезни суд наглашава да се прећутни прихват признаје само у

¹¹¹⁹ Т. Поповић, *Радно право*, *op. cit.*, 124.

¹¹²⁰ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 124.

¹¹²¹ *Ibid.*

¹¹²² У том смислу, изменом уговора не треба сматрати ситуацију у којој је послодавац од пољопривредног радника који је био задужен за брање лимуна затражио да пакује банане. Више вид.: Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, *Droit du travail*, 27e edition, Dalloz, Paris, 2013, 618.

¹¹²³ G. Auzero, D. Baugard, E. Dockès, *Droit du travail*, *op. cit.*, 768.

¹¹²⁴ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, *op. cit.*, 56.

¹¹²⁵ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail*, *op. cit.*, 345.

изузетним околностима, али да претпоставка у корист прихвата смањења зараде постоји када је радник у више наврата прихватио нижу зараду од уговорене. Уз то, ако погледамо конкретне околности случаја у којем је запослени изразио неслагање са предлогом за смањење зараде, видећемо да је послодавац, намеравајући да одржи своју одлуку, организовао интервју са запосленим током којег је остао при својој одлуци и образложио разлоге за измену. Према мишљењу Суда, „тада би био ред на радника да реагује, у складу са правилима добре вере“, ако је намеравао да остане при својој одлуци да неприхвати измену уговора о раду.¹¹²⁶ Отуда, прихватање понуде измене тог елемента уговора током 1993. године, а затим поновни прихват смањења зараде годину дана касније (1994. године) након што је запослени претходно добио обавештење од послодавца, не може се сматрати другачије неко као прихватање смањења зараде као коначног акта.¹¹²⁷ Уз то, швајцарски Савезни суд је изјаснио о томе да се према правилима добре вере, сам потпис радника на признаници о пријему зараде у којем је назначен износ зараде нижи од уговореног, није прихват измене уговора о раду.¹¹²⁸

Швајцарски законодавац прописује да стране међусобно морају да изразе, изричито или прећутно, своју сагласност да би закључиле уговор. Поред тог правила постоји још једно да ако се због посебне природе посла или околности не очекује изричито прихватање, сматра се да је уговор закључен ако се пријава не одбије у разумном року. У швајцарској теорије се износи став да императивност права спречава стране да врше измене, као и када право произлази из колективног уговора о раду због чега се тада ћутање запосленог не може сматрати прихватањем анекса.¹¹²⁹ С друге стране, ако је предлог за измену уговора о раду потекао од послодавца, ћутање запосленог се може сматрати као прихват ако је предлог начињен у корист запосленог. То гледиште се коси са законодавним приступом, јер је тешко прихватити да запослени показује спремност да закључи анекс који му не иде у прилог.

4.1. Наметање измене уговора о раду *via facti*

Послодавац не може наметати запосленом измене уговора о раду *via facti*, будући да запослени има легитимно право да одбије понуду за измену уговора о раду ако му се нови услови рада не свиђају. Отуда се једнострано наметање измена неког од битних елемента сматра повредом уговора о раду. Послодавац може, у складу са законским правом, понудити правичну измену уговора, али не може наметати једностране измене истог. Дакле, у случају да запослени одбије измену уговора која је за њега неповољна, он не чини повреду радне обавезе, већ користи своје легитимно право да се успротиви предлогу са којим није сагласан и да на тај начин заштити своје интересе.¹¹³⁰ Тако, ако до премештаја долази споразумно и ако премештај није супротан когентној правној норми, тада нема повреде уговора и запослени се не може позивати на то да му је изменом уговора непосредно или посредно нанета штета (*Volenti non fit iniuria*).

Пристанак радника улази у садржај и основу правне институције премештаја, јер пристанак обележава не само постанак радног односа, већ и утврђивање одређене садржине појединих битних елемената (посао, место рада), што значи да до премештаја не може доћи без његове воље, односно ако до тога дође то неће имати дејства. Само сагласношћу воља у току трајања радног односа може се правоваљано изменити оно што је приликом заснивања

¹¹²⁶ *Ibid.*, 368.

¹¹²⁷ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 58.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail*, op. cit., 345.

¹¹³⁰ Carolina Gala Durán, „La modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la inaplicación del convenio colectivo como instrumentos de mantenimiento del empleo tras la reforma laboral de 2012“, *Anuario IET*, Vol. 1, 2013, 55.

радног односа легално створено.¹¹³¹ Премда су нешто другачија правила важила у самоуправном социјализму, где је воља радне заједнице имала предност над индивидуалном вољом радника, па су се услови рада утврђивали путем општих аката или одлука колегијалних органа самоуправљања (споразумно), ако је уговор о раду садржао посебне услове рада, радник није могао бити премештен на друго радно место без јасно израженог пристанка.¹¹³²

У случају да је повређено правило о споразумној измени уговора, запослени може уложити протест и одбити да ради на новим пословима на које је премештен.¹¹³³ Стога, једнострана измена уговора, без обзира да ли је привременог или трајног карактера, не сме утицати на сталност и сигурност запослења и не може бити вршена на уштрб начела слободе уговарања и слободе воље. Дакле, једнострано одлучен премештај није конституисан у складу са основним радноправним правилима, и као такав, не обавезује запосленог да по њему поступа. То значи да запослени може одбити да ради под новим условима, што се не може окарактерисати као неизвршење основне обавезе из уговора. Пружање престације рада значи радити у условима који су првобитно договорени, те се свака једнострана измена уговора о раду не сматра правно обавезујућом за страну која није изразила свој пристанак (*Quod non conventum non debetur*).¹¹³⁴

Када до одређивања радног места у уговору о раду не може доћи против воље радника, тако ни до каснијих измена уговора не може доћи без његове сагласности, осим ако радник нема одговарајућу стручну спрему, те је премештај потребно извршити или раскинути радни однос.¹¹³⁵ *A contrario*, премештај који је инициран како би се задовољиле нове потребе организације рада, кадровске потребе или потребе процеса производње или на други начин задовољили интереси радне средине, не обавезују запосленог, те се његово изостајање са посла не може сматрати неоправданим, нити се такво поступање може оценити неодговорним, које нарушава поверење послодавца. То понашање није самовољно напуштање посла, и запослени тада не чини повреду радне обавезе која може бити санкционисана од стране послодавца, било дисциплински било разрешењем са дужности које је раније имао. Ипак, запослени може, због позиције у коју је доведен, да сам иницира престанак радног односа, с тим да се тада отказ може приписати послодавцу.¹¹³⁶ То последично води активирању посебне заштите запосленог, будући да је реч о незаконитом поступању послодавца и отказу који нема ваљану правну основу. Ово из простог разлога што отказ не настаје због неодговарајућег понашања запосленог, већ зато што је послодавац једнострано изменио битне елементе уговора о раду, на пример, посао или место рада. У оваквим ситуацијама, то јест ако не жели да одржи раније услове рада на снази, послодавац има једино могућност да након што запослени одбије понуду за измену уговора, запосленом откаже уговор о раду позивањем на неки од оправданих разлога (смањење обима посла, реорганизација пословања, кадровске мере).¹¹³⁷ Док траје отказни рок, запослени свакако задржава право да ради на послу или месту рада који су првобитно били утврђени уговором о раду.

Конечно, измене уговора о раду не могу бити наметане запосленом од стране послодавца, јер би у супротном запослени имао право да тужи послодавца због повреде уговора. Када запослени не намерава да буде везан условима измењеног уговора може раскинути уговор, при чему се такво поступање запосленог третира као одговор на непримерено понашање

¹¹³¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 464.

¹¹³² Љ. Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 832.

¹¹³³ Т. Поповић, *Радно право*, *op. cit.*, 212.

¹¹³⁴ F. Vischer, „Le contrat de travail“, *op. cit.*, 67.

¹¹³⁵ Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*. Knjiga prva: radni odnosi (II), *op. cit.*, 255.

¹¹³⁶ Luz Pacheco Zerga, „Los elementos esenciales del contrato de trabajo“, *Revista de Derecho*, бр. 13, 2012, 33.

¹¹³⁷ John McMullen, „A Synthesis of the Mode of Termination of Contracts of Employment“, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 41, бр. 1, 1982, 112.

¹¹³⁸ Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Имплементација европског социјалног модела у радно законодавство Републике Македоније“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 68, Год. LIII, 2014, 120.

послодавца. Протест на предлог измене, отуд, може резултирати и отказом уговора о раду на иницијативу запосленог, при чему се такав отказ сматра изнуђеним и приписује се послодавцу.¹¹³⁸

4.2. Неприхватање понуде за измену уговора о раду

Неопходно је разликовати две различите жеље запосленог: да изврши уговор и да одбије измену. Чињеница да се обе воље могу истовремено манифестовати у истом чину је извор проблема. У светлу тога се поставља питање како тумачити чињеницу да се запослени није успротивио анексу, а наставио је да ради под измењеним условима. У потрази за недвосмисленим испољавањем воље, француска јуриспруденција у принципу одбија да прида вредност ћутању и наставку рада под измењеним условима.¹¹³⁹ Притом, није релевантан начин на који послодавац тумачи понашање запосленог, будући да је његова улога да докаже недвосмислену вољу запосленог да се противи измени. С друге стране, швајцарски законодавац решава проблем на основама принципа добре вере и узајамног поверења. Упечатљив је пример у којем запослени засновао радни однос са осигуравајућим друштвом 1955. године, а да је послодавац 1962. године ревидирао услове његовог запослења, чему се радник успротивио.¹¹⁴⁰ После одласка запосленог у старосну пензију 1980. године запослени је тврдио да је његов ранији послодавац једнострано, без његове сагласности, изменио висину зараде. Иако се запослени сагласио са тим, у смислу да је примао наведени износ зараде пуних осамнаест година, без протеста, француски Касациони суд је уважио захтев запосленог, признајући да прихват не може произићи из наставка рада, те да, сходно томе, запослени има право на накнаду штете.¹¹⁴¹ Свакако, могућност потраживања разлике између две зараде током петогодишњег рока застарелости изазива пословну несигурност, с тим да послодавац који не жели да се суочи са тим захтевом мора пронаћи начин да докаже вољу запосленог.

У руском праву, уколико запослени одбије да прихвати измене уговора о раду, послодавац може отказати уговор о раду, уз исплату отпремнине у висини двонедељне просечне зараде.¹¹⁴² Да би се одбијање понуде за закључење анекса уговора о раду сматрало оправданим отказним разлогом, послодавчева понуда за закључење анекса уговора о раду, као формални акт, мора садржати оправдан разлог. Заиста је битно да запослени буде у стању да разуме обим измене уговора о раду. Узето скупа, потребно је да предлог буде јасан и разумљив и да је време остављено запосленом довољно да његово прихватање резултира закључењем анекса. Понуда анекса уговора о раду не може да се односи на укидање неких примања која запослени остварују у току трајања радног односа, као што су: право на регрес, накнада трошкова превоза, накнада трошкова за исхрану и сл. Ово из разлога што се ради о правима која су утврђена општим актима којима се регулишу радни односи и не могу бити ускраћена ни једном запосленом једностраном вољом послодавца. Осим тога, ради се о апсолутним правима којих се запослени не може одрећи, па самим тим ни евентуално не прихватање понуде анекса од стране запосленог не би производило правно дејство у смислу могућности раскида уговорног односа.

Сагласност запосленог на премештај може бити одређена и недвосмислена, у смислу да запослени не пристаје на премештај уопште или на премештај на одређено радно место са специфичном радном функцијом и условима рада. Затим, пристанак мора бити добровољан, што значи да не сме бити дат под принудом или претњом било које врсте. Није довољно да послодавци писмено обавесте запослене о изменама битних елемената уговора. Такође,

¹¹³⁸ Институт изнуђеног отказа је укинут у праву Републике Србије 2014. године, док у земљама англосаксонског правног круга фигурира под називом конструктивни отказ.

¹¹³⁹ J. Pélissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 27e edition, *op. cit.*, 638.

¹¹⁴⁰ Jean-Philippe Tricoit, *Droit du travail*, Ellipses, Paris, 2020, 239.

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 158.

потврда пријема понуде за измену уговора дата од стране запосленог на инсистирање послодаваца не може се сматрати пристанком запосленог. Свака измена уговора о раду коју предложи послодавац може извршити само уз јасно и недвосмислено изражену вољу запосленог изражену у форми пристанка на измену. Воља се екстернализује кроз активно и пасивно понашање, што значи да начин изражавања воље може имати више облика. У швајцарском праву, у недостатку посебних правила у вези са изменама уговора о раду, запослени је слободан да изрази своју вољу усмено или писмено.¹¹⁴³ Према принципу консензуализма, подвргавање воље форми није неопходно да би изражена воља произвела правно дејство. Према француском праву, форма акта којом се ова воља исказује нема значаја, осим ако уговором о раду или колективним уговором о раду није предвиђена посебна форма. То, даље, значи да прихватање може бити изричито или прећутно.¹¹⁴⁴

Тако, у француском праву у понуди послодавац обавештава запосленог да има месец дана да саопшти своје одбијање.¹¹⁴⁵ Тај рок почиње да тече од дана пријема понуде, с тим да ако одговора нема сматра се да је запослени прихватио предложену измену. Одложни или условни одговор, као што је захтев за продужење даљег разматрања сматра се негативним одговором. Што се тиче измена уговора о раду из дисциплинских разлога, послодавац такође мора да наведе у понуди рок у којем запослени може да покаже своју спремност да прихвати измену у облику санкције, при чему нереаговање схваћено као прихватање понуде само у случају измене уговора о раду из економских разлога. Дакле, ако запослени ћути током наведеног периода, његово ћутање се не може тумачити као прихватање измене уговора као дисциплинске мере.¹¹⁴⁶ Сходно томе, послодавац може изрећи другу казну или прибећи дисциплинском отказу као последњем средству. Према одредбама француског Закона бр. 93-1313 од 20. децембра 1993. године када послодавац разматра измену уговора о раду из економских разлога наведених у закону, он је обавезан да сваког запосленог обавести препорученим писмом са потврдом о пријему, у којем наводи, између осталог, да прималац има рок од месец дана да изрази своје несагласје.¹¹⁴⁷ Француска правна доктрина је изражавала сумњу у примену наведеног члана када је измена елемената уговора о раду предложена у оквиру социјалног плана, али је судска пракса у том погледу, ипак, заузела афирмативан став.¹¹⁴⁸

Измена уговора о раду од стране послодаваца из било ког разлога захтева сагласност запосленог. Пристанак запосленог на измену уговора о раду мора бити изричит. Ћутање на понуду се не може сматрати прећутним прихватом понуде за измену уговора о раду. Такође, чињеница да запослени наставља да ради за послодаваца у периоду од неколико година не значи прихватање понуде за измену уговора о раду. Историјски посматрано, ово правило је претрпело неколико измена, те је француска судска пракса све до 1987. године заузимала становиште о могућности прећутног прихвата понуде ако се запослени није успротивио измени уговора о раду, већ наставио да ради у промењеним условима.¹¹⁴⁹ Наиме, пре чувеног предмета *Raquin*, када је дошло до крупног заокрета пошло се од тога да ако запослени није изричито одбио понуду исту је прећутно прихватио и не може је са успехом оспоравати. На овом месту ваља поменути да је слично гледиште било заступљено у нормативној регулативи, јер је у складу са законом *Giraud*, ћутање на понуду за измену уговора о раду засновано на економским разлозима тумачено као прихват понуде.¹¹⁵⁰ У сваком случају, уговор о раду или

¹¹⁴³ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 67.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ D. Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, op. cit., 16.

¹¹⁴⁶ D. Gatumel, *Le droit du travail en France*, op. cit., 438.

¹¹⁴⁷ Закона бр. 93-1313 од 20. децембра 1993. године, чл. L. 321-1-2.

¹¹⁴⁸ D. Gatumel, *Le droit du travail en France*, op. cit., 438.

¹¹⁴⁹ Antoine Mazeaud, *Droit du travail*, 5e édition, Montchrestien, Paris, 2006, 431.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*, 432.

колективни уговор о раду не могу предвидети да одсуство реакције запосленог током периода остављеног за размишљање о понуди представља прећутни пристапак на њу.¹¹⁵¹

С друге стране, британски судови се противе да прихвате наставак рада запосленог под измењеним условима као прећутни пристапак. То правило је, међутим, ограничено на ситуације када је запослени наставио да ради уз протест чиме је истакао своје незадовољство да се уговор о раду измени у погледу његових елемената. Тако је у предмету *Rigby v Ferodo Ltd*, Апелациони суд заузео став да је послодавац прекршио уговор о раду када је упркос протесту запосленог једнострано изменио висину зараде.¹¹⁵² Такође, када измена елемената уговора о раду одмах почиње да производи правно дејство запослени нису у могућности да се правилно и потпуно упознају са изменом уговора о раду нити да истакну приговор, због чега се одсуство приговора не може сматрати прихватам понуде.

Наиме, проблема нема када запослени изрази своју вољу не остављајући никакву сумњу. До компликације може доћи када послодавац конклюдентним радњама наметне запосленом одређене промене, на пример, утврђивањем новог распореда радног времена, док запослени који наставља са радом показује спремност да прихвати нове услове. Када нема протеста или резерва од стране запосленог, у страним правним системима се поставља питање да ли је сам наставак рада довољан да се заузме став да је запослени прећутно прихватио понуду.¹¹⁵³ С друге стране, ако запослени затражи измену уговора о раду (нпр. повећање зараде), а послодавац ћути то се неће тумачити као прихватање.

Однос субординације који произлази из радног односа спречава да се прихвати став да је запослени, у доброј вери, прихватио измену уговора о раду, ако запослени ћути на понуду која му иде на штету. Када је потребно тумачити жеље запосленог које резултирају губитком одређених права, чини се да француски правници желе да обезбеде да изјава жеље буде испољавање стварне воље. У швајцарском праву, према теорији поверења, када је једна страна створила привид који не одговара његовој стварној вољи, остаје везан својом изјавом.¹¹⁵⁴ Систем поверења успоставља избалансирано решење између стварне воље, изјаве воље и интереса субјеката, а посебно оној страни којој је изјава упућена, што је на пола пута између супростављене филозофије аутономије воље и изјаве воље. Иако на први мах изгледа чудно, на тај начин се обезбеђује заштита због односа поверења и створеног привида постојања одређене воље на основу понашања запосленог.

Не може се сматрати да је запослени прихватио клаузулу географске мобилности само зато што је наставио да ради без икаквог формалног приговора на предложеној измену уговора о раду. То значи да клаузула географске мобилности не може бити прећутно садржана у иницијалном уговору о раду, било из разлога нужде било на основу тога што су обе стране, поступајући разумно, држале да је та клаузула саставни део уговора о раду. Ово независно од чињеница што без клаузуле географске мобилности уговор о раду не може бити извршен. Реч је, у ствари, о могућој сукобљености два теста (тест разумног посматрача и тест пословне ефикасности) које примењују енглески судови приликом утврђивања садржине уговора о раду.¹¹⁵⁵ Наиме, у англосаксонском праву судови имају овлашћење да попуњавају празнине у уговор ако су стране уговорнице пропустиле да одређену клаузулу унесу у уговор иако су о њој већ постигле сагласност.

¹¹⁵¹ P. Lokies, *Droit du travail*, op. cit., 228.

¹¹⁵² *Rigby v Ferodo Ltd* [1988] ICR 29. Richard White, „Working under Protest and Variation of Employment Terms: *Robinson v Tescom Corporation*“, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, бр. 4, 2008, 369.

¹¹⁵³ Denis Gatumel, *Le droit du travail en France*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2007, 436.

¹¹⁵⁴ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 67.

¹¹⁵⁵ R. White, „Working under Protest and Variation of Employment Terms: *Robinson v Tescom Corporation*“, op. cit., 369.

1.3.1. Отказ као последица неприхватања понуде за измену уговора о раду

На првом месту, потребно је направити разлику између одбијања запосленог да прихвати измене услова рада у односу на одбијање запосленог да прихвати измене уговора о раду. Наиме, у складу са схватањем да измена услова рада не представља измену уговора о раду, већ само њен начин извршења, будући да је запослени подвргнут власти послодаваца којој се добровољно подређује закључењем уговора о раду, одбијање запосленог да прихвати измену услова рада коју му послодавац једнострано намеће сматра се непоштовањем уговора о раду од стране запосленог, које може бити санкционисано отказом из дисциплинских разлога.¹¹⁵⁶

За разлику од одбијања измена услова рада, одбијање запосленог да прихвати понуду послодавца за измену уговора о раду не може се третирати као повреда уговора о раду, односно као понашање које би могло бити санкционисано из дисциплинских разлога. У складу ли ће: 1) прихватити понуду и поступати у складу да измењеним уговором, 2) прихватити понуду и судски оспоравати измене уговора, извршавајући измењени уговор о раду до правноснажне одлуке суда о захтеву за поништај измена или 3) одбити понуду и захтевати од послодавца извршење неизмењеног уговора о раду, ризикујући притом отказ као последицу. Притом, ниједан од ових избора не представља акт непоштовања уговора о раду, нити било који други акт неприхватљивог понашања запосленог и не може бити предмет дисциплинских санкција.

Штавише, у француској теорији се указује да понуда за измену уговора о раду може бити последица дисциплинске санкције, али да одбијање те измене од стране запосленог само по себи не повлачи дисциплинску одговорност.¹¹⁵⁷ Као што је претходно елаборирано, *sui generis* природа понуде за измену уговора о раду даје послодавцу право да откаже уговор о раду. Међутим, поставља се питање шта је правни основ отказа уговора о раду? Прецизније, да ли се одбијање понуде, само по себи, сматра довољним и оправданим разлогом за отказ или пак основ отказа мора засновати на разлозима који су приморали послодавца да запосленом понуди измену уговора о раду? У правној теорији и судској пракси мишљења су подељена, премда се ни законодавства не могу похвалити јединственим решењима.

Тако, у јуриспруденцији француског Касационог суда заузето је схватање да „одбијање да се прихвати измена уговора о раду, само по себи, не садржи стваран и озбиљан разлог за отпуштање.“¹¹⁵⁸ Из тога се изводи закључак да иако одбијање има за последицу отказ, оно само по себи није разлог за отказ, будући да би такав разлог задирао у основну уговорну слободу и сходно томе био ништав. Француски Касациони суд је изразио став да отказ као последица одбијања понуде за измену уговора о раду има ваљан основ само ако је предложена измена уговора о раду оправдана неким стварним и озбиљним разлогом, који мора бити елабориран у решењу о отказу. Правни основ решења о отказу је неопходан, на пример, економски или лични основ. Дакле, прилично униформни став француске правне доктрине и судске праксе је да одбијање измена уговора о раду не чини, само по себи, довољан и оправдан разлог за отказ уговора о раду, већ да отказ, да би био законит, мора бити заснован на озбиљним и стварним разлозима који су послодавца приморали да учини запосленом понуду.

У шведској јуриспруденцији такође је заузет став да одбијање запосленог да прихвати понуду за измену уговора о раду не може представљати довољан и оправдан разлог за отказ.¹¹⁵⁹ Проблем злонамерне природе раскида након одбијања понуде за измену, у швајцарском праву, по први пут је испитан у контексту уговора о франшизи, чија су правила аналогно примењена

¹¹⁵⁶ Када је службеник муслиманске вероисповести отпуштен из супермаркета због одбијања да ради у делу где се продају алкохолна пића, немачки савезни радни суд је закључио да је отпуштање било незаконито, јер је запослени могао бити распоређен на друге послове (нпр. на одељењу за свежу храну). Federal Labour Court of 24 February 2011, no. 2 AZR 636/09.

¹¹⁵⁷ A. Mazeaud, *Droit du travail*, op. cit., 433.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*

¹¹⁵⁹ J. McMullen, „A Synthesis of the Mode of Termination of Contracts of Employment“, op. cit., 112.

на уговор о раду. Наиме, швајцарски Савезни суд је квалификовао измену као злоупотребу (измена која се односи на повећање процента промета који прималац франшизе дугује са 1% на 7%), те је наведена измена сматрана неправедном.¹¹⁶⁰ Раскид ће бити легитиман ако је разлог који је оправдао предложену измену сам по себи легитиман. У сваком случају, одбијање анекса се не сматра повредом уговорне обавезе или поверења због које послодавац може раскинути уговор. Једини изузетак од генералног правила је решавање вишка запослених који представља довољан и оправдан разлог отказа запосленима који одбију измену уговора о раду под претпоставком да је послодавац водио одговарајући поступак у складу са законом.

Када послодавац намерава да измени уговор о раду неколицини запослених поставља се питање да ли мора да поштује поступак који важи за колективна отпуштања у случају да се запослени не сагласе са изменом. Пре свега, потребно је утврдити да ли се отпуштања након одбијања измене имају сматрати појединачним отказом или се мора процењивати у контексту других отпуштања која се дешавају у предузећу, то јест тзв. колективна фидуцијализација.¹¹⁶¹ Према француском Касационом суду, откази изречени након предлога за измену појединачног елемента представљају појединачне отказе, док је Законом из 1992. године послодавац био дужан да поштује одредбе које се односе на поступак колективног отпуштања, без обзира на начин раскида уговора о раду (отказ из економских разлога, споразумни раскид).¹¹⁶² Тиме је законодавац, у ствари, желео да учини обавезним за послодавца да изради социјални план у случају отпуштања. Штавише, инсистира се на томе да социјални план буде израђен од стране послодавца и пре упућивања предлога измене уговора о раду. С тим у вези, спорно је када се покреће поступак, да ли при предлагању измена уговора о раду или након одбијања понуде од стране запослених. Ово из разлога што је текст закона несавршен и баца сумњу на то питање, али је, упркос томе, прихваћено да су поступак измене уговора и отказни поступак одвојени поступци, и да се поступак отпуштања из економских разлога може иницирати тек након одбијања понуде. На тај закључак води дословно тумачење законодавног текста, ипак, поједине судије и теоретичари сматрају да сваки пројекат реструктурирања који утиче на уговоре најмање десет запослених уз могућност отпуштања захтева израду социјалног плана.¹¹⁶³ Социјални план има за циљ избегавање или смањење броја отпуштених, тако што садржи мере које утичу на запошљавање и пре него што се одређени запослени прогласи за вишак.

Француско право разликује индивидуални и колективни отказ из економског разлога. Заправо, до примене правила која важе за колективна отпуштања долази ако најмање 10 запослених одбије понуду за измену битног елемента уговора о раду, с тим да се оправданост отказа оцењује не само из угла присуства економског разлога, него и из чињенице да је послодавац учинио све што је у његовој моћи да запосленом обезбеди алтернативно решење у виду премештаја на други посао који одговара способностима и квалификацијама конкретног запосленог.¹¹⁶⁴ Отпуштање из економских разлога је предмет француске законске регулативе још од Закона од 3. јануара 1975. године, који је притиске конкурентног тржишта наводио као једини разлог који оправдава отказ. Француска јуриспруденција је ограничила коришћење економског разлога за отказ у два наврата: први пут 1992. године, када је легитимност реорганизације везала за услов да буде у интересу предузећа, и други пут 1995. године додавањем још једно фундаментално ограничење, а то је очување конкурентности

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 67.

¹¹⁶² *Ibid.*

¹¹⁶³ У страним правним системима се наилази и на специфична решења да ако постоји ваљани разлог за измену уговора о раду и пристанак већег дела запослених код послодавца на промене у погледу услова рада, отказ уговора о раду на иницијативу послодавца сматраће се законитим. Наравно, анекс уговора о раду не може да се користи као изговор или параван за отпуштање запослених. Поред материјалног услова за измену уговора о раду, потребно је и испуњење процедуралног услова који се огледа у спровођењу консултација. J. McMullen, „A Synthesis of the Mode of Termination of Contracts of Employment“, op. cit., 112.

¹¹⁶⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ*, op.cit., 414.

предузећа.¹¹⁶⁵ Оно што је на овом месту важно поменути је да између одбијања анекса и отказа из економског разлога мора постајати чврста временска одредница или веза, те се послодавац не може позвати на постојање економског разлога за отказ уговора о раду, неколико месеци након што је запослени одбио анекс.¹¹⁶⁶

Лаконски начин на који је српски законодавац прописао могућност отказа због одбијања закључења анекса уговора о раду оставља простор за различита тумачења. Наиме, запосленом може да престане радни однос ако за то постоје оправдани разлог који се односи на потребе послодавца и то ако одбије закључење анекса.¹¹⁶⁷ Ова законска формулација ствара дилему да ли се оправданим разлогом за отказ сматра сам разлог из члана 179. Закона о раду или је неопходно да тај разлог има својство (у његовом негативном одређењу) које га чини оправданим (довољним) за отказ уговора о раду. Сматра се да законодавац у члану 179. Закона наводи постојање оправданог разлога, те да у члану 183. Закона о раду набраја разлоге који се не могу сматрати оправданим разлозима отказа, те да представља подлогу за закључак да разлог из члана 179. Закона није по себи оправдан разлог, већ да га таквим чине одређене околности конкретнoг случаја. Иако је у правној теорији и судској пракси било ставова да је одбијање понуде за измену уговора о раду *per se* довољан разлог за отказ, те да се законитост таквог отказа може преиспитивати искључиво са аспекта законитости процедуре, а не разлога понуде за измену уговора о раду. У јуриспруденцији Врховног касационог суда Србије је почев од 2010. године, преовладао став да одбијање понуде за измену уговора о раду не може представљати довољан и оправдан разлог отказа уговора о раду, већ да је за законитост отказа битна законитост учињене понуде, коју је Суд у спору по тужби за поништај отказа уговора о раду дужан преиспитати и зависно од њене законитости ценити и законитост отказа, будући да би, у противном, били нарушени елементарни принципи правног поретка.¹¹⁶⁸

Ако запослени не ради по новим условима, али наставља да радим по старим условима, се не тумачи као жеља запосленог за раскидом радног односа, те је послодавац дужан ако не жели да одржи радније услове иницира поступак отпуштања. Супротно, у швајцарском праву не тражи се постојање оправданог разлога за отказ, тако да суочен са одбијањем запосленог да прихвати измену, послодавац може раскинути уговор уз поштовање отказног рока.¹¹⁶⁹ У случају да запослени одбије закључење анекса, такво одбијање представља повреду уговорних обавеза које рађа право за послодавца да санкционише запосленог доношењем решења о отказу (тзв. дисциплински отказ). Анекс уговора о раду се закључује и када се продужава уговор о раду са запосленим који користи право на породичко, родитељско, усвојитељско и хранитељско одсуство, ако је током тог одсуства запосленом истекао уговор о раду на одређено време. У црногорском праву послодавац нема обавезу да продужи уговор о раду запосленом који користи усвојитељско или хранитељско одсуство, али уколико се определи за ту могућност уговор може продужити анексом. Осим наведених случајева, треба напоменути да ће се анексом уговора о раду продужити и трајање уговора о раду и жени којој уговор о раду истиче у току трудноће.

¹¹⁶⁵ О правном режиму колективног отпуштања у француском праву више вид.: Ана Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019, 115.

¹¹⁶⁶ Примера ради, рок од 14 месеци се не може сматрати разумним по оцени Касационог суда. *Arret de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 octobre 2001, Bulletin des arrets des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 293.

¹¹⁶⁷ Закон о раду, чл. 179.

¹¹⁶⁸ Тако, ако нису испуњени законски услови за премештај, одбијање анекса не може бити оправдан разлог за отказ. Понуда за измену уговора о раду је незаконита, јер је послодавац у поступку реорганизације настојао да запосленог премести у место рада које је удаљено више од 50 km од места где је запослени претходно радио. Врховни касациони суд, Рев2 2686/2022 од 09.11.2022. године.

¹¹⁶⁹ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 68.

1.3.2. Забрана отказа због одбијања закључења анекса у току трудноће или током трајања породилског одсуства или неге детета

Упркос напретку који се односи на заштиту материнства, жене и даље настављају да се суочавају са проблемима током свог професионалног живота, због њихове улоге у биолошкој репродукцији становништва. У последње две деценије економска активност жена у репродукционом добу се нагло повећава. Штавише, идеја да је мушкарац једини хранитељ породице данас је застарела. У многим земљама, зарада жене је од суштинског значаја за опстанак породице, тако да све више домаћинства зависи од више извора прихода за одржавање достојанственог животног стандарда. Према недавно рађеним истраживањима свака четврта жена у Европи обезбеђује сав приход породице, док је у Индији то још израженије, јер готово 60 милиона људи живи у домаћинствима која финансијски одржавају жене.¹¹⁷⁰

Стопе морталитета и морбидитета запослених у формалном сектору нису познате. Међутим, жене које користе право од породилског одсуства и враћају се на посао на крају овог одсуства, много мање од других осећају негативне последице трудноће јер имају боље контролу над својом економском ситуацијом и бољи приступ здравственој заштити током трудноће и након порођаја. Заиста, чини се да је једно од основних средстава за промовисање заштите материнства јачање права из радног односа како би се спречило дискриминаторно поступање и отпуштање због трудноће. Прекид континуитета у раду не утиче не професионалне квалитете жене и не може бити санкционисан отказом ако запослена одбије послодавчеву понуду за закључење анекса уговора о раду. Осим тога, запослена може бити принуђена да прихвати анекса уговора о раду који се односи на премештај на ниже рангирани посао јер јој се као алтернатива нуди споразумни раскид радног односа.

Иако у већини правних система постоји гаранција враћања на исти посао по повратку са породилског одсуства, у пракси се она заобилази тако што се врше измене у опису посла за које је запослени иницијално закључио уговор. Осим тога, није искључено да се, уместо понуде за измену уговора о раду, запосленима придружују нови радни задаци који формално и суштински излазе из круга договорених активности. На то се надовезује чињеница да су запослени неретко принуђени да прихвате неповољне услове рада или ротацију послова у одређеном временском периоду.¹¹⁷¹ Услед економске кризе и високе стопе незапослености ово постоје тренд у појединим земљама, попут Грчке, где изостаје јасна правна регулатива по овом питању. Када је реч о другим земљама у региону, ваља поменути Закон о раду Црне Горе који прописује да је послодавац дужан да запосленом обезбеди повратак на исто или одговарајуће радно место са најмање истом зарадом, с тим да запослени има право на побољшање услова рада до којих је дошло за време трајања породилског одсуства, а на које би он имао право да није био на одсуству.¹¹⁷² С друге стране, у Немачкој се забрана од отказа током породилског одсуства укида у појединим случајевима (нпр. тешко кршење радне обавезе, крађа).¹¹⁷³

¹¹⁷⁰ International Labour Organization, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012, 4.

¹¹⁷¹ Ротација послова је техника коју користе послодавци у циљу веће мобилности радника који раде на различитим пословима вишег нивоа сложености и одговорности (вертикална ротација) или истог нивоа сложености и одговорности (хоризонтална ротација).

¹¹⁷² Црногорски Закон о раду, *Службени лист Црне Горе*, бр. 74/19 и 8/21, чл. 130.

¹¹⁷³ Отказ је предвиђен као један од најдоминантнијих института радног права и у свим законодавствима је подрбно уређен (то је свакако неопходно ако узмемо у обзир степен развоја људских права и институција које се баве њиховом заштитом). Један од отказних разлога због кога послодавац може дати отказ је и неспособност и нестручност за обављање послова услед којих изостају резултати рада, што је пандан римској установи *imperitia culpaе adnumeratur*. У већини правних система се посебно наводи да се отказ не може дати услед привремене спречености за рад због болести, несреће на раду и тсл., што су ситуације за које је и данас непознато како су

Највиши државни орган или орган који он одреди изузетно може отказати уговор о раду трудници и породиљи у период од четири месеца након порођаја. Као посебан случај се издваја делимично затварање предузећа, а запослени не може да настави са радом у другом делу предузећа. Губитак посла може бити оправдан ако се запосленој не може доделити други одговарајући посао или ако запослена одбије понуду за премештај.

Међународни стандарди потврђују да жена има право да се врати на исто радно место по истеку породичног одсуства и да не може бити отпуштена због одбијања закључења анекса за премештај на друго радно место које није одговарајуће.¹¹⁷⁴ Осим заштите од отказа, посебна заштита жена и материнства се огледа у обавези послодавца да обавести запослену за време трудноће о процени ризика на радном месту и мерама којима се утврђени ризици отклањају или умањују, како би се обезбедио највећи степен здравствене заштите на раду.¹¹⁷⁵ Такође, послодавац може запослену да распореди на друге послове које су одговарајући, ако би се тиме отклониле негативне последице штетног утицаја, односно превентивно деловало у правцу очувања здравља жене. Премештај се врши када надлежни здравствени орган утврди да је рад на одређеним пословима штетан по здравље запослене и здравље детета, с тим да се у Закону о раду Републике Србије не наводи да ли је исти орган надлежан да утврди послове код послодавца на које се запослена може преместити.¹¹⁷⁶ С обзиром на то да послодавац упућује понуду за измену уговора о раду, логично је да ће у понуди навести послове за које он сматра да нису штетни по здравље жене и здравље детета. Отуда је потребно да се ближе уреди ово питање, а особито из разлога заштите репродуктивне функције жена и читавог друштва.

1.4. Специфичност отказног поступка са понудом измењеног уговора о раду

1.4.1. Социјална оправданост промена услова рада

Отказ са понудом за измену уговора је као инструмент за промену услова рада први пут у немачком праву кодификован 1969. године Законом о изменама и допунама Закона о раду, док је Законом о отказу уведена правна дефиниција овог института која је и до данас остала непромењена.¹¹⁷⁷ Модификовани отказ постоји уколико послодавац да условни отказ запосленом и понуди му нове услове рада који су социјално оправдани, а запослени се са тим сагласи. Тада долази до анулирања последица отказа и наступања нових услова рада. Штавише, обриси модификованог отказа срећу се и у бројним предметима Радног суд Рајха који су донети у периоду између 1879. године и 1945. године, када је Радни суд Рајха био врховни суд Немачке империје и жалбени орган за радна питања.¹¹⁷⁸ Идентична дефиниција отказа са понудом за измену уговора могла се наћи и у Закону о радничком савету који је такође инсистирао на томе да су одговарајући разлози услови раскид уговора о раду, уз важан додатак да је потребно одмерити интересе послодавца да изврши одређене промене у уговорном односу, с једне стране и интересе запосленог да задржи тренутне услове рада, с друге стране. Но, законски није било прецизирано у односу на шта се услов социјалне оправданости процењује, премда је преовладавало доктринарно становиште да се услов не процењује у односу на сам отказ, већ у односу на предложене измене уговора.¹¹⁷⁹ У мањини су били аутори који су заступали став да се исти услови захтевају за измену уговора о раду,

биле третиране у римском праву јер о њима нека адекватних извора. Као посебан отказни разлог за отказ од стране послодавца наводи се и повреда радне обавезе кривицом запосленог, што може бити посматрано као призму одредаба о одговорности.

¹¹⁷⁴ Конвенција број 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 1/10, чл. 8, став 2.

¹¹⁷⁵ Закон о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, 35/2023, чл. 6 и 16.

¹¹⁷⁶ Закон о раду, чл. 89.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ Sebastian Kürth, *Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2013, 78.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

као и за његов раскид (тзв. теорија раскида).¹¹⁸⁰ Ако послодавац жели да промени више елемената уговора о раду, социјална оправданост измене мора постојати у погледу свих елемената чија се измена планира. Тако, промена посла не оправдава скраћивање уговореног годишњег одмора и умањење зараде, са изузетком у случајевима када се на радни однос примењује посебан систем награђивања.

Преиспитивање социјалне оправданости промена услова рада пред судом врши се подношењем деклараторне тужбе у року који је законом предвиђен. С тим у вези, ваља поменути да су рокови за подношење деклараторне тужбе измењени Законом о реформи тржишта рада из 2004. године, због чега је потребно да се у тужбеном захтеву изричито наведе „да је промена услова рада социјално неоправдана или правно неефикасна из других разлога“, јер разлози неефикасности подлежу другачијим роковима.¹¹⁸¹ Према ранијим прописима, независно од тога што је пропуштен рок за подношење тужбе за поништај измена уговора коју је извршио послодавац јер није испуњен услов социјалне оправданости, запослени је и даље задржавао право да у року од три недеље поднесе тужбу за поништај измена уговора из других разлога. Упркос законској формулацији, у литератури је истицано да тужбени захтев, по природи ствари, не може бити ограничен само на промене услова рада, већ се мора односити и на неефикасност промене предмета спора.¹¹⁸² У случају да суд оцени да услови за измену уговора нису испуњени, последице незаконите измене губе правно дејство *ex tunc*. Према мишљењу немачке Владе, правне последице би требало да буду другачије, у смислу да запослени ужива право на адекватну накнаду ако су уочене посебне неправилности током раскида уговора о раду, али да се пређашњи услови рада васпостављају тек када пресуда постане правноснажна.¹¹⁸³ Притом, измењени текст Закона о отказу није у целости доследан и лексички пропусти су видљиви, будући да се у чл. 4 наводи да се правна неваљаност из других разлога може истичати искључиво у тужбеним захтевима који се тичу промена услова рада, док се у чл. 8 недостатак социјалне оправданости и даље наводи као једни предуслов за ретроактивну неефикасност модификованог отказа.¹¹⁸⁴

1.4.2. Карактеристике отказа са понудом измењеног уговора

Суштина модификованог отказа је да послодавац даје отказ запосленом уз истовремено упућивање понуде за рад под измењеним условима. Ако запослени прихвати понуду, нови услови рада постају део уговора о раду. Дакле, послодавац мора упутити нову понуду ако жели да у целини или делимично промени садржину дотадашњег уговорног односа. До промене услова рада долази када запослени прихвати понуду послодавца за промену то јест потпише анекс уговора о раду. Дакле, до промене не долази када запослени прихвати услове постављене у отказу, већ када се закључи нови уговор о раду којом се замењује постојећи. Обавештење о раскиду, као једностранни правни посао, има за циљ престанак радног односа, док анекс уговора има за циљ његов наставак. Веза између изјава воља се успоставља јединственом намером.¹¹⁸⁵ Поред тога, послодавац мора дати запосленом довољно конкретну понуду промене у вези са отказом. Ако суд утврди да је промена уговора социјално неоправдано, измена ће бити поништена ретроактивно, под условом да је запослени поштовао рок за улагање жалбе на отказ. Притом, улагање резерве на промену је могуће док траје отказни рок

¹¹⁸⁰ Tizia-Berit Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1995, 31.

¹¹⁸¹ *Ibid.*, 32.

¹¹⁸² Martin Kalf, *Die Änderungskündigung im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Tatsächliches Potential und rechtliche Grenzen*, Dissertationsschrift, Petar Lang, Friedberg, 2013, 400.

¹¹⁸³ *Ibid.*, 402.

¹¹⁸⁴ Закон о отказу (*Bürgerliches Gesetzbuch*), чл. 4.

¹¹⁸⁵ У судској пракси немачких судова је потврђено да намера да се упити понуда може бити изражена и на сугестиван начин. S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, *op. cit.*, 350.

или најкасније у року од три недеље од пријема обавештења о отказу, док у случају ванредног отказа резерва се мора уложити одмах.¹¹⁸⁶ Резерва се мора ставити истовремени кад и прихват, осим ако запослени не задржи право да накнадно уложи резерву.

Закључењем уговора о раду запослени се обавезује да поступа по налогу послодавца и извршава радне задатке у назначеном временском оквиру. Врста посла који запослени треба да обавља углавном се одређује уговором о раду, имајући у виду оперативне и специфичне околности у предузећу. Што су обавезе запосленог ближе дефинисане уговором о раду, то је мање простора да послодавац једнострано мења услове под којима се рад обавља. У светлу тога, немачко право прави разлику између општег права на давање инструкција које је својствено сваком радном односу и квалификованог права на измену уговора.¹¹⁸⁷ Потоње право није прећутног карактера, већ мора бити изричито наведено у уговору о раду или колективном уговору о раду.

За разлику од отказа уговора о раду, као једностраног акта којим једна уговорна страна раскида уговор који више не одговара њеним интересима, отказ са понудом измењеног уговора о раду је институт који послодавцу омогућава да измени постојећи уговор о раду, отказујући уговор и нудећи истовремено раднику наставак радног односа уз измењене услове рада.¹¹⁸⁸ Понуда измене уговора праћена је раскидом уговора, тако да прихватање измене значи да раскид уговора о раду не производи правна дејства, те да ранији уговор опстаје, али под новим условима. У случају одбијања понуде, раскид уговора производи дејство на крају отказног рока.

С друге стране, шпански Врховни суд је указао на потребу за различитим третманом измена услова рада и поступка отпуштања запослених, с обзиром на то да интереси који се вреднују нису једнаки, јер се у првом случају мењају облици, околности и начини обављања посла, док у другом случају долази до трајног губитка посла.¹¹⁸⁹ Послодавци који сматрају да су отказне одредбе превише рестриктивне настоје да користе законска средства која им омогућавају да избегну њихову примену, те тако са запосленима закључују уговор о раду на одређено време уместо уговора о раду на неодређено време. У немачком праву није било јединственог става у погледу тога да ли може применом овог института доћи до трансформације врсте уговора о раду, то јест до конвертовања радног односа на неодређено време у радни однос на одређено време.¹¹⁹⁰ Овде, такође, фигурира услов социјалне оправданости који мора бити испуњен, тако да начелно није искључена могућност трансформације уговора о раду ако више објективно није могућ наставак рада на период који унапред није дефинисан.

У немачком праву постоје два начина да се измени садржина уговора о раду. Први је опозив уговора односно отказивање појединих његових одредаба, које се затим замењују законским нормама или елементима из колективног уговора о раду. Притом, право на опозив странака мора бити изричито наведено у уговору о раду, јер се у супротном изменама његових елемената једино може прибећи применом института отказа са понудом измењеног уговора (*Änderungskündigung*). Разлика између опозива уз поштовање правила отказног поступка и отказа са понудом измењеног уговора је што се опозивом може изменити уговор у целости, док отказ са понудом измењеног уговора претпоставља измену само неких његових елемената. Посебно важно за нашу тему је нагласити да се право опозива конституише на основу обостраног пристанка како би се спречило да се битни елементи уговора о раду измене вољом јаче стране чиме би се „нарушила равнотежа између чинидбе и противчинидбе“.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁶ T.-B. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit., 30.

¹¹⁸⁷ Ibid.

¹¹⁸⁸ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 350.

¹¹⁸⁹ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, op. cit., 218.

¹¹⁹⁰ Нав. према: S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 350.

¹¹⁹¹ Reiner Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, Verlag M. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, 1993, 465.

Интересантно је илустративно приказати да се скраћивање радног времена нуди у немачком праву као алтернативна солуција за решавање проблема вишка запослених услед смањења обима посла, те да се тој мери може прибегнути како би се што већи број запослених задржао на раду, а да суд у том случају није овлашћен да испитује оправданост отказа са понудом измењеног уговора којим се мења дужине раније уговореног радног времена.¹¹⁹² Свакако најсложенија измена уговора о раду је када се због рационализације трошкова смањује дужина трајања радног времена, будући да је у складу са својим управљачким овлашћењима послодавац властан да одлучи ли ће постојећи радници обављати потребне послове са мањим фондом радних сати или ће радни фонд остати непромењен, уз одговарајућа прилагођавања структуре запослених. С тим у вези, ваља ближе појаснити послодавчеву слободу уређивања радног времена и забране отказивања уговора о раду запослених који не прихватају промењени режим радног времена. Према Закону о раду са непуним радним временом, послодавац не сме одбити захтев радника за трансформацију радног односа са пуним радним временом у радни однос са непуним радним временом, као и промену режима рада који повлачи искључиво рад у једној смени, те није ваљан отказ, укључујући и отказ са понудом измењеног уговора, изречен само због одбијања радника да прихвати промену врсте уговора о раду (и радног односа) с обзиром на дужину трајања радног времена.¹¹⁹³

У случају драстичних промена нарочито ако је укинута радно место запосленог, послодавац је дужан да понуди друго место које је одговарајуће. Немачка судска пракса дефинише појам одговарајућег посла широко, тако да се не може очекивати од запосленог да прихвати радно место у којем би му надређени били запослени у департману којим је он руководио.¹¹⁹⁴ Када постоји више опција за наставак запослења нпр. слободна радна места на различитим локацијама, довољно је да послодавац упуту једну одговарајућу понуду која најмање оптерећује запосленог (принцип пропорционалности). Међутим, давањем неколико алтернативних понуда које запослени може прихватити по жељи смањује се могућност наступања спора. Уколико постоје независне понуде између којих запослени може да бира, нпр. запосленом се нуде различити знаменски послови, социјална оправданост се у случају спора испитује само у погледу понуде коју је запослени прихватио. Принцип пропорционалности налаже и расподелу терета, односно промену услова рада свим запосленима (нпр. кроз опште смањење зарада), што не искључује преференцијални третман појединих запослених који се налазе у стању социјалне угрожености.

Отказ са понудом измењеног уговора састоји се од два елемента: понуде за измену уговора и обавештења о раскиду уговора о раду.¹¹⁹⁵ У случају када послодавац изјави да жели да откаже уговор о раду запослени може реаговати на три начина. Прво, може прихватити понуду и наставити да ради под измењеним условима. Друго, може одбити понуду када прети опасност престанка радног односа због чега запослени мора приговорити изменама уговора. Трећи, запослени може дати условни прихват понуде, те се радни однос наставља под промењеним условима. Међутим, ако се у одговору на притужбу утврди да је промена друштвено неоправдана, изјава воље о отказу уговора о раду сматра се мањкавом *ex tunc*. Радни однос се наставља под првобитно уговореним условима, а послодавац је дужан да запосленом накнади штету који је претрпео радећи под неповољнијим условима. Даље, примењује и на обавештење о раскиду уговора о раду, али не касније од три недеље од пријема

¹¹⁹² Peter Bopp, *Kündigung und Kündigungsprozess im Arbeitsrecht*, Verlag M. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1980, 77.

¹¹⁹³ Закон о раду са непуним радним временом (*Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge*), чл. 8. ст. 4.

¹¹⁹⁴ T. B. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit, 46.

¹¹⁹⁵ Изузетно, могућ је раскид без обавештења само када је то оправдано, у смислу да је хитна промена услова рада апсолутно неопходна, а нови услови рада нису прекомерно штетни по запосленог. Дакле, понуда за измену уговора о раду мора бити правична, имајући у виду све околности.

тог обавештења.¹¹⁹⁶ Интересантно је решење да се у случају када су рокови различито одређени увек примењује краћи рок. Притом, ако запослени не прихвати понуду за измену уговора у предвиђеном року губи право да поднесе тужбу за заштиту од незаконите измене услова рада, али може поднети тужбу за заштиту од отказа.¹¹⁹⁷ Радник је и у оваквим случајевима дужан придржавати се процесних правила прописаних законом, а то значи да се мора претходно односно пре покретања судског поступка, обратити послодавцу са захтевом за заштиту права. Пре измена немачког Закона о раду од 14.8.1969. године запослени је једино могао да оствари заштиту својих права подношењем тужбе за заштиту од отказа и самим тим да сноси ризик губитка посла ако се наводи у тужби покажу неоснованим. Према важећем решењу тужба за заштиту од отказа му омогућава да ограничи предмет спора на оправданост промена које је извршио послодавац.¹¹⁹⁸

Услови рада утврђени уговором о раду обавезују обе стране уговорнице и могу се само споразумно изменити. Дакле, једнострана измена елемената уговора против воље друге стране није могућа, осим ако се странке нису договориле да се право измене уговора врши искључиво у корист једне стране. То је посебно право придржаја у уговорном радном праву или резерва у уговору (*Änderungsvorbehalt*) која не подлеже застарелости, као што се ни изјава воље дата у том правцу не може опозвати или ставити у зависност од наступања услова.¹¹⁹⁹ Изузетак су потестативни услови којим се модификују правни послови, те тако може бити предвиђено да се измена уговора може извршити само ако наступе одређене околности економске или правне природе. Наиме, резерве за измену су саставни део уговора о раду и имају за циљ да омогуће једној од страна уговорница да измени своју обавезу по уговору или обавезу саговорача. Ове клаузуле су често коришћене у немачкој пракси, јер омогућавају флексибилност у корист послодавца на нивоу уговора о раду.¹²⁰⁰ Примери таквих резерви су бројни и могу се односити на бројна питања, попут премештаја, опозива уговора и сл., а све се то редовно односи на главне обавезе из уговора о раду (радни учинак и зарада), премда могу бити повезане и са другим обавезама из уговора (додатни одмор или бонус за лојалност послодавцу). У суштини, свака обавеза извршења по уговору о раду може бити подложна промени, стога је сувишно покушавати набрајати потенцијалне ситуације и обавезе. Поменута резерва може имати предности за обе стране, а најпре за страну која врши измене, будући да на тај начин може адекватно и благовремено одговорити на променљиве околности, те прилагодити садржину уговора. Осим тога, право придржаја олакшава међусобни однос, јер се од друге стране не мора сваки пут тражити сагласност када се уговор о раду мења, чиме се штеде време и ресурси.¹²⁰¹ Ипак, ово посебно право носи и бројне ризике са собом, па тако ако једна страна злоупотреби или непримерено користи резерву, то може довести до напетости и сукоба. Из тог разлога, важно је да резерве за измену уговора буду пажљиво формулисане и да обе стране разумеју и прихвате услове пре потписивања уговора. Природа права придржаја на побијање отказа уговора о раду је дискутабилна, будући да то може бити субјективно право радника ако је законски изричито гарантовано, али и правна могућност (не и право) активирања судске заштите. Ако је прихватио понуду послодавца и придржао право побијати отказ, радник мора да ради под нови условима рада све док траје поступак утврђивања допуштености отказа.¹²⁰² У случају да се утврди незаконитост отказа, радник остаје у радном односу на темељу ранијег уговора што значи да се опстанак радног односа не доводи у питање, већ се испитује чињеница да ли ће се на конкретан радни однос примењивати ранији или нови уговор о раду.

¹¹⁹⁶ Поменута правила се односе на редовни отказ. Како немачко право познаје још једну врсту отказа оправдано је поставити питање да ли се у случају ванредног отказа који није везан за отказни рок изјава о прихвату понуде мора дати без одлагања.

¹¹⁹⁷ T. B. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit., 46.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ S. Kürth, *Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag*, op. cit., 79.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, 80.

¹²⁰¹ *Ibid.*, 79.

¹²⁰² T. B. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit., 46.

Немачко радно право у основи пружа широк спектар инструмената за промену услова рада. Из тога следи да немачко право карактерише флексибилан начин измене уговора о раду који није резултат сусрета заједничких воља, него једнострана радња послодавца која ствара обавезу за запосленог да је прихвати. У случају прихвата понуде без резерве, измена уговора о раду ступа на снагу одмах, будући да се отказни рок примењује само у случају неприхватања понуде. Притом, прихват мора бити дат пре истека отказног рока, јер по истеку обавештења о раскиду радни однос престаје. Од отказа са понудом измењеног уговора треба разликовати право на давање инструкција (*Weisungsrecht*) које не мења садржину радног односа, већ прецизира услове под којима ће се рад у будућности извршити.¹²⁰³ Реч је о овлашћењу којим се врши спецификација или конкретизација услова рада, радних задатака и дужности запосленог (нпр. прелазак на рад са једног градилишта на друго градилиште, увођење рада недељом). Издавање инструкција од стране послодавца мора бити вршено по разумном нахођењу, што је углавном испуњено ако се инструкције крећу у оквирима уговорних обавеза. Овакво законско решење омогућава послодавцу да брзо реши производна и организациона питања, изврши једнообразно и оптимално распоређивање кадрова, те модернизује производњу.

У упоредном праву, отказ са понудом измењеног уговора спада у групу условних отказа, у којем реализација услова зависи искључиво од воље радника.¹²⁰⁴ Премда условни откази начелно нису правно допуштени, у овом случају се прави изузетак под условом да су наведени услови у складу са императивним нормама (ако су прописани законом или колективним уговором о раду) и да нису противни моралу. Радник може прихватити понуду послодавца и задржати право да побија ваљаност отказа, док траје рок за разматрање понуде чиме је његова позиција побољшана, будући да суд не залази у испитивање садржине новог уговора о раду који су нуди запосленом.¹²⁰⁵ У случају позитивног исхода спора, запослени може тражити реинтеграцију на раније послове и разлику у зарадама. Иако отказ са понудом измењеног уговора углавном иницира послодавац, могућ је и обрнут сценарио у којем запослени незадовољан постојећим условима раду предлаже измењен уговор о раду праћен отказом за случај да послодавац не пристане на понуду.

1.4.3. Образложена изјава о отказу

Правна конструкција отказа са понудом за измену уговора је сложена, будући да се састоји из два дела: обавештења о раскиду радног односа и понуде за измену уговора. У швајцарском праву се уочавају два различита облика модификованог отказа: када једна од страна раскине уговор истовремено предлажући нови уговор под новим условима, што се у литератури означава изменом уговора у ужем смислу, за разлику од ситуације када се раскида уговор због одбијања понуде и закључење новог уговора о раду које се одређује као измена уговора у ширем смислу.¹²⁰⁶ Раскид уговора мора бити оправдан у погледу жељене промене, тако да продужење радног времена за 10 минута не оправдава коришћење овог института.¹²⁰⁷ У ствари, привремене и мање промене услова рада не оправдавају отказ са понудом измењеног уговора. Разлози за раскид уговора који се односе на запосленог су оправдани ако понашање запосленог проузрокује значајан поремећај оперативних или економских интереса послодавца, што се може отклонити променом услова рада. Послодавац променом услова рада може утицати на

¹²⁰³ Нав. према: S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²⁰⁴ Поред немачког права, добар пример је и аустријско право. Више вид.: Т. В. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit, 46.

¹²⁰⁵ Ibid.

¹²⁰⁶ Т. В. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit, 46.

¹²⁰⁷ Ibid.

недолично понашање запосленог, нпр. смањење зараде у циљу дисциплиновања или премештај на други посао како би се спречили инциденти између колега.

Хрватска доктрина се суочава са недоумицом да ли послодавац поступа у складу са позитивним прописима када раднику на основу закона, колективног уговора или правилника о раду писаним путем у форми анекса уговора о раду мења услове рада, а да претходно није отказао ранији уговор о раду.¹²⁰⁸ Предлог за измену елемената уговора о раду може доћи од било које уговорне стране, при чему постизање сагласности између њих води закључењу анекса уговора о раду. Међутим, ако послодавац предлаже измену уговора о раду, а радник на њу пристане, тада нема потребе да уместо споразумног склапања новог уговора о раду анекса ранијег уговора о раду послодавац раднику даје отказ са понудом измењеног уговора о раду. Наиме, до примене института отказа уговора о раду са понудом измењеног уговора о раду доћи ће ако радник не прихвати предлог послодавца за споразумном изменом уговора о раду, то јест ако није постигнута сагласност воља.¹²⁰⁹ У том смислу, понуда није отказ уговора о раду, већ предлог за измену његових елемената. Послодавац, притом, није дужан да раднику прво предложи закључење анекса него му одмах може дати отказ са понудом измењеног уговора о раду. Ипак, споразумно решавање тог питања се препоручује, у смислу да послодавац треба прво да понуди „обичан“ анекс, како би се избегао спор до кога може доћи ако прибегне отказу са понудом за измену уговора о раду. Ваљаност модификованог отказа се испитује у две фазе, од којих се прва односи на средство, а друга на садржај промена односно да ли се отказ за понудом за измену уговора мога избећи и да ли је конкретна промена била неопходна и прикладна имајући у виду положај запосленог. У светлу тога, материјални критеријум је испуњен ако послодавац предлаже промене које запослени мора разумно прихватити.

Хрватски Закон о раду предвиђа могућност отказа уговора о раду који представља право послодавца да ако су се стекли услови за отказ уговора о раду, он о томе обавести радника и радничко веће (синдикат) и дати образложење у којем уместо отказа нуди запослени нови то јест измењени уговор о раду.¹²¹⁰ У поступку који је хитан послодавац оставља рок раднику да се изјасни о понуди који не сме бити краћи од осам дана. Радник има могућност да прихвати или одбије понуду за измену уговора о раду и задржи право да пред надлежним судом оспори допуштено таквог отказа уговора о раду.¹²¹¹ Поређења ради, немачко право предвиђа да послодавац може одредити рок за изјашњавање у самој понуди, а ако он то не учини рок ће се одредити према околностима, али не сме бити краћи од минималног рока за изјашњавање на понуду.¹²¹² Непοштовање минималног рока од стране послодавца, то јест скраћивање рока у понуди неће учинити понуду неважећом, већ ће се примењивати законска правила о минималним роковима.

Отказ с понудом измењеног уговора мора бити дат у писаном облику, при чему се захтев у погледу форме правног акта односи се не само на изјаву о отказу, него и на понуду измењеног уговора, будући да је реч о јединственом правном послу (*einheitliches Rechtsgeschäft*).¹²¹³ Изјава воље о отказу битан је елемент садржаја отказа са понудом измењеног уговора, тако да њен изостанак води тумачењу да не ради о отказу са понудом измењеног уговора него о класичној понуди измене уговора о раду на споразумној основи. Међутим, изјава о отказу не фигурира сама за себе, већ се стриктно везује за постојање разлога економске или личне природе који оправдавају отказ. Притом, послодавац мора на јасан начин изразити вољу да откаже уговор о раду у тачно опредељеном тренутку ако запослени не прихвати промену услова рада, те се присуство стварне воље оцењује на основу правних начела и обичаја који

¹²⁰⁸ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²⁰⁹ *Ibid.*, 351.

¹²¹⁰ Zakon o radu Hrvatske, *Narodne novine*, br. 93/2014, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23, 64/23, чл. 123.

¹²¹¹ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²¹² T. B. Precklein, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, op. cit, 46.

¹²¹³ *Ibid.*

важе у промету. Поред изјаве о отказу, као битан елемент се још јавља и понуда за наставак радног односа под измењеним условима. Понуда мора бити јасно одређена, тако да простим саглашавањем радник може изразити пристанак, без потребе за ближим појашњењем садржине новог радног односа. Такође, послодавац не може одустати од понуде због хипотетичког понашања запосленог, то јест позивајући се на чињеницу да би запослени свакако одбио понуду.¹²¹⁴ Штавише, могуће је да послодавац сачини више понуда различите садржине, при чему радник може прихватити ону која је за њега најповољнија. Услов је да све понуде буду јасно формулисане, те тако није довољно да послодавац наведе да се промена уговора о раду тиче зараде, ако није прецизирано у којем се платном разреду налази ново радно место запосленог.

Отказ са понудом измењеног уговора може потећи од обе стране уговорнице. У пракси послодавци то ипак најчешће чине када се због економских, техничких или организационих разлога појави потреба за променама у пословању (друго радно место, друго место рада, нижа зарада, другачији распоред или трајање радног времена). Но тај се институт радног права може примењивати и када радник учини повреду радне обавезе или је послодавац незадовољан квалитетом рада радника, због чега, по оцени послодавца, тај радник више не може обављати послове дотадашњег радног места, али би могао обављати послове неког другог мање захтевног или мање одговорног радног места.¹²¹⁵ Најчешћи разлози када ће послодавац понудити раднику отказ уговора о раду са понудом измењеног уговора је када претходно изостане сагласност радника на договорну измену садржаја уговора, промена радног места, висине зараде, трајања радног времена. Свакако треба нагласити да и код ове врсте отказа уговора о раду мора постојати оправдан разлог за отказ и исто тако је потребно спровести предвиђени поступак саветовања са радничким већем. Ако се радник није изјаснио да ли прихвата понуду послодавца о измењеном уговору о раду у року који му је оставио послодавац (а најмање у року од осам дана), сматра се да не прихвата понуду за склапање новог уговора о раду, па му отказом старог (постојећег) уговора престаје радни однос, док закаснили прихват понуде за склапање новог уговора према ставу Врховног суда Републике Хрватске, нема правног учинка.¹²¹⁶

За разлику од хрватског права, у којем се оцена допуштености отказа са понудом измењеног уговора ограничава на утврђивање постојања оправданих разлога за отказ, а не и на испитивање понуђених измена услова рада, у немачком праву отказ и понуда измењеног уговора о раду се оцењују као целина, што је доста сложенији поступак која повлачи присуство двеју одвојених тужби: тужба за заштиту од отказа (*Kündigungsschutzklage*) и тужба за заштиту од отказа са понудом измењеног уговора (*Änderungsschutzklage*).¹²¹⁷ Испитивање ваљаности отказа се врши у два корака, те се у првој етапи испитује оправданост понуде и њен садржај, у смислу да одступања у измењени услова рада не смеју бити драстична, будући да је суштина отказа са понудом измењеног уговора опстанак радног односа и његов наставак, што значи да би измене требало да буду минималне, или макар прихватљиве са гледишта разумног посматрача. Критеријум за оцену је подобност понуде за прихват и нужност упућивања предлога за измену садржаја уговора о раду. Друга етапа, која представља најважнију деоницу судског пута заштите права, је оправданост понуде измењеног уговора, тако да се штити не само уговор о раду (и радни однос), него и његова садржина.¹²¹⁸

Супротно ономе на шта сугерише назив отказ, институт отказа са понудом измењеног уговора није усмерен на трајни престанак радног односа. У принципу, послодавци морају имати на уму да обавештење о промени има предност у односу на обавештење о раскиду. То

¹²¹⁴ *Ibid.*

¹²¹⁵ R. Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, op. cit., 465.

¹²¹⁶ Нав. према: S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²¹⁷ Annete Pflaum, *Die Abmahnung im Arbeitsrecht als Vorstufe zur Kündigung*, Decker & Müller, Heidelberg, 1992, 128.

¹²¹⁸ *Ibid.*

значи да се пре сваког редовног или ванредног отказа запосленом мора понудити наставак запослења на другом упражњеном радном месту, укључујући и под измењеним условима, који су објективно могући и разумни за обе стране. Изузетно, послодавац се може уздржати од давања отказа ако може са сигурношћу претпоставити да ће запослени одбити његову понуду.¹²¹⁹

Запосленом из понуде мора бити јасно који ће се услови рада примењивати убудуће и од када ће измене уговора ступити на снагу. Ако се објави неколико алтернативних обавештења о промени, мора бити јасно у каквом су они међусобном односу и када која понуда треба да ступи на снагу, тако да противречности унутар понуде или опште упућивање на валидност колективног уговора о раду не обезбеђују потребну спецификацију понуде. Штавише, чак и ако је обавештење о промени само по себи друштвено оправдано, оно може бити неефикасно ако садржи промене које нису неопходне (нпр. послодавац жели да уведе сменски рад и рад викендом применом института отказ са понудом измењеног уговора, иако недостају оправдани разлози – хитне оперативне мере за сменски рад или рад викендом). Објавом обавештења о промени, послодавац може одредити рок у коме запослени мора прихватити понуду. Прихватање понуде након истека рока више не важи јер је радни однос већ престао.¹²²⁰

1.4.4. Понуда измењеног уговора о раду

Обавештење о измени уговора има дихотомну природу. Реч је о правном послу који се састоји од две изјаве воље: о отказу уговора о раду, с једне, те понуди наставак радног односа уз измењене услове, с друге стране. Оне, притом, морају бити стварно и временски повезане. Стварна повезаност постоји када се у изјаву у отказу наведе да отказ производи дејство након што радник одбије понуду за наставак рада под измењеним условима, док временска повезаност постоји када су обе изјаве дате истовремено или је понуда дата пре обавештења о отказу, а да у обавештењу о отказу послодавац јасно назначи понуду, то јест упутити на њу или је понови.¹²²¹ Супротно, неприхватљива је понуда која је дата након отказа, с тим да може изазвати последице у правном саобраћају у смислу да је реч о новом отказу којим се поништава ранији. Притом, до повлачења изјаве воље у овом контексту може доћи само ако постоји изричит пристанак радника. Ако се радник не изјасни у року од три дана или одбије понуду, повлачење изјаве воље не производи правно дејство, док се евентуална ваљаност каснијег отказа може оцењивати од стране суда. Наиме, истек рока за изјашњавање о понуди се тумачи као одбијање исте, тако да се рокови за подношење тужбе у циљу заштите права рачунају од тренутка одбијања понуде или истека рока за изјашњавање о понуди. Хрватски законодавац је пропустио да уради шта се дешава у случају прихвата понуде, па се у теорији узима да се почетак рока рачуна од дана када је запослени саопштио послодавцу да прихвата понуду, јер би свако другачије одређивање рока довело до преклапања рока за размишљање о понуди и рока за подношење тужбе.¹²²² То би, наиме, довело до неправичног исхода да радници који су прихватили понуду имају мање времена да одлуче да ли да се обрате суду у заштити својих права у поређењу са радницима који су одбили понуду или се нису изјаснили. У немачком праву, се рок за изјашњавање о понуди везује за отказни рок, с тим да не може бити дужи од три дана од дана достављања обавештења о отказу, што значи да може бити краћи.¹²²³ Како се у немачком праву прихват понуде може дати изричито, али и конкluentним

¹²¹⁹ R. Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, op. cit., 465.

¹²²⁰ У случају обавештења о отказу, морају се поштовати постојећи отказни рокови како у погледу промене услова рада, тако у погледу евентуалног престанка радног односа, те запослени не мора да прихвати промену услова пре истека отказног рока. BAG – Az. 2 AZR 641/07.

¹²²¹ P. Bopp, *Kündigung und Kündigungsprozess im Arbeitsrecht*, op. cit., 84.

¹²²² S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²²³ R. Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, op. cit., 466.

радњама, те ако је рок краћи од три дана, а радник настави да ради уз измењене услове сматра се да је прихватио понуду.

Обавештење о промени мора да испуњава одређене формалне услове да би произносило правна дејства, а пре свега услов писане форме.¹²²⁴ Усмени или електронски раскид уговора о раду, на пример путем е-поште, је неважећи. У понуди послодаваца мора бити јасно наведено које услове рада треба променити и у којој мери. Понуда, по правилу, садржи и рок за прихватање у којем запослени може да се изјасни. Рок за склапање новог уговора о раду с измењеним условима радник може прихватити у остављеном року, који не може бити краћи од осам дана.¹²²⁵ Ако послодавац изврши промену отказног рока, мора се придржавати отказног рока који се примењује према уговору о раду или колективном уговору.

Ако радник прихвати понуду измењеног уговора али са таквом понудом ипак није задовољан јер сматра да је одлука о отказу незаконита, своје противљење одлуци мора изразити у облику захтева за заштиту права у року од петнаест дана од дана када је прихватио измењени уговор о раду. Пропуштањем ове радње радник губи право на судску заштиту. Ако радник одлучи да не прихвати измењени уговор о раду, петнаестодневни рок за подношење захтева за заштиту права тече од дана када је радник саопштио послодавцу да не жели да прихвати измењени уговор, а ако то није урадио, онда у року од петнаест дана од дана када је истекао рок за прихват измењеног уговора. Конкретно, протеком рока од осам односно петнаест дана од дана пријема одлуке о отказу (ако се послодавац у уређивању рокова држао минималних законских рокова).¹²²⁶ Када говоримо о отказу уговора о раду с понудом измењеног уговора треба навести да без обзира што у овом поступку послодавац нуди наставак радног односа уз измењене услове и даље је обавезан поштовати законску забрану отказа одређеним категоријама радника (нпр. трудницама). Као посебан појавни облик отказа с понудом измењеног уговора у немачком праву јавља се колективни отказ с понудом измењеног уговора (*Massenänderungskündigung, gruppenänderungskündigung, gebündelte Kündigung*) којем се прибегава када послодавац жели да измени услове рада већој групи или свим запосленима, с тим да ако се о новим условима рада који се нуде треба преговарати са радницима реч је о особеном отказу као изразу индустријске акције (*Kampfkündigung*).¹²²⁷ У оквиру социјалног плана, послодавац и савет запослених одлучују да запослени који не прихвате понуду за наставак радног односа добију отпремнине. Предуслов за исплату отпремнине је да запослени не прихвати понуду за наставак радног односа.

У немачком праву постоје две врсте отказа: редовни и ванредни отказ. Редовни отказ је најчешћи тип отказа који налаже да послодавац поштује законске отказне рокове.¹²²⁸ С друге стране, ванредни отказ се примењује у изузетним случајевима, ако је неразумно очекивати да запослени и послодавац чекају истек отказног рока, јер се примера ради, зарада не исплаћује у дужем временском периоду или је запослени извршио кривично дело у предузећу, сексуално узнемиравао колеге итд. Ванредном отказу се може прибећи и када послодавац жели да измени елементе уговора о раду, а није могуће постићи сагласност о томе. У том случају послодавац може отпустити запосленог коришћењем те врсте отказа који искључује отказни рок и затим понудити запосленом нови уговор о раду.¹²²⁹

Страх запосленог од губитка посла и немогућности да изврши своја дуговања оставља отворена врата за наметање одређених уговорних одредби. Тако је швајцарски Савезни суд приметио да су обавезне радноправне норме донете на основу идеје да радник стоји у односу економске зависности током трајања радног односа и да може бити принуђен да пристане на

¹²²⁴ Немачки Грађански законик (*Bürgerliches Gesetzbuch*) чл. 623.

¹²²⁵ P. Bopp, *Kündigung und Kündigungsprozess im Arbeitsrecht*, op. cit., 84.

¹²²⁶ R. Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, op. cit., 466.

¹²²⁷ Нав. према: S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹²²⁸ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, op. cit., 313.

¹²²⁹ R. Ascheid, *Kündigungsschutzrechts: Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses*, op. cit., 466.

ограничење својих права како би задржао запослење.¹²³⁰ Измена уговора, и када је запослени својевољно прихвати, често је наметнута због бојазни да ће остати без посла и да у блиској будућности неће успети да нађе запослење. Отуда, измене уговора о раду могу бити коришћене као полуга да се наметну нови услови рада запосленом, уз избегавање законских ограничења која се везују за отказ. Ово из разлога што поступак отпуштања мора бити праћен постојањем стварног и озбиљног разлога за отказ, док у случају измене уговора о раду послодавац уместо иницијативе за отказ предузима радњу (тј. упућује понуду) којом се, под велом потенцијалног отказа, мења садржина уговора у његову корист.

Тако, швајцарски Савезни суд је заузео став да иако одбијање запосленог да поступа у складу са клаузулом географске мобилности представља кршење уговора о раду, што представља разлог због којег му се може дати отказ у законским роковима, али не и право да раскине уговор о раду одмах из разлога тешке повреде радне обавезе.¹²³¹ Наиме, према том члану из важних разлога, послодавац и запослени могу отказати радни однос у било које време без најаве уз, додуше, писмено образложење ако друга страна то захтева. Важан разлог је засигурно околност у којој се од запосленог више не може очекивати да настави радни однос у доброј вери. О постојању таквих околности судија одлучује по свом нахођењу, али ни у ком случају не може квалификовати као важан разлог за раскид уговора нескривљену неспособност запосленог да обавља посао. Када се једна од уговорних страна позове на оправдан разлог, она има право да одмах раскине уговор уз предлагање његове измене.¹²³² Наиме, запослени којем је дат отказ са понудом измењеног уговора, може одмах прихватити понуду, у супротном отказ ступа на снагу. Притом, отказ са понудом измене уговора би свакако био ограничен на случајеве када однос поверења између запосленог и послодавца није нарушен. У супротном, не може се очекивати одржавање правног односа, као што се не може очекивати да ће поверење између страна бити поново успостављено након измене одређених елемената уговора. Заиста, ако је повреда толико озбиљна да је дозвољено да се раскине уговор о раду без давања упозорења, онда се чини да је могућност наставка уговорног односа искључена, иако је он садржински измењен.¹²³³ Имајући у виду да овај поступак укључује заштиту од отказа, послодавци радије предлажу измене без спровођења поступка отпуштања, јер се тако постижу жељени циљеви у краћем року.

1.4.5. Посебна заштита одређених категорија запослених у случају отказа са понудом измењеног уговора

Отпуштање категорије посебно заштићених радника у страним правима која познају институт отказа са понудом новог уговора подлеже посебним ограничењима. У већини случајева, послодавац који намерава да отпусти представника радника у предузећу мора да докаже постојање оправданог разлога, док се ређе тражи сагласност инспекције рада.¹²³⁴ Послодавац не може да санкционише понашање представника радника тако што ће му наметнути измену уговора о раду под претњом отказа. Отуда се тражи да посебни критеријуми буду испуњени како би се дефинисала измена уговора о раду. У светлу тога, судије су дужне да испитају да ли природа измене отежава вршење функција запосленог. У швајцарском праву се наводи да је раскид уговора о раду изабраном представнику радника или члану радничке комисије у ствари злоупотреба права ако послодавац не докаже да је имао оправдани разлог

¹²³⁰ Нав. према: K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, op. cit, 135.

¹²³¹ *Ibid.*

¹²³² Швајцарски Грађански законик (*Zivilgesetzbuch*), чл. 337.

¹²³³ Rüdiger Krause, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, Universität Göttingen, Nomos, 2020, 363.

¹²³⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, op. cit., 44.

за отказ.¹²³⁵ Тачније, раскид радног односа од стране послодавца је злоупотреба права ако је изражен зато што запослени припада или не припада удружењу запослених или зато што законито обавља синдикалну делатност или је запослени изабрани представник запослених у привредном друштву или у установи повезаној са друштвом, а послодавац не може доказати да је имао оправдан разлог за отказ.¹²³⁶ Из горе наведеног следи да се заштита призната Грађанским закоником односи само на изабране представнике. Посебна заштита важи од тренутка именовања запосленог до истека његовог мандата.¹²³⁷ Према кантоналном суду у Цириху заштита је неопходна због функција које представник радника врши.¹²³⁸ Сходно томе, чим заступник радника ступи на дужност, он ужива правну заштиту, и када је неправилност настала у току изборног поступка. За примену посебне заштите у пракси довољно је да је заступник почео да врши своје дужности у предузећу, и да је послодавац о томе обавештен.

Поређења ради, у француском праву је судска пракса још од 90-их година прошлог века спречавала послодавца да заштићеним радницима намеће не само измену уговора, него и услова рада. Након што се обрати инспекцији рада послодавац може покренути поступак отпуштања ако запослени одбије измену елемената уговора о раду. У случају да орган управе не да сагласност, заштићени радник мора бити враћен на раније услове рада уз обезбеђење исте зараде. Дакле, суд има овлашћење да наложи реинтеграцију радника на ранији посао, ако је измена уговора била недопуштена. Но, тешкоће постоје ако је клаузула мобилности била саставни део уговор пре него што је радник изабран да врши посебне дужности. Ипак, последњих година се утврђује да послодавац нема право да на основу те клаузуле премести запосленог.¹²³⁹ Клаузула географске мобилности садржана у уговору о раду не лишава заштићеног запосленог погодности посебних мера предвиђених законом у случају отказа уговора о раду на основу одлуке послодавца.

У немачком праву, обавештење о премештају је индивидуална кадровска мера која се спроводи уз учешће савета запослених.¹²⁴⁰ Отуда, фокус разматрања су индивидуални правни ефекти непоштовања права радничког савета на учешће при отказу уговора о раду са понудом измењеног уговора. Немачки Савезни суд за рад у основи заснива своју судску праксу на теорији захтева ефикасности када је реч о кршењу права на учешће радничког савета. У складу са тим, мера коју предузима послодавац без неопходног учешћа радничког савета је суштински неефикасна.¹²⁴¹ Следствено томе, обавештење о раскиду уговора издато без сагласности радничког савета не би било пуноважно. Ипак, судска пракса није јединствена, те се тако долази и до супротног закључка, да мера која подлеже саодлучивању у смислу теорије предуслова ефикасности није престанак дејства саме промене, већ додељивање новог посла (радног места) запосленом.¹²⁴² Када је упркос противљењу радничког савета послодавац био спречен да распореди запосленог на ново радно место, запослени мора наставити да ради под старим условима све док раднички савет не пружи накнадну сагласност или док радни суд не замени сагласност савета запослених. Са теоријског аспекта посматрано, суштинско питање је по ком основу би требало да се одвија рад под старим условима, док се дефинитивно не разјасни правна ситуација у поступку заштите од промена или замене сагласности. Чини се да је прибегавање старом уговору о раду искључено, ако је запослени прихватио понуду промене која је социјално оправдана, што је резултирало да је споразум о промени привремено закључен. Додатно, отвара се питање да ли поменути поступци могу да коегзистирају или поступак заштите од промене треба обуставити, док се не заврши поступак замене

¹²³⁵ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit, 189.

¹²³⁶ Jobst-Hubertus Bauer, Steffen Krieger, *Kündigungsrechts Reformen 2004*, Verlag, Köln, 2004, 168.

¹²³⁷ Friedhelm Rost, „Änderungskündigung – alte und neue Stolpersteine“, у: Frank Maschmann (Hrsg.) *Kündigungsrecht: alte und neue Frage*, Nomos, Baden, 2013, 100.

¹²³⁸ *Ibid.*, 105.

¹²³⁹ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit, 189.

¹²⁴⁰ Maren Fleck, *Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland und Chile*, Peter Lang, Berlin, 2018, 141.

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² Jüriger Röllner, *Personalbuch 2023*, C.H.Beck, München, 2023, 496.

сагласности.¹²⁴³ Такође, проблематично је разјаснити на чему се заснива право запосленог на накнаду за рад након обавештења о промени, а пре него што је сагласност дата.

2. Два примера разлога за измену уговора о раду

2.1. Промена дужине радног времена

Српски законодавац прописује да је послодавац дужан да размотри захтев запосленог са непуним радним временом за прелазак на пуно радно време, као и запосленог са пуним радним временом за прелазак на непуно радно време. Поменута одредба омогућава прелазак запосленог са пуног на непуно радно време и обратно, као и обезбеђивање правовремених информација од стране послодавца о расположивости послова са пуним и непуним радним временом, као и у делу који се односи на примену начела *pro rata temporis*, према којем се права из радног односа остварују сразмерно радном времену. Како се у радном праву отпуштање запослених сматра крајњим средством, то се увек полази од алтернативних опција које могу постићи исте ефекте, као што су измена уговорених услова рада или рад са промењеним радним временом којим се редефинише радноправни статус запосленог.

У Белгији је ранија државна политика запошљавања имала за циљ да промовише рад са непуним радним временом давањем финансијских предности послодавцима који га користе, посебно пореских олакшица и социјалних бенефиција.¹²⁴⁴ До тада се рад са непуним радним временом развијао у суштини у облику „просперитетног“ рада са непуним радним временом, што је у суштини омогућавало женама да имају користи од додатних прихода. Економска криза и мере које су предузете за њено сузбијање дубоко су промениле природу рада са непуним радним временом, при чему је ова врста запошљавања доживела огроман раст. Према белгијском праву, послодавац може мењати број радних сати запослених, уз обавезу да се о томе претходно спроведу консултације са запосленима или њиховим представницима.

Као факултативни процесни стадијум, Законик о раду Руске Федерације предвиђа ради очувања радних места, право послодавца узимајући у обзир мишљење изабраног синдикалног органа дате организације, да уведе режим рада са непуним радним временом на одређено време до шест месеци.¹²⁴⁵ Поређања ради, Закон о раду Белорусије дозвољава послодавцима да уведу овај режим радног времена за било који временски период без узимања у обзир мишљења синдиката, што значајно смањује правну заштиту запослених од таквих једностраних мера.¹²⁴⁶ Ограничења увођења непуног радног времена укључена су у клаузулу 27 Општег споразума између Владе Републике Белорусије, републичких удружења послодаваца и синдиката за 2004-2005 годину, којим се предвиђа сагласност запосленог и синдикалног одбора, с тим да је огр привремено до доношења новог Општег споразума и односи се само на оне послодавце чији су интереси заступани приликом потписивања Општег споразума.¹²⁴⁷

Измена уговора о раду у погледу дужине трајања радног времена изричито је предвиђена у црногорском праву, при чему би прелазак са пуног на непуно радно време, довео до мањег обима права за запосленог, посебно у погледу остваривања права на зараду и одмор у току рада.¹²⁴⁸ Међутим, у случају неприхватања понуде анекса, неће бити последица по радноправни статус запосленог, што значи да му послодавац не може отказати уговора о раду

¹²⁴³ Friedhelm Rost, „Änderungskündigung – alte und neue Stolpersteine“, *op. cit.*, 112.

¹²⁴⁴ Stan De Spiegelaere, Agnieszka Piasna, *The why and how of working time reduction*, European Trade Union Institute, Brussels, 2017, 47.

¹²⁴⁵ Законик о раду Руске Федерације, део 5, чл. 73.

¹²⁴⁶ Закон о раду Белорусије, чл. 32.

¹²⁴⁷ Нав. према: К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 121.

¹²⁴⁸ Закон о раду Црне Горе, чл. 41.

позивањем на саму чињеницу неприхватања анекса. Ово решење је унето у црногорско право да би се уважиле и ускладиле приватне и професионалне дужности запослених и тиме је извршена хармонизација са европским правним тековинама, тачније, са Директивом 2003/88/ЕУ о појединим облицима организације радног времена.¹²⁴⁹ У немачком праву, у случају одлука које захтевају саодлучивање као што је премештај или промена радног времена, раднички савет мора да да сагласност послодавцу.

Дужина, начин организације и прерасподела радног времена чине значајан део услова рада и снажно утичу на успостављање равнотеже између професионалног и приватног живота. Лоша организација радног времена и неоправдана најавна промена дужине или структуре радног времена, те увођења прековременог рада и сл., негативно утиче на приватан живот запослених, опште здравствено стање и способност рада на здрав и безбедан начин.¹²⁵⁰ У црногорском праву послодавац код којег се рад обавља у сменама дужан је да обезбеди замену смена, јер запослени не може радити ноћу непрекидно дуже од једне радне недеље. Додатно, уколико би се запосленом који ради ноћу по мишљењу надлежног здравственог органа због таквог рада могло погоршати здравствено стање послодавац ће га распоредити на одговарајући дневни посао.

Слобода коју послодавац има да организује радно време ограничава француски Касациони суд 2011. године када у меритуму своје одлуке наводи да премда послодавац, као носилац управљачких овлашћења, може изменити распоред радног времена без сагласности запосленог, потоње измене ће се сматрати изменама уговора о раду када је дошло до претераног кршења права запосленог на поштовање породичног и приватног живота или права на одмор.¹²⁵¹ У светлу тога, ваља закључити да се измена трајања радног времена сматра изменом уговора о раду, док промена распореда радног времена не подлеже тој квалификацији. Међутим, нови распоред радног времена задобија карактер битног елемента који се не може једнострано мењати, ако се тиме нарушава делотворно остваривање права на одмор. Поред тога, Суд сматра да промена распореда рада представља измену уговора о раду у мери у којој има значајан утицај на приватан живот запосленог, због чега је потребно да се са изменом тог елемента запослени сагласи. Исто тако, послодавац не може једнострано мењати дневни распоред рада и конвертовати га у ноћни распоред рада. У случају преласка са дневног на ноћни распоред највиши суд у Француској је за оцену измене уговора о раду узео као релевантан податак и то да се распоред вожње променио, тако да је запосленом онемогућено да користе јавног превоза.¹²⁵² Ради бољег разумевања предметне материје навешћемо и друге примере из богате француске судске праксе. Да би помирила породичне и професионалне дужности запослена је искористила могућност да пређе на режим непуног радног времена (одсуство од 32 часа недељно).¹²⁵³ Поводом рођења њеног трећег детета запослена је користила родитељско одсуство од 1998. до 2001. године и на крају овог одсуства запослена је затражила да настави да ради под претходним условима односно са непуним радним временом у оквиру истог недељног распореда радног времена.¹²⁵⁴ Генерални директор предузећа одбио је њен захтев и позвао је да ради са пуним радним временом што је запослена одбила након чега је отпуштена уз наводе директора да је то оправдано јер је одбила да

¹²⁴⁹ Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time *OJ L 299, 18.11.2003, p. 9–19.*

¹²⁵⁰ J. Рајић-Ћалић, „Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом“, *op. cit.*, 92.

¹²⁵¹ Cour de cassation, Chambre sociale, 3 novembre 2011, 10-14.702. Супротно, послодавац може вршити једностране измене распореда радног времена минималног карактера тако да не нарушавају животне услове запосленог. Поред тога, могуће је да распоред радног времена буде предмет клаузуле уговора о раду која овлашћује послодавца да врши флексибилна прилагођавања услова рада у том домену. Anja Johansson, *Le contrôle par le juge des clauses contractuelles relatives à la durée et aux horaires de travail, Le Droit Ouvrier*, бр. 798, 2014, 637.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ Cour de Cassation, Chambre sociale, 20 février 2007, 05-42.734, Inédit.

¹²⁵⁴ Michel Miné, „L’horaire de travail“, *Droit Ouvrier*, Octobre 2000, 415.

примени распоред рада дефинисан у интересу службе. Питање које се поставило пред француским Касационим судом је да ли измена распореда представља измену уговора о раду, узимајући у обзир чињеницу да је запослена мајка троје малолетне деце и да су јој нови радни сати који су јој били наметнути неспојиви са насталим обавезама, тако да је имала право да захтева продужење уговора у складу са првобитно договореним радним сатима. Према оцени највишег суда Француске, послодавац који намеће нов распоред запосленима који не утиче на дужину радног времена и висину зараде, суштински не чини злоупотребу у вршењу својих управљачких овлашћења, тако да запослени нема право да одбије да поступа по налогу послодавца.¹²⁵⁵

У домаћем праву, општим актом или уговором о раду могу се предвидети други случајеви у којима послодавац може да запосленом понуди анекс уговора о раду, ако то није у супротности са законом. За разлику од преласка на непуно радно време које се запосленом може понудити под условим прописаним Законом о раду Републике Србије, нема законских сметњи да се привремено или трајно повећа обим посла или други разлози предвиде као основ за понуду анекса уговора о раду ради преласка са непуног на пуно радно време, на одређени или неодређени временски период. Притом, општим актом треба да се предвиде како случајеви, тако и период на који се запосленом може понудити рад са пуним радним временом. У случају преласка са непуног на пуно радно време за ограничени, унапред одређен временски период, нема сметњи да се запосленом понуди анекс уговора о раду до одређеног датума по чијем би истеку аутоматски поново првобитно уговорени услови рада (непуно радно време), без потребе закључивања новог анекса уговора о раду.¹²⁵⁶

2.1.1. Стандардизација радног времена

Радно време је део укупног времена којим запослени располаже у току дана, недеље и године, чија је дужина унапред утврђена законом и у току чијег трајања је запослени дужан да послодавцу стави на располагање своје радне способности. Дужина радног времена има двоструку функцију у сваком друштву, а то је заштита запослених од претераног физичког и психичког исцрпљивања што води очувању радне способности и обезбеђивању потребне количине рада за производњу довољног квантума роба и услуга које се продају односно пружају на тржишту. Радно време је време у којем запослени стоји у служби послодавца ради обавља послова и вршења других активности на основу добијених упутстава.¹²⁵⁷

Закон о раду Републике Србије нуди свеобухватну дефиницију радног времена која у себи сублимира три конститутивна елемента.¹²⁵⁸ Први елемент подразумева да у оквиру уговореног радног времена запослени обавља радне задатке у границама посла за који је заснован радни однос. Реч је о послу на који је запослени распоређен по закључењу уговора о раду или прераспоређен прихватањем понуде анекса. Затим, други елемент претпоставља доступност запосленог током трајања тог периода и извршавање налога и смерница које даје послодавац.¹²⁵⁹ Коначно, трећи елемент налаже да се запослени током радног времена налази на послу на који је распоређен или на другом послу који одреди послодавац ако су послови придруженог карактера тако да није потребно закључење анекса. У погледу скраћеног радног

¹²⁵⁵ A. Mazeaud, *Droit du travail*, op. cit., 2006, 420. Richard White, „Working under Protest and Variation of Employment Terms: *Robinson v Tescom Corporation*, op. cit., 370.

¹²⁵⁶ Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр, 011-00-284/2012-02 од 23.1.2013. године.

¹²⁵⁷ Љубинка Ковачевић, „Појам радног времена и правна квалификација неких граничних случајева“, *Правни живот*, vol. 57, бр. 12, 2008, 576.

¹²⁵⁸ Закон о раду, чл. 50.

¹²⁵⁹ Љубинка Ковачевић, „Уређивање и скраћивање радног времена основне тенденције и проблеми, у: Дренко Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), *Социјална политика и криза*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2009, 121.

времена које су уводи зато што поједини послови и поред примене одговарајућих мера безбедности и заштите живота и здравља на раду, средстава и опреме за личну заштиту на раду имају повећано штетно дејство на здравље запосленог због чега им се радно време сразмерно штетном утицају на радну способност запосленог скраћује како би се штетни утицај колико толико контролисао и заштитило здравље човека. Поред тога што се радна седмица у погледу дужине радног времена скраћује посебан вид заштите се остварује кроз правило забране закључења анекса уговора о раду како би се продужило трајање радног времена са 36 часова на 40 часова, укључујући и прековремни рад.¹²⁶⁰ Исто тако, не може се закључити уговор о раду за рад на таквим пословима код другог послодавца. Оваква заштита је оправдана с обзиром на то да разлог скраћивања радног времена нису потребе организације посла, већ постојање повећаног штетног дејства на здравље запосленог који ради на нарочито тешким и напорним пословима због чега је потребно минимизирати ризике.

Економски приступ тежи да превладава на социјалним и хуманистичким приступом у радном праву, до мере да се говори о томе да заштита запослених „налази своје границе у привреди“.¹²⁶¹ Економска стагнација и појачана конкуренција приморавају компаније на смањење трошкова што доводи до високе стопе незапослености. Према томе, уговорне стране могу да пристану на измене елемената уговора, у смислу да запослени жртвује део своје зараде (*right to partial basic income*) у замену за стабилност посла (*job stability*).¹²⁶² На основу идеје да су послодавац и запослени способни да управљају ризиком незапослености, што претпоставља да се послодавац обавезује да обезбеди одређену стабилност запослења под условом да запослени заузврат прихвати смањење зараде или скраћивање радног времена. Ово из разлога што економисти гледају на право као на средство које служи социо-економској рационалности.

Ештон (Ashton) је писао да је „скоро универзална пракса кратке радне недеље веома забрињавајућа“, упозоравајући, у маниру надзорника, да „нису лењивци ти који наносе штету општем добру, већ они који раде пола радног времена“.¹²⁶³ Ако ништа друго, Ештон је схватио у чему је ствар када је закључио да „слободно време, по сопственом избору, стоји веома високо на листи радничких вредности“.¹²⁶⁴ Имајући у виду чврсту вези између радног времена и зараде која се остварује по основу времена проведеног на раду, радно време послодавац не може једнострано мењати. Следствено томе, повећање и смањење радног времена представља измену уговора о раду што изискује постојање сагласности запосленог.

Ригидност на основу дистрибуције задатака у фордовској организацији, која има за циљ да сведе улогу запосленог на минимум током процеса производње на монтажној линији, чини практичну основу техничке и хијерархијске подређености запосленог.¹²⁶⁵ У овом систему, заснованом на стабилности тржишних и уговорних односа, измене уговора о раду нису играле важнију улогу, изузев повећања зараде, о чему се најчешће одлучивало на колективном нивоу. Даље, запослени може да се успротиви промени радног времена, чак и када му зарада остаје непромењена. Дакле, без обзира да ли су измене уговора о раду повољније или не за запосленог његова сагласност је *condition sine qua non* пуноважности измена.

Начело добровољности предвиђа да се без сагласности запосленог не може рад са непуним радним временом преобразити у рад са пуним радним временом. Према швајцарском праву, странке могу изричито на споразумној основи одредити радно време које послодавац не може мењати као резултат своје управљачке власти. Проблем настаје у ситуацијама када се скраћује радно време будући да то повлачи смањење зарада. Из тог разлога, када послодавац жели да

¹²⁶⁰ Закон о раду, чл. 51.

¹²⁶¹ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ Нав. према: R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

¹²⁶⁴ *Ibid.*

¹²⁶⁵ M. Miné, „L'horaire de travail“, *Droit Ouvrier*, Octobre 2000, 414.

смањи дужину трајања радног времена које је уобичајено за ту врсту послова или утврђено уговором о раду потребно је да прибави сагласност запосленог.¹²⁶⁶

У појединим земљама (Белгија, Француска, Немачка и Холандија) послодавци у великим предузећима су обавезни да се консултују или обавесте представнике запослених пре увођења непуног радног времена. Синдикати су настојали да обесхрабре рад са скраћеним радним временом, јер се рад који није рад са пуним радним временом сматра инхерентно инфериорним, који подрива положај чланова синдиката и самих синдиката због типично нижег нивоа синдикалне организованости међу радницима са скраћеним радним временом. Даље, скраћивање радног времена које повлачи смањења зараде представља измену уговора о раду због чега је неопходна пристанак запосленог.¹²⁶⁷

Једнострано одређивање радног времена у немачком праву није могуће ако је уговором о раду тај елемент уговора прецизно одређен.¹²⁶⁸ Осим уговора о раду, споразум са представницима радника може уређивати то питање, па се тако кроз јуриспруденцију потврђује да је уз сагласност представника запослених могуће изменити недељно трајање радног времена, као и почетак и крај радног времена, ако се тиме не дира у уговорено трајање радног времена, нити у уговорени распоред радног времена који се тиче појединих дана у недељи. Према Закону о радном времену, дужина и организација радног времена морају бити споразумно одређени, а измене у дужини трајања редовног радног времена морају се извршити у писаној форми.¹²⁶⁹ Закон, притом, не предвиђа могућност уношења резерве којом се даје право послодавцу да једнострано мења уговор без сагласности запосленог у погледу смањења дужине трајања радног времена. Према утврђеној немачкој судској пракси једнострана измена појединачних елемената уговора представља тзв. делимични раскид уговора о раду, што је недопустиво.¹²⁷⁰

Поменути принцип је потврђен у француском праву, према којем трајање радног времена наведено у уговору о раду, у основи, представља елемент који се не може мењати без сагласности запосленог. Такав споразум мора бити јасно изражен и на недвосмислен начин, који се, по мишљењу појединих аутора, не испољава у пуком пристанку на радно време које је утврдио послодавац.¹²⁷¹ Пошто је радно време елемент уговора о раду, послодавац нема право да га мења, повећава или скраћује, чак и када би измене трајања радног времена биле праћене повећањем зараде.

Француска судска пракса прихвата интеграцију радног времена у уговорно поље, чак и у одсуству изричитих клаузула у том погледу, што значи да се радно време може мењати једино споразумно. Дакле, „заузима се приступ познат као објективизација уговора о раду, односно тежња ка идентификовању уговорних елемената који би свакако укључивали зараду и радно време“.¹²⁷² Примена колективног уговора о раду којим се мења недељно радно време, а што за резултат има смањење зараде, представља измену уговора о раду која мора бити „јасно и недвосмислено“ прихваћена од стране запосленог. Ипак, чини се да колективни уговор о раду све чешће постаје вектор за прилагођавање услова рада развојним потребама предузећа, те је

¹²⁶⁶ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, op. cit., 218.

¹²⁶⁷ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

¹²⁶⁸ Martin Fröhlich, „La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del derecho del trabajo frente a la crisis en alemania“, *Temas Laborales*, бр. 105, 2010, 53.

¹²⁶⁹ Закону о радном времену (*Arbeitszeitgesetz*), чл. 3.

¹²⁷⁰ M. Fröhlich, „La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del derecho del trabajo frente a la crisis en alemania“, op. cit, 53.

¹²⁷¹ Maximilian Fuchs, „Germany: part-time work – a bone of contention“, Silvana Sciarra, Paul Davies, Mark Freedland (eds.), *Employment policy and the regulation of part-time work in the european union: a comparative analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, 87.

¹²⁷¹ *Ibid.*

¹²⁷² Soc., 5 juil. 2005, n°03-43807. M. Fröhlich, „La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del derecho del trabajo frente a la crisis en alemania“, op. cit, 53.

тако могућа да колективни уговор о раду измени радно време и/или зараду утврђену индивидуалним уговором о раду.

Судска пракса у Француској се још увек није изјаснила на одредбе Закона од 14.6.2013. године о обавези да се у уговору о раду одреди минимални рок трајања рада са непуним радним временом и могућност да се изменом уговора о раду обезбеди допуна радних сати.¹²⁷³ Циљ увођења поменутих правила лежи у изградњи довољног степена гаранција који ће радницима са непуним радним временом обезбедити приступ социјалним правима и достојанствену зараду. У случају када изостане јасно назначени очекивани недељни или месечни фонд сати и расподела радног времена између дана у недељи или између недеља у месецу важи претпоставка да је заснован радни однос са пуним радним временом. Послодавац који оспорава ову претпоставку може да пружи доказ о тачно уговореном недељном или месечном трајању и распореду радног времена, само под условом да запослени није био стављен у позицију да не може да предвиди којим темпом ће радити, као и да није морао стално да буде на располагању послодавцу.¹²⁷⁴

Са изузетком прековременог рада, и то у случају континуираног коришћења, смањење или повећање броја радних сати без обзира на укупан број сати погођених променом представља измену битног елемента уговора о раду. Овај принцип је изазвао расправу када је Француска 2000. године скратила радну недељу на 35 сати, што је обавезало законодавца да донесе члан L1222-7 Законика о раду, у којем се наводи да само смањење броја сати предвиђених уговором о раду на основу споразума о скраћењу радног времена не представља измену уговора о раду.¹²⁷⁵

Супротно, промена распореда рада не представља измену уговора о раду, осим ако није унета клаузула којом је изричито утврђен одређени распоред.¹²⁷⁶ Ипак, измене које доводе до преласка са дневних сати на ноћне или до употребе променљивог распореда уместо фиксног распореда и обрнуто изискују пристанак запосленог. То је потврђено у предмету у којем је послодавац заменио дежурства дупло већим бројем радних сати са наизменичним дневним и ноћним сменама, што је квалификовано од стране суда као „потпуна реорганизација расподеле и темпа рада“ која се не сме наметати запосленом без обзира на чињенице на које се позивао послодавац.¹²⁷⁷

2.1.2. Скраћивања радног времена колективним уговором

У француском праву се колективним уговорима о раду даје приоритет у утврђивању и измени радног времена. Да би се смањило радно време на 35 часова недељно у француском праву било је потребно испуњење одређених предуслова. Закон *Aubry II* од 19. јануара 2000. године је донет како би се избегла „трећа између колективних уговора о раду и појединачних уговора о раду и осигурала 'глатка примена' реформских решења“.¹²⁷⁸ Прва мера у том правцу је одлагање квалификације измене елемента уговора о раду у случају скраћења радног времена које произилази непосредно из колективног уговора. Друга мера је последица одбијања измене која може довести до отказа који се сматра отказом који није заснован на економским

¹²⁷³ Alexia Gardin, „Le travail à temps partiel: entre sécurité et flexibilité“, *Le Droit Ouvrier*, 2014, бр. 787, 63.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ Заправо, 40-часовна радна недеља била је „симбол“ рада током целе друге половине 20. века, док Француска није увеле промене у том домену, а после ње и Холандија, средином прве половине 21. века. Заправо, Холандија је постала и прва земља у свету која је скратила радно време у неким случајевима и испод 30 часова.

¹²⁷⁶ Тако, уговорена расподела рада на четири дана у недељи, изузев среде, представља битан елемент уговора о раду који се не може једностарно мењати. Cour de cassation, Chambre sociale, 31 octobre 2012, 11-20.179.

¹²⁷⁷ Cour de cassation, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-21.240.

¹²⁷⁸ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., 951.

разлозима на страни послодавца, већ на личним разлозима на страни запосленог.¹²⁷⁹ То је историјски посматрано, јединствено решење које допушта да колективни уговор о раду измени установљен режим измене уговора о рада, па последично и отпуштања. Колико се далеко отишло, сведочи и чињеница да је дошло до рађања нове врсте отказа или *sui generis* отпуштања које се не уклапа у постојеће категорије. Наиме, поједини француски аутори су оспорили „нормалност“ овог разлога за отказ узимајући у обзир његову хибридную природу, која се мора прилагодити специфичности ситуације.¹²⁸⁰ Иако је судовима остављен простор да контролишу оправданост отпуштања који има основ у колективном уговору који мора бити усклађен са законском нормом, то је углавном тумачено као прост чин верификације, односно формалне контроле која не залази у суштину ствари.¹²⁸¹

С друге стране, француски Касациони суд је донео одлуке које омогућавају боље разумевање режима који се примењује на отпуштање запосленог који одбије измену зараде због скраћивања радног времена. Наиме, Суд прецизира да се члана 30-II Закона *Aubry II* примењује само ако постоји споразум о скраћењу радног времена, при чему послодавац мора да наведе, у отказном писму, предметни споразум.¹²⁸² У наведеном члану стоји да само смањење броја сати предвиђених уговором, у складу са споразумом о смањењу радног времена, не представља измену уговора. Отуда, промена режима радног времена представља просту промену услова рада коју запослени не може одбити, а да се не изложи опасности од раскида уговора о раду због недоличног понашања. На овом месту ваља нагласити и изјашњење Суда о временском обиму члана 30-II, са нагласком да се тај члан примењују на споразуме закључене у складу са законом *Aubry II* и условима постављеним у члану 28-I.¹²⁸³

Што се тиче материјалног обима члана 30-II потврђено је да се отказ због одбијања измене уговора о раду класификује као отказ из економских разлога. Када послодавацпусти запосленог који одбије измену уговора о раду, разлог за овај отказ, као и његову оправданост, мора се тражити у измени уговора. Међутим, одлука о смањењу зарада директно је повезана са скраћивањем радног времена у предузећу што је разлог који очигледно није својствен личности запосленог. Када запослени одбије измену елемента уговора о раду предложеног у споразуму о скраћењу радног времена, његов отказ је индивидуални отказ који није заснован на економским разлозима. Затим, стварна и озбиљна природа разлога за отказ након одбијања смањења зараде као резултат примене споразума о скраћењу радног времена, мора се ценити искључиво с обзиром на одредбе тог споразума. Такође, промена услова награђивања учињена је како би се обезбедио прелазак на другачији режим радног времена, односно са 39 на 35 недељних радних сати.¹²⁸⁴ Реалност економских разлога (порастан промета и побољшање марже за нпр. +5%) се оцењује на основу објашњења садржаних у отказном писму.

Занимљив је и случај у којем је инжењер одбио измену битних елемената уговора о раду произишлу из примене паушалног режима награђивања за рад на дневном ниво предвиђеног за руководиоце националним споразумом о скраћењу радног времена од 22. јуна 1999. и компанијским уговором од 3. фебруара 2000. године.¹²⁸⁵ О сличном питању разматрало се и у предмету у којем је запосленом понуђена измена уговора о раду која се састојала од смањења зараде сразмерно смањењу радног времена на 35 сати, о чему је једнострано одлучио послодавац.¹²⁸⁶ У случају када послодавца није скратио радно време колективним уговором потребно је да послодавац изради план заштите запослења одмах након израде предлога за

¹²⁷⁹ M. Miné, „L’horaire de travail“, *Droit Ouvrier*, Octobre 2000, 416.

¹²⁸⁰ *Ibid.*

¹²⁸¹ У предмету вођеном против француске компаније *Amitel* образложење за разрешење нашло се у преаумбули проткола уз споразум о скраћењу радног времена, с тим да је суд узео у обзир и оправданост економског разлога који је наведен у писму о отказу. Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-41.935: *Bull. civ.* V, n° 107.

¹²⁸² E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 101.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Вид. одлуку у предмету Cass. soc., 26 octobre 2005, n° 03-41.460.

¹²⁸⁵ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 04-40.504, *Société Cap Gémini France c/ M. Jean-Pascal Perales*.

¹²⁸⁶ Cass. soc., 24 mars 2004, n° 02-45.130.

измену уговора о раду. Тако, када је компанија *Framatome* одлучила да спроведе поступак реструктурира спајањем два организациона дела и пресељењем дела активности из Версаја у Шампањ, консултовала је раднички савет и на основу закљученог споразума отпустила неколико запослених.¹²⁸⁷ Суд је у скраћеном поступку наложио компанији и председнику централног радничког савета да успоставе социјални план за све запослене у компанији, као и за запослене који су „мета“ реструктурирања. Против налога Суда уложена је жалба, уз аргументацију да Суд повређује начело одвојености управне и судске власти, јер није надлежан да наложи спровођење социјалног плана.¹²⁸⁸ Поред тога, истицано је да је социјални план неопходан од момента када реструктурирање може генерисати потенцијалне отказе за више од 10 запослених у периоду од 30 дана, а да је у конкретном случају предузета мера довела до разматрања отпуштања девет запослених. Суд је, супротно, констатовао да је реструктурирање довело до тога да се предложи измена суштинског елемента уговора о раду за двадесетчетворо запослених и да се, отуда, размотри отпуштање ових радника из економских разлога због чега је послодавац дужан да успостави и спроведе социјални план.¹²⁸⁹

Француски Касациони суд се до данас није јасно определио за то да ли је оправдано отпуштање када запослени одбију смањење уговорене зараде као резултат примене колективног уговора о скраћењу радног времена. Изгледа да је у одлуци од 24. марта 2004. године дошло до нагињања у правцу признања одбијања измене зараде као стварног и озбиљног разлога за отказ.¹²⁹⁰ Исто питање се поставило две године касније у одлуци 15. марта 2006. године, где је Суд сматрао да је смањење зараде засновано на жељи компаније да „спроведе економски и финансијски опоравак предузећа“, с тим да није покушано постићи тај циљ имплементацијом других и прикладнијих мере, попут предлагања измена уговора о раду.¹²⁹¹ Међутим, ова пресуда је поништена, уз став да је отпуштање засновано на „скривеном економском разлогу (жеља да се омогући опоравак компаније) и да је у ствари мешовите природе, по својој форми комбинација личне и економске оправданости“.¹²⁹² То чини ситуацију још сложенијом, а судије неодлучним око елемената споразума који ће им помоћи да утврде да ли је отказ био оправдан, а одбијање запосленог легитимно или не. Чини се да се међу овим одлучујућим елементима, узима пре свега у обзир, обим модификација изазваних споразумом, те свака накнада додељена запосленима, особице ако се исплаћује у облику бонуса.¹²⁹³ Одбијање да се заузме начелни став о том питању није у супротности са мериторном моћи одлучивања судија, али свакако не задовољава потребе компанија, које би несумњиво желеле прецизније и предвидљивије критеријуме.

Треба навести да је према ранијем решењу француског права, смањење радних сати представљало привремену меру, коју може спровести послодавац у условима економских потешкоћа, при чему се првобитно та мера схватала као измена уговора о раду, да би од 1995. године дошло одступања од тог становишта, тако да послодавац може да би избегао отказ прибећи смањењу радних сати и последично зараде, а да се та мера не сматра изменом уговора о раду.¹²⁹⁴ Исто решење познавало је и швајцарско право, уводећи исту категорију „делимичне незапослености“ која је запосленима у оквиру система социјалног осигурања давала право на посебну накнаду, уместо зараде како би се остварило право на зараду у пуном износу коју би иначе запослени примао да послодавац није суочен са финансијским проблемима.¹²⁹⁵ То је,

¹²⁸⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 1996, n°95-17.352.

¹²⁸⁸ Cass. soc., 18 décembre 2002, n° 00-46.114.

¹²⁸⁹ Cass. soc., 29 novembre 1990, n° 88-44.308.

¹²⁹⁰ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 101.

¹²⁹¹ *Ibid.*

¹²⁹² J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., 951.

¹²⁹³ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, op. cit., 198.

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ У теорији се износи став да се увођење скраћеног радног времена врши путем измене уговора о раду, али да је исто тако потребно поново закључити уговор измењене садржине када се запослени враћа на уобичајени распоред рада. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., 951.

притом, чињено са циљем да се спрече отпуштања и „потпуна незапосленост“, када је смањење радног времена објективно неизбежно због недостатка посла код послодавца.

2.1.3. Прековремени рад

На првом месту, потребно је разликовати прековремени рад који се уводи у предузећу од измене уговора о раду која доводи до продужења трајања радног времена. Наиме примећује се, „да ако је запослени у принципу обавезан да ради прековремне сате које редовно одређује послодавац, од запосленог се не тражи да прихвати *de facto* повећање свог радног времена“.¹²⁹⁶ Када прековремени рад произлази из договора између страна и ако је редован, сматра се прешутним споразумом о продужењу радног времена. Према швајцарском законодавцу, прековремени рад карактерише чињеница да га послодавац једнострано налаже и да је запослени дужан да по том налогу поступа, само у мери у којој принцип добре вере дозвољава да послодавац од запосленог захтева прековремени рад.¹²⁹⁷ Дакле, наглашава се да ако је прековремени рад неопходан у односу на обим посла који је уговорен или уобичајен или утврђен стандардним уговором о раду или колективним уговором о раду, запослени је дужан да ради прековремено у мери у којој је у могућности да ради, а може се очекивати да је такав захтев истакнут у доброј вери.¹²⁹⁸ О овом питању се изјашњавао и француски Касациони суд испитујући да ли је систематичност прековременог рада утицала на измену уговора о раду. Тако, је у новијим одлукама Суд заузео став да прековремени рад који је наметнуо послодавац у оквиру квоте која му је на располагању по закону, а ради заштите интереса предузећа, не укључује измену уговора о раду.¹²⁹⁹ Поступак за увећање прековременог рада састоји се у образложеном захтеву за одобрење прекорачења максималног дневног радног времена уз прибављено мишљење социјално-економског одбора и записник са консултација синдикалних делегата које послодавац шаље инспектору рада. У одсуству синдикалног делегата или социјално-економског одбора, уз захтев се прилаже документ којим се потврђује да су запослени претходно обавештени о увођењу прековременог рада. Отпуштање радника који се вратио са одсуства са рада због болести и који је одбио да ради додатне сате које је послодавац договорио са синдикатом у његовом одсуству као део реорганизације сматра се оправданим.¹³⁰⁰

Послодавац је начелно слободан да прилагоди обим и темпо рада, због тога се измена радног времена не тумачи као измена уговора о раду. Упоредноправно посматрано, границе управљачке моћи послодавца нису у потпуности јасно постављене, будући да је француски Касациони суд укинуо одлуку Апелационог суда по којој је запослени имао право да одбије наметнути распоред рада из разлога што судије нису испитивале да ли промена распореда представља измену уговора или измену услова рада.¹³⁰¹ С тим у вези, ако је поштовање одређеног распореда рада сматрано битним елементом при закључењу уговора о раду, запослени може одбити његову измену. С дуге стране, ако тумачење уговора о раду не дозвољава да се распоред радног времена квалификује као његов битан елемент, запослени је дужан да поступа у складу са налогом послодавца, при чему се у судској пракси негира могућност да одређене групе запослених користе предности које се могу остварити од уговорно прецизираног радног времена.¹³⁰²

¹²⁹⁶ Мирјана Поповић, *Престанак радног односа – општи режим*, Завод за уџбенике Београд, Београд, 2020, 90.

¹²⁹⁷ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 104.

¹²⁹⁸ *Ibid.*

¹²⁹⁹ *Ibid.*

¹³⁰⁰ Више вид.: *Ellis v Brighton Co-operative Society Ltd* [1976] IRLR 419.

¹³⁰¹ M. Miné, „L’horaire de travail“, *Droit Ouvrier*, Octobre 2000, 418.

¹³⁰² J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, op. cit., 951.

Закон од 20. августа 2008. године усмерен на потврђивању демократских вредности реформише радно време и поставља нове услове за важење колективних уговора о раду, са циљем јачања њиховог легитимитета. Исто тако, доношењем Варсмановог закона од 22. марта 2012. године, је потврђено проширење овлашћења послодаваца у организацији радног времена, те се омогућава послодавцу, у зависности од обима активности, да запослени раде више од 35 сати у одређеним недељама, а да се тиме не повређују правила о максималној дужини трајања радног времена укључујући и прековремени рад.¹³⁰³ У случају постојања колективног уговора о раду, послодавцу се даје могућност да слободно прилагођава радно време у периоду од више од недељу дана до мање од годину дана.¹³⁰⁴ Реч је о великој погодности за послодавце који фактички мењају радно време по вољи без обавезе упућивања понуде запосленом за измену тог елемента уговора о раду.

Право послодавца на давање инструкција углавном се односи на врсту посла, место на коме се рад обавља, радно време и прековремени рад, поделу радног времена и правила о паузама и одмору. Међутим, упутства послодавца која у основи предвиђају премештај запосленог на посао нижег ранга и/или зараде или упутства која доводе до скраћивања радног времена нису дозвољена, јер се тиме мења суштина радног односа. Ипак, да би се спречила штета, проширено право управљања (*erweiterte Direktionsrecht*) у немачком праву, обавезује запосленог да у хитним случајевима поштује упутства послодавца која превазилазе обавезе дефинисане уговором о раду.¹³⁰⁵ Предуслов за проширено право на издавање инструкција је да се догађај не може предвидети или да постоји ризик од финансијске штете, а да није последица понашања послодавца. Примера раду, то могу бити упутства која се односе на прековремени рад, јер је потребно да се изврши обрада материјала који се испоручује са закашњењем због штрајка, а мора бити испоручен купцу у складу са уговором.

У британском предмету *Horrigan v Lewisham London Borough Council* се отворило питање да ли постоји обавеза запосленог да ради прековремено с обзиром на то да су запослени дужни да извршавају законите и разумне налоге послодавца.¹³⁰⁶ У уговору о раду који је закључио запослени са послодавцем било је утврђено да је четрдесеточасовна радна недеља. Изричите одредбе која би се тицала прековременог рада није било, с тим да је послодавац у договору са синдикатима утврдио да ће „плаћати прековремени рад сходно времену проведеном на раду“.¹³⁰⁷ Запослени је радио на послу возача и да би завршио руту готово сваки дан је морао да ради сат и по времена дуже. Након што је неколико година радио прековремено, одлучио је да прекине са радом који је дужи од осам сати, због чега је отпуштен. Како је реч о *common law* праву суд је закључио да извор обавезе прековременог рада мора бити анекс уговора о раду, тако да не постоји прећутна обавеза запосленог да ради дуже од уговореног радног времена.¹³⁰⁸ Смисао ове одлуке је дубљи, будући да открива неспремност судова да након утврђивања садржине првобитног уговора о раду, признају послодавцу право да намеће запосленом додатне обавезе.

У циљу заштите основних радних права и достојанства личности, сваки запослени ужива право на ограничење максималног броја радних сати. Прековремени рад представља ситуацију у којој запослени ради дуже од пуног радног времена. Прековремени рад је изузетак, због чега је у домаћем праву прописано када је запослени дужан да на захтев послодавца ради дуже од пуног радног времена.¹³⁰⁹ У том смислу је значајно дефинисати ситуације у којима послодавац има овлашћење да одреди прековремени рад (виша сила, изненадно повећање обима посла и други случајеви), као и ограничењима у погледу трајања прековременог рада.

¹³⁰³ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 104.

¹³⁰⁴ *Ibid.*

¹³⁰⁵ S. Kürth, *Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag*, op. cit., 115.

¹³⁰⁶ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

¹³⁰⁷ *Ibid.*

¹³⁰⁸ *Ibid.*

¹³⁰⁹ Закон о раду, чл. 53.

Даље, околности због којих се уводи прековремени рад морају бити измењене, јер уколико је разлог за увођење прековременог рада био унапред познат послодавцу, запослени има право да одбије такав налог послодавца. У ситуацијама наступања услова за увођење прековременог рада, то јест више силе, изненадног повећања обима посла или друге околности због које је неопходно да се у одређеном року заврши посао који није планиран, мора да постоји и одлука послодавца о увођењу прековременог рада. Послодавац је дужан да запослене благовремено обавести о распореду и промени радног времена, без иницирања измене уговора о раду. Ово решење *de lege ferenda* треба изменити, по узору на поједине правне системе, где се прави разлика да ли је радно време битан елемент уговора о раду или не, када се његове измене врше једнострано или подлежу консензусу. Другим речима, ако је радно време прецизно уговорено, послодавац не може самоиницијативно увести прековремени рад.

2.1.4. Прерасподела радног времена

Послодавац може организовати рад на различите начине. У циљу бољег коришћења средстава за рад и рационалнијег утrophка материјалних добара, послодавац може извршити прераспodelу радног времена. Осим тога, до прераспodelе радног времена може доћи и када природа делатности то захтева или је потребно да се одређени посао изврши у назначеном року. Прераспodelа радног времена подразумева одређени вид одступања од уобичајеног уређења радног времена. Послодавац уређује радно време поштујући императивне правне норме о максималној дужини радног времена и минималним одморима запослених, с тим да ако постоје оправдане околности, послодавац може извршити прераспodelу радног времена. Не сме се сметнути с ума да је радно време део дана који запослени не може да користи за своје властите потребе, због чега прековремени рад и прераспodelа радног времена утичу на приватан живот запослених.

Када је реч о домаћем праву примећује се да је Закон о раду само делимично усаглашен са правним тековинама Европске уније. Наиме, послодавац може да изврши прераспodelу радног времена раду рационалније коришћење радног времена, тако да укупно радно време у периоду од шест месеци у календарској години у просеку не буде дуже од уговореног радног времена.¹³¹⁰ У случају прераспodelе радног времена, радно време не може трајати дуже од 60 часова недељно, с тим да је могуће уговорити рад који је дужи од наведеног што је посебно уређење максималног недељног радног времена (*opt-out*).¹³¹¹ Наведена одредба није у складу са Директивом 2003/88 ЕЗ пошто не садржи даље услове под којима је могуће обављати рад.¹³¹² Из тога се изводи закључак да сагласност запосленог мора бити унапред дата, пре распоређивања на посао, или накнадно закључењем анекса уговора о раду. Сагласност мора бити дата слободно, запослени не сме да сноси никакве последице у случају да одбије да да сагласност. Поред тога, сагласност мора да буде дата индивидуално, искључиво споразумом између запосленог и послодавца, те није могућа измена у форми колективног уговора о раду. Додатно, сагласност дата од стране запосленог може опозвати, али је ради заштите легитимних интереса послодавца потребно навести разуман рок у којем је то могуће учити, након чега опозив не би производио правно дејство.¹³¹³ Такође, у српски правни поредак потребно је у целости транспоновати одредбе Директиве 2003/88 ЕЗ које се тичу трајања ноћног рада и прераспоређивања радника који раде ноћу на дневни рад, и доследно их примењивати у пракси. То се нарочито односи на раднике са здравственим проблемима, где је тим радницима

¹³¹⁰ Закон о раду, чл. 57 ст. 1.

¹³¹¹ Закон о раду, чл. 57, ст. 4 и 5.

¹³¹² Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *OJ L 299, 18.11.2003, p. 9–19*.

¹³¹³ Ј. Рајић-Ћалић, „Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом“, *op. cit.*, 92.

потребно обезбедити гарантован прелазак са на дневни рад кад год је то могуће. Додатно, према домаћем праву прерасподела радног времена може изаћи из оквира календарске године, што Директива 2003/88 ЕЗ не познаје као могућност.

Активност компаније може бити нередовна и мењати се из недеље у недељу због сезонске природе делатности, флукуације поруцбина и других разлога. Отуда, да би прилагодио темпо рада запослених и избегао прековремени рад у периодима високе активности послодавац може вршити прерасподелу рада на недељном нивоу. За то је неопходно постојање колективног уговора о раду којим се дају таква овлашћења послодавцу и услови под којим се то може чинити.¹³¹⁴ У погледу организације радног времена потребно је направити разлику између императивних норми од којих се не може одступити и правила која могу бити дерогирана општим, секторским/гранским колективним уговором о раду односно колективним уговором код послодавца.

Према ранијем решењу француског права, трајање дужине радног времена је потребно утврдити у уговору о раду сваке недеље, месеца или године, у зависности од случаја, дефинишући те елементе као битне за пуноважност уговора о раду, укључујући и када се обавља рад са непуним радним временом на који запослени мора пристати.¹³¹⁵ Измена и прерасподела радног времена је могућа када послодавац има то овлашћење на основу уговорне клаузуле, под условом да обавести запосленог најмање седам дана унапред. Даље, да би измена уговора о раду у погледу радног времена била важећа потребно је да се испуне два услова: уговор о раду мора да прецизира могућу измену и да наведе случајеве у којима ће до те измене највероватније доћи.

Холандском право је специфично из разлога што посао не сматра битним елементом уговора о раду, па се измена посла сматра разумном каду су испуњени одређени услови.¹³¹⁶ Најважнији од њих је захтев да послодавац остави, барем на одређено време, остале елементе уговор какви су били. Друго, гледа се у чију сферу ризика улази промена, односно да ли тај ризик иницијално сноси послодавац, што је ближе појашњено у једном од најпознатијих случајева *Hoge Raad* поводом ког је суд закључио да је промена распореда рада која претпоставља ноћне смене и нередовно радно време, теже прихватљива за старије раднике него за млађе, што указује да старији радници због личних околности нису морали да прихвати ову промену.¹³¹⁷ Послодавац може одредити време рада путем упутства за рад, односно једнострано на основу свог права на издавање инструкција. То се, пре свега, односи на расподелу уговором дефинисаних седмичних радних сати по појединим радним данима. Међутим, послодавац не може једнострано налогом да одреди број радних сати недељно, јер то да ли запослени мора да ради 20, 30 или 40 сати практично је увек наведено у уговору о раду и/или у релевантном колективном уговору.¹³¹⁸ Уколико послодавац жели да запослени ради прековремено, потребно му је одговарајуће овлашћење у уговору о раду, на пример клаузула уговора о раду која му омогућава да захтева прековремени рад. Коначно, чак и када послодавац може да наложи прековремени рад, садржајна ограничења његовог права на издавање инструкција произилазе из колективних уговора о раду и матичног закона у области рада, јер они предвиђају максимално радно време на дневном или недељном нивоу.

2.1.5. Концепт „нултог“ радног времена

Основни институти радног права доживљавају трансформацију услед појачане потребе за флексибилнијим моделом организације рада и временаведеног на раду. Поменуте тенденције су довеле до изградње концепције „нултог“ радног времена који подразумева већа

¹³¹⁴ *Ibid.*

¹³¹⁵ M. Miné, „L'horaire de travail,“ *Droit Ouvrier*, Octobre 2000, 416.

¹³¹⁶ R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 56.

¹³¹⁷ *Ibid.*

¹³¹⁸ R. Blanpain, *Labour law*, op. cit., 838.

овлашћења послодаваца у погледу креирања радног времена, на начин да се нарушава класичан модел радног времена који претпоставља дужност послодавца да пре отпочињања рада истакне свим запосленима јасно утврђен распоред радног времена.¹³¹⁹ Наиме, из садржине уговора са „нултим“ радним временом (енг. *zero hour contract*) се не може утврдити период у којем је запослени дужан да стави на располагање своје радне способности послодавцу. Из тога следи да се запослени ангажовани по основу тог уговора налазе у стању перманентне приправности за рад.¹³²⁰ Ипак, запослени није дужан да прихвати понуђени посао, нити је послодавац дужан да му додели радне задатке. Дакле, одрицање уговорних страна од међусобних права или једностраних обавеза прати уграђено право на одбијање рада у било ком тренутку. Запослени нема право да захтева рад, док, с друге стране, може прихвати сваки посао који му се нуди, ако и када до тога дође (енг. *if and when contracts*).¹³²¹ У том смислу, послодавац има дискрециону слободу да одлучи када и колико ће запослени радити. Основна карактеристика концепта „нултог“ радног времена је што послодавац не гарантује запосленом минималан број радних сати, већ га, напротив, позива на вршење рада у зависности од конкретних потреба. То, даље, значи да послодавац може на исплатив начин прикрити сталну потребу за радом запослених, те користити „нулто“ радно време само у периоду највећег оптерећења и повећаног посла. Ово изгледа као савршено радно окружење за послодавца јер му пружа могућност да у сваком тренутку има довољан број радника, а да у исто време нема обавезу да запосленима редовно обезбеђује довољну количину посла и да, самим тим, континуирано исплаћује зараду.

Иако се концепт „нултог“ радног времена најчешће везује за англосаксонске земље у којима ужива популарност, он није остао изван оквира интересовања ЕУ. Прецизније, Европска комисија је још 2006. године у Зеленој књизи, апострофирала да су уговори о раду са „нултим“ радним временом, заједно са другим атипичним облицима запошљавања, постали свакодневница европског простора. Даљи кораци су предузети четири године касније, када је Европски парламент позвао све државе чланице да предузму одређене мере како би се што одговорније приступило проблематици учесталог коришћења овог уговора.¹³²² Будући да уговори са „нултим“ радним временом нуде најрадикалнији облик флексибилизације радног времена који се означава и као „хиперфлексибилност“, резолуцијама Европског парламента о достојанственом раду обесхрабљује се њихова употреба.¹³²³ Ово, најпре, из разлога што су без унапред дефинисаног радног времена запослени изложени посебном ризику и нарочито тешком, готово, прекарном положају.¹³²⁴ Дакле, потребно је да се постигне минималан ниво предвидивости посла у случају када потребе послодаваца за радном снагом варијају. У супротном, долази до ограничавања права запосленог на слободно време и ефикасно организовање приватног и породичног живота. Уз то, врши се преношење економског ризика са послодавца на запослене, који сnose губитак у виду сталних примања, ако послодавац није

¹³¹⁹ Марио Рељановић, „Уговори са нултим радним временом“, *Страни правни живот*, бр. 3, 2019, 34.

¹³²⁰ Термин уговор са „нултим“ радним временом није правни термин, већ колоквијални израз који је добио широку употребу. Он је кровни појам за бројне уговорне аранжмане који се предметно разликују. У стручним текстовима се први пут спомиње под крај 80-их година прошлог века, како би се описао феномен устројства рада у ком радницима није гарантован фиксни број радних сати. Са доласком четврте индустријске револуције, овај уговор се, првенствено, доводи у везу за ширењем тзв. гиг економије. Иначе, уговор о „нулто“ радном времену је у англосаксонском праву развијен са идејом да се заобиђу судски изграђена правила да је у недостатку прецизности о врсти и распореду радног времена у уговору о раду послодавац дужан да наведе разумно трајање месечног радног времена, те да обезбеди разумну количину посла.

¹³²¹ Данило Рончевић, Александар Антић, „Уговор без одређеног радног времена (*Zero hours contract*)“, *Радно и социјално право*, год. XX, бр. 1, 2016, 234.

¹³²² *Ibid.*

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ Ово нарочито ако постоји клаузула екслузивитета, која забрањује запосленима да имају више уговора са „нултим“ радним временом са различитим послодавцима. С тим у вези, може се довести у питање законитост таквих клаузула, јер се оне намећу на основу неуравнотеженог односа моћи.

у могућности да обезбеди довољну количину посла током читавог трајања уговора, због чега се запосленима ускраћује могућност да за период неактивности остваре право на зараду.¹³²⁵

Суд правде Европске уније дефинише ову врсту уговора као рад по потреби, где у уговору није унапред утврђено ни колико ће трајати радна недеља ни начин на који ће радно време бити организовано, али је сауговорачу остављен избор да ли да прихвати или одбије посао који му се нуди.¹³²⁶ Уговори са „нултим“ радним временом су слични уговорима у којима је запосленима гарантован мали број радних сати недељно уз могућност ангажовања до пуног радног времена. Основна разлика између њих је што уговор са „нултим“ радним временом води двострукој крајности, јер је могуће „анулирање“ радног времена, што значи да запослени има фонд који одговара нули радних сати, али исто тако и „плафонирање“ броја радних часова који прелазе пуно радно време.

У зависности од уговорне структуре и гарантованих права, постоје различити облици раде без унапред одређеног радног времена. Следствено томе, уговор са „нултим“ радним уговором не означава „фиксну“ уговорну ситуацију, већ мноштво уговорних аранжмана различите садржине.¹³²⁷ Отуда, запослени могу радити и без одређеног радног времена, када у оквиру свог главног запослења раде редован број сати недељно, при чему ти сати нису гарантовани уговором. Због тога што омогућава да јача уговорна страна једнострано дефинише уговорне обавезе, ова врста уговора забрањена је у Шпанији. Ипак, шпанско право допушта измену распореда рада на начин да се радно време неправилно распоређује у смислу да једна недеља има више од 40 радних сати а друге мање, при чему укупан број сати проведених на раду не прелази законски установљен месечни „горњи праг“.¹³²⁸ Број сати рада који премашује редовно трајање радног дана не сматра се прековременим радом што погодује послодавцима, јер им се умањују трошкови рада. Неправилна расподела радног времена која доприноси флексибилизацији подлеже ограничењима и могућа је једино у оквиру уговора о раду са непуним радним временом или уговора о раду са пуним радним временом. Осим забране, могу се наћи законски примери ограничења у коришћењу „нултог“ радног времена, тако да се лимитира број радних сати који запослени може радити по позиву, те навођења

¹³²⁵ О преношењу ризика посла изјаснио се Апелациони суд Уједињеног Краљевства који је искључио ту могућност позивајући се на минимум дужности узајамних обавеза, као подразумевани елемент сваког уговора. То, конкретно, значи да и када нема посла који би запослени био дужан да обавља, послодавац мора сносити финансијски губитак настављајући да исплаћује уговорене или минималне зараде. Иако је жеља послодавца да у нормалним околностима послује на начин који је економски исплатив, Суд је оценио недопуштеним да у случају смањења обима посла, послодавац прекине са исплатом зарада. Чињеница што је запослени био плаћен по комаду није била од утицаја на закључак да уговором о раду није могуће искључити обавезу послодавца да обезбеди минималан број радних сати. Ово из разлога што је за остваривање зараде, као основног права из радног односа, недовољно постајање радног односа, ако изостаје стварно вршење рада. У предметном случају продаја лимова је била у паду и послодавац је најавио да ће се фабрика затворити за две недеље, обустављајући даљу исплату зараде, због недостатка посла. *Devonald v Rosser & Sons* [1906] 2 KB 728.

¹³²⁶ Нав. према: Matthew Pennycook, Giselle Cory, Vidhya Alakeson, *A Matter of Time: The rise of zero-hours contracts*, Resolution Foundation, London, 2013, 5.

¹³²⁷ Због тога су поједини аутори извели закључак да „нулто“ радно време „служи само као згодна скраћеница за маскирање експлозивног раста несигурног посла за веома фрагментирану радну снагу“. Несигуран рад се, притом, описује као запослење које је неизвесно, непредвидиво и ризично са становишта радника и које се концепцијски разликује од „атипичног“ запослења. Запослени на несигурним пословима су поред штетних психолошких ефеката таквог рада изложени несразмерно високом ризику од сиромаштва. О негативним странама „нултог“ радног времена који „уништава“ слободно време и стабилан приход говоре бројна сведочења радника. „Многе моје колеге које подижу породице запале су у озбиљне дугове због рада по уговору о нултом сату јер нису имали сигурност шта ће добити сваког месеца. Они који су избегавали задуживања су то чинили тако што су живели са родитељима, црпили уштеђевину и добијену отпремнину од претходних послова.“ Више вид.: М. Pennycook, G. Cory, V. Alakeson, *A Matter of Time: The rise of zero-hours contracts*, op. cit., 5.

¹³²⁸ Међутим, чињеница да је раднику сваке недеље одређивано ново радно време не значи присуство уговора о „нултом“ радном времену, будући да се, у зависности од природе посла, радно време код послодавца може мењати на дневном или месечном нивоу. Више вид. предмет *Borrer v Cardinal Security Ltd* UKEAT/0416/12/GE.

ситуација када је допуштено варијабилно радно време без гарантованих радних сати.¹³²⁹ Насупрот томе, могућ је и крајње афирмативан приступ који подстиче закључивање уговора са „нултим“ радним временом, што може водити губитку основних радних и социјалних права. Према реформама енглеског законодавства из 2014. године, незапослено лице је обавезно да прихвати уговор о „нултом“ радном времену који нуди служба за запошљавање под претњом губитка престације за случај незапослености.¹³³⁰ До тада се од незапосленог лица захтевало да прихвати понуду за посао који обезбеђује зараду која није мања од минималне зараде.¹³³¹ Када је реч о лицима која су радно ангажована по основу овог уговора, круг права који им се нуди најчешће зависи од њиховог статуса тј. да ли се имају сматрати запосленима или самозапосленима.

2.2. Прелазак са традиционалног места рада на рад на даљину

2.2.1. Уводна разматрања

Као један од најбољих примера измена елемената уговора о раду, у којем долази до промене места рада као битног елемента је свакако прелазак са традиционалног места рада на рад на даљину. Рад на даљину је новији феномен са недовољно јасним граничним тачкама, премда се као основно обележје издваја „алат“ који је технологија, а којом се врши рад и уз помоћ којег запослени остаје у контакту са послодавцем.¹³³² Дакле, веза између запосленог и послодавца се одржава уз помоћ електронског уређаја за повезивање и сарадњу. Реч је о сложене облику рада, за чије одређивање српски законодавац узима место рада као опредељујући и битни елемент.¹³³³ С тим у вези, ваља нагласити да рад на даљину није везан за једно место рада, нити за одређену врсту посла, с тим да је пожељно да у опису посла буде назначена ова врста рада за случај да послодавац донесе одлуку о раду на даљину. Као што је познато запослени може бити ангажован да ради на даљину само ако је изразио формални пристанак на то, будући да је добровољност преко слободе рада као основног начела уграђена у ову врсту рада.¹³³⁴

Добровољност се може манифестовати у два момента: у моменту заснивања радног односа, када се већ јасно назначавало да ће запослени радити на даљину, или током трајања радног односа, када се на иницијативу запосленог или послодавца редефинише начин обављања рада, у смислу да се поред традиционалне организације рада, рад може организовати и извршавати на даљину.¹³³⁵ Дакле, добровољност код ове врсте рада се исказује како у моменту закључења уговора о раду, тако и након тога, у ситуацијама када послодавац упути понуду запосленом којим се предвиђа наставак рада, али под измењеним условима, односно на даљину уместо у просторијама послодавца. Стога, да би убудуће радио на даљину,

¹³²⁹ Mathis Böttcher, *Der Null-Stunden-Vertrag: Arbeitszeitflexibilisierung nach deutschem und britischem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020, 77.

¹³³⁰ M. Pennycook, G. Cory, V. Alakeson, *A Matter of Time: The rise of zero-hours contracts*, op. cit., 5.

¹³³¹ Уговор са „нултим“ радним временом се највише користи у Великој Британији, у сектору хотелијерства, малопродаје и здравствене неге. Нажалост, коришћење тог уговора постало је готово уобичајено у државним институцијама Велике Британије, попут Дома комуна и Банкингамске палате. Ланац брзе хране „Мекдоналдс“ (McDonald's), који највећим делом послује на подручју Велике Британије био је највећи послодавац са овом врстом уговора у 2016. години запошљавајући више од 80.000 радника. Премда је жустро критикована у јавности, управа компаније је изјавила да је свим радницима понудила уговоре са гарантованим фондом недељних радних сати, али је 80% запослених то одбило, настављајући да ради флексибилно. M. Böttcher, *Der Null-Stunden-Vertrag: Arbeitszeitflexibilisierung nach deutschem und britischem Recht*, op. cit., 78.

¹³³² Charles Barrow, John Duddington, *Briefcase on Employment Law*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000, 47.

¹³³³ Зоран Марковић, „Утицај рада на даљину на стандардно радно време“, *Harmonius*, год. XI, 2022, 272.

¹³³⁴ Klaus Dule, *Rechtsfragen der Telearbeit*, Shaken Verlag, Aachen, 1999, 86.

¹³³⁵ Душан Паравина, „Правни положај радника код куће према Закону о радним односима СР Србије“, *Привредни гласник, Друштво економиста: Друштво књиговођа*, Ниш, бр. 2, 1969, 59.

запослени мора бити сагласан са том променом, што значи да се закључује анекс уговора о раду. Надаље, као и у другим случајевима предвиђеним законом, у домаћем праву, одбијање послодавчеве понуде за измену уговора *per se* не може бити легитиман разлог за отказ. Наиме, законодавац предвиђа да се запослени и послодавац могу споразумети да један део радног времена у оквиру уговореног радног времена запослени посао обавља од куће.¹³³⁶ У светлу тога, уочава се да поменута одредба регулише радно време и да се она разликује од тога када се уговора рад ван просторија послодавца – рад на даљину и рад од куће. Дакле, потребно је разликовати поменуте ситуације, нарочито када долази до преласка са једном места рада на друго место рада, од ситуације када долази до комбинације рада на месту где се послови обављају ако то место није код куће. У потоњем случају, споразумом се одређује да ће запослени део радног времена проводити на другом месту од оног које је уговорено.¹³³⁷

Могућност споразумевања послодавца и запосленог да запослени један део радног времена ради код куће је решење које подржава флексибилизацију рада и, у том смислу, оно је легитимно. Међутим, није јасно шта значи споразум између послодавца и запосленог. Да ли ће се о овом питању послодавац и запослени споразумевати посебним правним актом, који није уговор о раду, односно анекс уговора о раду? Сматрамо да се место рада запосленог мора утврдити уговором о раду, односно анексом уговора о раду и на томе треба инсистирати. Такође, нејасно је на који начин ће се уредити права и обавезе запосленог за период док ради код куће. Да ли ће се на запосленог који део радног времена ради код куће примењивати правила о радном односу за обављање послова ван просторија послодавца или општа правила или можда њихова комбинација?¹³³⁸ Овде треба бити обазрив, јер се на поједине услове рада запосленог који ради код куће примењују посебна правила, другачија од општих правила. Биће интересно видети како ће се две врсте правила уклопити у односу на истог запосленог будући да ово може произвести проблеме у примени Закона о раду. Отуда, потребно је инсистирати да се послодавац и запослени искључиво уговором о раду, односно анексом уговора о раду, а не неким другим актом, могу споразумети да ће запослени један део радног времена, у оквиру уговореног радног времена, обављати послове код куће, нарочито имајући у виду са се истим актима прецизно утврђују и други услови рада.¹³³⁹

Рад од куће је у време пандемије заразне болести *ковид-19* узео маха и ушао у многе индустрије којима до тада није био својствен. Ваља напоменути да је право препознало и дефинисало појам рада на даљину годинама пре пандемије *ковид-19*, јер је исти, као друштвени и привредни феномен, почео да се појављује са развојем информационих технологија и модернизације процеса рада, укључујући флексибилне облике рада, какав је рад од куће. У Србији је 2014. године изменама Закона о раду извршено термилошко прецизирање рада ван просторија послодавца у два појавна облика и то као „рад код куће” и као „рад на даљину” (онај који се обавља ван пословних просторија послодавца, али не од куће) и утврђена је листа обавезних елемената који уговор о раду тог типа мора да садржи, а у складу са Конвенцијом МОР-а о раду код куће бр. 177 и Европским оквирним споразумом о раду на даљину. Тако, уговор о раду ван просторија послодавца мора садржати прецизне одредбе које дефинишу: трајање радног времена према нормативима рада; начин вршења надзора над радом и квалитетом обављања послова запосленог, средства за рад за обављање послова које је послодавац дужан да набави, инсталира и одржава; коришћење и употребу средстава за рад запосленог и накнаду трошкова за њихову употребу; накнада других трошкова рада и начин њиховог утврђивања, а све у циљу свеобухватног регулисања односа послодавца и запосленог.¹³⁴⁰ За запослене, измена места рада и увођење рада од куће мора бити уговорена

¹³³⁶ Закон о раду, чл. 42.

¹³³⁷ Shiri Ahuja, „Teleworking: Redesign Strategy for Organizations“, in: Birger Rapp, Paul Jackson (eds.), *Organisation and Work Beyond*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2000, 52.

¹³³⁸ Андријана Ристић, „Рад ван просторија послодавца – Правни режим и изазови организације у току и након пандемије Ковид-19“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 3, 2013, 901.

¹³³⁹ Thomas Lammeyer, *Telearbeit*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2007, 234.

¹³⁴⁰ Закон о раду, чл. 42 ст. 3.

закључењем анекса постојећег уговора о раду, којим ће се прецизирати наведени елементи радног односа.¹³⁴¹ С тим у вези се поставља једно битно питање да ли је закључење анекса уговора у погледу рада од куће обавеза запосленог? У редовним околностима запослени није у обавези да закључи анекс уговора о раду у погледу обавезе и услова рада од куће, јер одбијање да приступи потписивању таквог анекса не представља основ за отказ уговора о раду.¹³⁴² У ванредним приликама су могућа и другачија правна решења као што је то било уведено у време ванредног стања у пролеће 2020. године, Уредбом о организовању рада послодавца за време ванредног стања, којом је била предвиђена могућност да се рад од куће одреди решењем послодавца, чиме је добровољност била укинута.¹³⁴³ Наведена уредба је престала да важи 6. 5. 2020. године, те је на дан писања овог рада опет на снази општи режим добровољности рада од куће.

Сведоци смо преласка на рад од куће у све већем броју случајева и то не само из разлога здравствене безбедности и не само услед ризика које доноси пандемија *ковид-19*. Тамо где су се резултати рада од куће за послодавце показали као добри, постоји разумљиво настојање да се са таквим обликом рада и настави. Чини се да је извесно да ће, и након пандемије *ковид-19*, рад од куће, као облик рада ван просторија послодавца, остати у експанзији тамо где је профитабилан. У току таквог интензивирања рада од куће почела су да се рађају и нова правна питања, на које позитивно право још увек нема одговоре. Неки од одговора и тумачење прописа је код нас понудила Управа за безбедност и здравље на раду Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања у Водичу за безбедан и здрав рад од куће.¹³⁴⁴ Ради се о документу који је инструктивног типа и нема статус извора права, али може послужити као оријентир за одређена питања и начин тумачења прописа које нуди ресорно министарство, док судске праксе и правне регулативе по многим питањима код нас у Србији још увек нема. Стога је, чини се, важно ажурно пратити упоредноправна законска решења, али и актуелну судску праксу европских земаља, јер указују на могуће правце у којем би и наш законодавац и наши судови, приликом уређивања спорних питања, могли да крену.¹³⁴⁵ Једно од таквих питања је које трошкове послодавац мора да плаћа у вези са простором у којем се рад обавља од куће? Као једно од питања у погледу трошкова који се имају надокнадити запосленом, поставља се питање накнаде закупнине дела кућног простора у којем запослени обавља свој рад. Извесно је да послодавци могу остварити уштеду смањивањем површине пословних просторија, због тога што одређени број запослених обавља рад од своје куће. Да ли у том случају послодавац дугује накнаду закупнине кућног простора запосленом? Новија судска пракса највишег швајцарског суда стаје на становиште да се накнада дела закупнине која отпада на *homeoffice* дугује запосленом, уколико послодавац није обезбедио одговарајући простор за рад запосленоме и уколико се рад у континуитету обавља од куће, а да то није било на захтев запосленог.¹³⁴⁶ Интересантно је да ова судска пракса није везана за услове пандемије *ковид-19*, те је можемо узети као смерницу за рад од куће у условима када је то у интересу послодавца и неvezано за пандемијске мере. Судске спорове по овом, и свим могућим другим отвореним питањима која су у вези са радом од куће, ваља предупредити партнерским односом послодавца и запосленог, закључењем уговора који би на детаљан начин регулисао сва питања која су, у конкретном случају, од интереса за обе уговорне стране.

¹³⁴¹ Марио Рељановић, „Рад у околностима епидемије и ванредном стању,“ у: Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић (ур.), *Пандемија Ковид 19: Правни изазови и одговори*, Институт за упоредно право, Београд, 2021, 82.

¹³⁴² Закон о раду, чл. 179 ст. 5 тач. 2.

¹³⁴³ *Сл. гласник РС*, бр. 31/2020.

¹³⁴⁴ Водич за безбедан и здрав рад од куће, Република Србија, Министарство за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Управа за безбедност и здравље на раду Београд, 2021, 3. Доступно на: <https://www.minrzs.gov.rs/sr/aktuelnosti/vesti/objavljen-vodic-za-bezbedan-i-zdrav-rad-od-kuce>, 4.4.2024.

¹³⁴⁵ Слађана М. Глигорић, „Правни режим рада од куће у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот*, бр. 3, 2021, 485.

¹³⁴⁶ Bundesgericht 4A 533/2018 од 23. 4. 2019. године.

2.2.2. Рад ван просторија послодавца – рад на даљину и рад код куће

Изменама Закона о раду Републике Србије регулатива радног односа за обављање послова ван просторија послодавца отишла је корак напред у правцу усаглашавања са међународним тековинама у овој области. Наиме, поред рада код куће који је познавало српско право, по први пут уведена је и категорија рада на даљину, те су истовремено прецизирани елементи уговора о раду за овај комплексни рад који се у документима Међународне организације рада одређује као алтернативан вид запослења, који се користи у циљу одржања запослења. Конвенција која уређује овај облик рада је Конвенција бр. 177 о раду од куће, а уз Конвенцију донета је и Препорука бр. 184, која ближе одређује одредбе Конвенције и која дефинише појам рада од куће.¹³⁴⁷ Како наша земља још увек није ратификовала Конвенцију МОР-а, од изузетног значаја је стварање законодавног оквира за нове облике рада, који су се појавили у пракси и за које се може очекивати да ће у будућности бити све присутнији, нарочито ако погледамо статистику региона, али и европских држава.¹³⁴⁸

Рад на даљину, као „типична“ форма атипичног рада, представља изузетак од правила да се рад обавља у просторијама послодавца, и детерминисан је са најмање три конститутивна елемента: децентрализација радног места, употреба информационе технологије и специфичан начин организације рада.¹³⁴⁹ Наиме, овај модалитет рада доноси бројне предности за послодавце које се емитују на више поља, попут смањења трошкова, модернизација и флексибилизација рада, док се за запослене предности очитују, најпре, у политикама усклађивања породичних и професионалних обавеза. Коришћењем флексибилнијих облика рада послодавци остварују већи профит, док запослени на конфорнији, делотворнији и бољи начин организују властито радно време. Штавише, рад на даљину погодује запосленима са породичним дужностима, али и лицима која живе на удаљеним и руралним подручјима, као и особама са инвалидитетом која не морају да путују сваки дан на посао.¹³⁵⁰ С друге стране, рад на даљину има и бројне недостатке посматрано из угла запослених, будући да доводи до својеврсне маргинализације, као и проблема повезаних са специфичном природом овог радног односа, па се оправдано указује на ризик дискриминације ове категорије запослених, али и на посебно деликатан аспект заштите права на поштовање приватног живота.

Закон о раду је само делимично уважио међународне стандарде, нарочито оне садржине у поменутој Конвенцији и Оквирном споразуму о раду на даљину из 2002. године.¹³⁵¹ Упркос дугогодишњем противљењу послодавца да се рад на даљину уреди као особен модел рада закључен је први европски аутономни споразум, од стране социјалних партнера на европском нивоу. Премда је реч о аутономном извору комутираног права у поређењу са више других које су европски социјални партнери закључили, Оквирни споразум о раду на даљину није постао обавезујући акт у форми директиве Европске уније, већ су за његову примену задужени социјални партнери у државама чланицама.¹³⁵² Његов значај лежи свакако у томе што дефинише феномен рада на даљину као „облик организовања рада, коришћењем

¹³⁴⁷ Након периода стагнације, наступањем ере рачунара и светске мреже (интернета), рад на даљину је доживео своју ренесансу, те се његовом уређивању посветила велика пажња. Рад на даљину и рад од куће се неретко користе као синоними и модалитети истог облика радног ангажовања, премда се разлике могу уочити најпре у употреби информационо-комуникационих технологија, односно уређаја са екраном, који код рада на даљину представља аспект који се додатно истиче у законодавној формулацији. И. Цамић, „Рад на даљину – правни режим пре и у току пандемије Ковид-19“, *op. cit.*, 427.

¹³⁴⁸ Бојан Урадравић, „Рад на даљину као специфичан начин организације рада“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2021, 206.

¹³⁴⁹ Andrijana Bilić, „Rad na daljinu prema međunarodnom, europskom i hrvatskom radnom zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, год. 48, бр. 3, 2011, 636.

¹³⁵⁰ Драгана Радовановић, „Радни однос за обављање послова изван просторија послодавца“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019, 742.

¹³⁵¹ У том смислу, усклађивање са *acquis communautaire* представља приоритет имајући у виду интерес наше земље да буде примљена у Европску унију као пуноправна чланица.

¹³⁵² Framework agreement on telework concluded by ETUC; UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002.

информационе технологије, у оквиру уговора о раду, када се рад који би могао бити обављан и у просторијама послодавца редовно обавља ван тих просторија.”¹³⁵³ Сличан приступ у одређењу појма рад на даљину користи Међународна организација рада и Европска фондација за унапређење услова живота и рада (*Eurofound*) која поред локације места рада издваја као важан елемент употребу информационо-комуникационих технологија, углавном личних рачунара (десктоп и лаптопови), електронске поште, факса, телефона, таблета и сл. ради комуникације са послодавцем, а у циљу вршења рада.¹³⁵⁴ На овај начин се као битно обележје рада на даљину и његов обавезни елемент истиче употреба нових технологија за извршење престације рада. Од осталих елемената рада на даљину утврђених Споразумом, као посебно значајан издваја се добровољност односно, да је рад на даљину увек добровољан, како за радника, тако и за послодавца и да радник који ради на даљину ужива иста радна права и услове рада као и упоредни радник код истог послодавца који ради у његовим просторијама.¹³⁵⁵ Из тога следи да би потпунија дефиниција рада на даљину била да је реч о облику организације и извршавања рада, где се престација рада пружа изван просторија послодавца на добровољној основи, користећи информационе и комуникационе технологије.¹³⁵⁶ Притом, добровољни карактер рада на даљину претпоставља сагласност запосленог која се може испољити приликом заснивања радног односа, или касније у току рада. Уколико радни однос није заснован за рад на даљину, а послодавац запосленом предложи такав рад, запослени има право да одбије такву понуду. Одбијање понуде да пређе на рад на даљину не може бити као такав, разлог за отказ уговора о раду или промену услова рада тог запосленог.¹³⁵⁷ Поред тога, послодавац доставља раднику на даљину у писаној форми све информације које се односе на услове обављања посла, укључујући „информације специфичне за праксу рада на даљину, као што су хијерархијско извештавање, методе процене обима посла, извештавање и аранжмане за везу са компанијом, као и оне који се односе на опрему, њихова правила коришћења, њихову цену и осигурање итд.”¹³⁵⁸ Прелазак на рад на даљину, као такав, само модификује начин на који се рад обавља, и не утиче на статус запосленог радника, а одбијање запосленог да прихвати рад на даљину није оправдан разлог за отказ.

Штавише, специфичност овог радног односа утицала је на то да Оквирни споразум о раду на даљину пропише реверзибилност избора рада на даљину у случају када радни однос није иницијално закључен на даљину, при чему се реверзибилност спроводи на основу индивидуалног уговора о раду или колективног уговора о раду.¹³⁵⁹ Наиме, у том случају, запослени се може, на свој захтев или захтев послодавца, вратити на рад у просторије послодавца. Међутим, Закон о раду Републике Србије није преузео одредбе Оквирног споразума о раду на даљину у смислу предвиђања добровољног карактера рада на даљину и

¹³⁵³ Цитирана дефиниција је углавном без неких већих измена прихваћена у готово свим државама чланицама Европске уније. Љубинка Ковачевић, „Рад на даљину - правни аспекти”, *Радно и социјално право*, бр. 2, 2009, 91.

¹³⁵⁴ Постоје различити облици рада на даљину, те тако француски законодавац предвиђа да рад на даљину може бити редован или једнократан, те да се може користи на рутинској основи или само у изузетним околностима. International Labour Organization, *Teleworking arrangements during the COVID-19 crisis and beyond*, Paper prepared for the 2nd Employment Working Group, Meeting under the 2021 Italian Presidency of the G20, 2021, 4.

¹³⁵⁵ Љ. Ковачевић, „Рад на даљину - правни аспекти“, *op. cit.*, 92.

¹³⁵⁶ Iacopo Senatori, Carla Spinelli, „(Re-)Regulating Remote Work in the Post-pandemic scenario: Lessons from the Italian experience“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 14, бр. 1, 2021, 210.

¹³⁵⁷ Готово све европске државе познају исто решење, с тим да на нешто другачије правило наилазимо у италијанском праву где је општим колективним споразумом предвиђено да одбијање послодавчеве понуде за рад на даљину представља оправдани отказни разлог. Ово само ако је рад на даљину једини начин извршавања одређеног посла, будући да *ratio legis* такве квалификације представља потреба да се проблем вишка запослених у процесу реорганизације послодавца реши њиховим премештањем на сличне послове, чак и када обављање тих послова захтева рад на даљину. ETUC, UNICE/UEAPME, CEEP, *Implementation of the European framework agreement on telework. Report by the European social partners adopted by the Social dialogue committee on 28 June 2006*, 18.

¹³⁵⁸ J. Röller, *Personalbuch 2023*, *op. cit.*, 1164.

¹³⁵⁹ Penny Gurstein, *Wired to the World, Chained to the Home: Telework in Daily Life*, UBC Press, Vancouver, Toronto, 2001, 93.

реверзибилности преласка на рад на даљину након што је радни однос заснова. У том смислу, српски законодавац остаје недоречен, што оставља простор за злоупотребе у пракси од стране послодавца. Наиме, послодавци прибегавају томе да конституишу послове који се раде искључиво код куће или на даљину, који су формално одговарајући, у погледу степена и врсте стручне спреме, пословима за које је запослени закључио уговор о раду, а да касније због наводне потребе процеса и организације рада, нуде запосленима анекс, који запослени неретко, под претњом отказа, понуђени да прихвате.¹³⁶⁰ Треба напоменути да послодавци не би могли да запосленима законито нуде само прелазак са редовног режима радног односа на радни однос код куће или на даљину, јер за то не постоји основ у члану 171 Закона о раду. Међутим, када послодавац конституише посебне послове, који се раде само на даљину и њих, због процеса и организације рада, понуди као одговарајуће, наизглед су формално испуњени услови из члана 171 став 1 тачка 1 и исти члан став 2 Закона о раду.¹³⁶¹ Овакво поступање грубо задире у радна, па и људска права запослених и као такво представља опасну тенденцију. Запослени се доводи у ситуацију да му се уколико не прихвати „премештај“, заправо конвертује радни однос са редовног режима на рад код куће или на даљину, откаже уговор о раду, након чега треба да се изложи дуготрајном судском поступку у коме судска пракса тек треба да заузме став 1) да ли рад код куће или на даљину представља суштински другачију врсту радног односа, која се запосленом не може понуди под претњом отказа, или је у питању само другачији услов рада, који послодавац може у оквиру своје нормативне и управљачке власти да одређује и мења без сагласности запосленог, као и 2) да ли је премештај на друге послове, који се раде од куће или на даљину, представља истовремено и промену места рада.¹³⁶²

Овакву злоупотребу не треба допустити, те је *de lege ferenda* неопходно да законодавац прецизира одредбе о правној природи радног односа код куће или на даљину и да их уподоби европским радним стандардима израженим у Оквирном споразуму у раду на даљину, посебно у погледу јасног одређивања карактера добровољности преласка на режим рада на даљину или код куће, када такав однос није иницијално заснован, те ревизибилност тог процеса, односно могућност да се радни однос врати у статус општег режима на основу захтева запосленог или послодавца у периоду прилагођавања, по модели аутономних извора у упоредном праву.¹³⁶³ Наиме, поједини национални колективни споразуми о раду на даљину предвиђају обавезу установљивања тзв. периода прилагођавања у случају да је запослени премештен да ради на даљину. У том смислу, одредбама француског Колективног споразума о раду на даљину потврђена је могућност страна уговора о раду да иницирају напуштање овог облика организације рада током периода прилагођавања (фр. *période d'adaptation*), при чему запослени има право да се врати на традиционалан начин рада који одговара његовим професионалним квалификацијама и вештинама.¹³⁶⁴ Тачније, читав поступак враћања на ранији начин рада се обавља уз поштовање унапред утврђеног рока и уз обавезу послодавца да предложи запосленом посао који одговара његовим способностима. Дакле, на захтев једне или друге стране формализован у писаној форми, организација рада на даљину може да престане уз поштовање отказног рока од најмање две недеље (или једне недеље током пробног рока) осим ако се стране нису договориле да се примењује краћи период.¹³⁶⁵ Даље, по истеку периода прилагођавања запослени може да се врати на рад у послодавчевим просторијама само ако се са својим послодавцем о томе буде споразумео. Осим у случајевима предвиђеним колективним уговором или статутом, послодавац не може иницирати престанак рада на

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ Љ. Ковачевић, „Рад на даљину - правни аспекти“, *op. cit.*, 92.

¹³⁶² А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 107.

¹³⁶³ *Ibid.*

¹³⁶⁴ Рад на даљину се спроводи на основу колективног уговора или, ако то није могуће, на основу статута коју доноси послодавац након консултације са социјално-економским одбором, ако постоји.

¹³⁶⁵ Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, 247.

даљину без сагласности запосленог, јер то представља измену уговора о раду. Апелациони суд у Орлеану потврђује да ако је запослени радио више година на даљину, чак и у недостатку колективног уговора, правилник који регулише рад на даљину или клаузуле у његовом уговору о раду, послодавац не може да га присили да се врати у радни однос.¹³⁶⁶ Уколико им се укаже доступна позиција, радници на даљину се могу вратити да раде у просторијама послодавца, ако ти послови одговарају њиховим квалификацијама и вештинама. То, у основи, представља измену уговора о раду која захтева сагласност запосленог, без обзира да ли је то било предмет писменог споразума или не. Такође, имајмо на уму да је национални међупрофесионални споразум од 19. јула 2005. који регулише рад на даљину, проширен на све компаније у Француској 2006. године.¹³⁶⁷

Одлука Апелационог суда је у складу са праксом који је изградио француски Касациони суд, који је у неколико наврата потврдио да послодавац који је неформално практиковао да запослени раде на даљину може извршити повраћај на раније место рада након добијања сагласности запослених.¹³⁶⁸ Интересантан је пример у којем је послодавац сматрао да у недостатку уговора о раду на даљину није потребан пристанак запосленог, а особито имајући у виду да је запослени неколико година „неформално“ радио на даљину. У правном спору, запослени је радио као продавац на даљину без формализације тог начина организације рада у писаној форми или у уговору о раду, при чему је само повремено посећивао седиште компаније.¹³⁶⁹ Годину дана након тога, послодавац га је замолио да се врати на рад у просторијама послодавца, два дана у недељи (понедељак и уторак). Запослени није живео у региону и то га је приморало да путује недељом, да би понедељком и уторком могао да буде у просторијама. Из тог разлога, запослени је поднео захтев за судски раскид уговора о раду, сматрајући да то представља измену уговора о раду и да је послодавац не може наметнути. Надаље, он је указао да је ситуација у коју га је ставио послодавац у ствари довела до погоршања његовог здравственог стања.¹³⁷⁰ Апелациони суд је сматрао да, упркос одсуству формализма, послодавац неколико година прихватао овакав начин организовања рада и да је стога суштински изменио елемент уговора о раду. Отуда, Суд сматра да је нова организација коју је наметнуо послодавац представљала злонамерну измену уговора о раду која је имала последице не само на професионалну страну живота запосленог већ и на његов лични живот јер је био приморан да путује недељом и да спава две ноћи у хотелу недељно, што му је нарушило здравље.¹³⁷¹ Стога из ове пресуде произилази да се израда нацрта правилника или колективног уговора о раду који формализује коришћење рада на даљину може показати веома корисним, како би се избегла ова врста спора, јер је потребно прецизирати услове повратка на извршење уговор о раду који није рад на даљину.¹³⁷²

Надаље, од ступања на снагу Закона о јачању социјалног дијалога, у Француској више није потребно мењати уговор о раду да би се запосленима омогућио рад на даљину. Наиме, за имплементацију рада на даљину, постоје три могућности у француском праву: једноставан споразум између послодавца и запосленог, изражен на било који начин (усмени споразум, имејл, пошта, итд.), колективни уговор о раду и једнострани акт послодавца, након консултација са социјално-економским комитетом.¹³⁷³ У случају колективног уговора и уредбе

¹³⁶⁶ Cour d'appel Orléans, chambre sociale, 7 décembre 2021, n°19/01258.

¹³⁶⁷ Accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005 sur le télétravail, чл. 2, ст. 3–4.

¹³⁶⁸ Csilla Kollonay-Lehoczky, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, бр. 2, 2012, 81.

¹³⁶⁹ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 28.

¹³⁷⁰ Ibid.

¹³⁷¹ Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, op. cit., 846.

¹³⁷² Члан Л. 1222-9 Законика о раду.

¹³⁷³ Сања Шкорић, Јелана Илић, Горан Маричић, „Рад од куће – нова димензија у току пандемије“, у: *Зборник радова са XVIII међународног научног скупа Правнички дани – „Проф. др Славко Царић“*. Право и друштво у условима пандемије, Универзитет Привредна академија Нови Сад, Нови Сад, 2021, 351.

потребно је навести одређене податке, попут услова за прелазак на рад на даљину и услове за повратак на извршење уговора о раду без рада на даљину, услове прихватања од стране запосленог услова за спровођење рада на даљину, методе контроле радног времена или регулисања обима посла, одређивање временских термина током којих послодавац обично може контактирати запосленог који ради на даљину.¹³⁷⁴ С друге стране, према одредбама луксембуршког колективног уговора, стране уговора о раду утврђују период прилагођавања у оквиру рока од три до 12 месеци, током којег имају право да се врате на „класичан“ облик извршавања рада. По истеку овог периода, повратак на рад у послодавчевим просторијама биће могућ само ако су се стране о томе споразумеле, с тим што обавештавање запосленог који ради на даљину представља приоритет у случају да у предузећу постану доступни послови који одговарају његовим способностима.¹³⁷⁵

2.2.3. Промена места рада и право на поштовање породичног живота запосленог

Имплементација рада на даљину отвара као релевантну и социјалну компоненту, односно усклађивање породичног и професионалног живота, јер премештај у друго место рада може проузроковати озбиљне последице по различита права запосленог и чланова његове породице. Наиме, одлуке које послодавац доноси под окриљем руководећих овлашћења којима располаже понекад имају озбиљне последице по запосленог јер могу утицати на његов лични и породични живот. Заправо, послодавац може својим понашањем да повреди право запосленог да слободно изабере место становања, с тим да одлуке послодавца могу утицати и на друга питања од значаја за свакодневни живот запосленог и чланова његове породице (нпр. могућност супружника да се запосли у другом месту рада, могућност породице да одржава и развија друштвене контакте), а поготово на развој њихове деце, попут избора школе које ће они похађати.¹³⁷⁶ Из тог разлога, у упоредном праву се постављају ограничења у погледу допуштености премештај запосленог у друго географско место на основу одлуке послодавца захтевом да се премештајем битно не погоршавају услови живота запосленог и његове породице. Такође, иста ограничења важе и за слободу избора места становања до које долази на захтев послодавца који исказује жељу да запослени станује што је могуће ближе месту у којем послодавац има просторије и погоне за рад.¹³⁷⁷

Према резону израженом у одлукама Апелационог суда у Версају, послодавац може захтевати од менаџера техничке подршке, који се преселио из региона Париза у Бретању, да промени свој дом ближе месту његовог рада у циљу извршавања својих обавеза из уговора о раду и ради очувања здравља и безбедности запослених. Принцип слободног избора личне и породичне куће запосленог не може оправдати пресељење даље од 442 km од његовог или њеног радног места.¹³⁷⁸ У пресуди из 2008. године, француски Касациони суд је критиковао првостепене судије што нису провериле да ли је повреда права запосленог на приватни и

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 846.

¹³⁷⁶ C. Jacqueslet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, *op. cit.*, 247.

¹³⁷⁷ Ограничавање избора места становања може бити оправдано када се заштита пословних интереса не може обезбедити на други начин који мање погађа приватност запосленог. То је потврђено у предмету који се нашао пред Уставним судом Северне Македоније, где је закључено да је за ваљано пружење здравствених услуга у сеоским местима потребно да здравствени радници буду стално присутни односно да живе у местима где се налазе станице. Отуда, уставна гаранција слободе кретања и настањивања није повређена када је општим актом Медицинског центра у Прилепу као услов за запошљавање здравствених радника било предвиђено становање на том месту. Уставни суд Македоније, Решење У. 350/68, од 13. новембра 1986. године. Нав. према: Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 847.

¹³⁷⁸ CA Versailles, 11ème ch., 10-3-22, RG n°20/02208.

породични живот, чак и у ограниченом периоду, била сразмерна циљу који се тражи. Француски законодавац поставља (танку) баријеру против једностраних одлука које послодавац жели да наметне запосленом на начин да потцртава да „нико не може постављати ограничења на права појединаца и индивидуалне и колективне слободе која нису оправдана природом задатка који треба да се изврши, нити сразмерна циљу који се жели“.¹³⁷⁹ Овај члан треба да се комбинује са чланом 9 Грађанског законика, који прописује да „свако има право на поштовање свог приватног живота“ и његовим међународним проширењем према члану 8 Европске конвенције о људским правима.

У суштини се на овим основама заснивају пресуде француског Касационог суда којима се блокирају одлуке послодавца којима се ограничава слобода појединца запосленог. Као илустративан пример може послужити предмет у којем је запосленом који је радио као шеф одељења понуђен премештај на Кубу или у Нигерију, у којем се послодавац позивао на клаузулу географске мобилности која се налазила у уговору о раду.¹³⁸⁰ Запослени се успротивио одлуци послодавца тврдећи да је такво поступање неправедно када компанија има друге могућности на располагању. Послодавац се није обазирао на то и отпустио је запосленог чврсто ослањајући се на клаузулу географске мобилности. Запослени је оспорио законитост отказа уговора о раду, сматрајући да је примена уговорне клаузуле прекомерно утицала на његова права на приватни и породични живот, посебно у погледу потреба школовања његове деце.¹³⁸¹ Штавише, послодавац је искористио прилику да промени радно време, као и зараду запосленог. Уз то, запослени је тврдио да је његово отпуштање, у ствари, било повезано са жељом послодавца да редукује број запослених због тешке економске ситуације.

У сличном предмету, запослени су се успротивили промени места рада наводећи да је таква одлука послодавца нанела прекомерну штету њиховом приватном и породичном животу с обзиром на удаљеност новог места рада, јер су запослени били премештени на удаљености од 221 km односно 170 km од своје куће, на локацији на селу далеко изван града.¹³⁸² Надаље, сматрали су да им се не може наметнути прелазак, чак и делимичан, из ноћне у дневну смену и смањење зарада. Нажалост, Апелациони суд је стао на страну послодавца, пошто је уговор о раду овластио послодавца на ове промене. Одлука је поништена, а Апелационом суду се замера што није испитао да ли је промена распореда рада запослених била праћена преласком, макар и делимичним, са ноћног на дневни распоред, и последично, смањењем зарада, односно да ли је примена клаузуле географске мобилности претерано нарушила њихово право на приватни и породични живот.¹³⁸³

Као што смо раније у тексту навели, изричито је потврђено да свако има право на поштовање свог приватног живота. Једина ограничења дозвољена законом су она која су стриктно неопходна због циља који се тежи у оквиру радног односа.¹³⁸⁴ Другим речима, запослени има права, која су ограничена на радно место и радно време, како се не би штетило његовом професионалном животу. Међутим, ако послодавац може да умањи права запослених ради несметаног функционисања компаније, ова смањења могу постојати само у мери у којој су стриктно неопходна за успех компаније.

Клаузула географске мобилности осигурава да запослени пристане на могућу промену радног места, односно даје послодавцу право да је запосленом наметне под претњом отказа. Ова врста клаузуле се односи на случајеве трајних премештаја или дугорочних промена места рада, што значи да се не односи се на пословна путовања која запослени обављају у оквиру својих дужности. Послодавци имају интерес у уговарању такве клаузуле, а запослени, прихвативши принцип такве промене приликом закључења уговора или изменом уговора, не

¹³⁷⁹ Законик о раду, чл. L. 1121-1.

¹³⁸⁰ C. Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, op. cit., 247.

¹³⁸¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, op. cit., 103.

¹³⁸² Ch. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 75.

¹³⁸³ Cass. Soc. 21 oct. 2020 n° 18-23907.

¹³⁸⁴ Француски Законик о раду, чл. L1121-1.

може да се накнадно противи њеној садржини, нити да се позива на једнострану измену свог уговора о раду. Међутим, да би клаузула географске мобилности производила правно дејство, запослени мора бити обавештен о последицама прихватања такве клаузуле, а посебно о њеном географском опсегу. Уз то, два услова морају бити испуњена: клаузула се примењује само ако је од суштинског значаја за заштиту интереса компаније, а напад на приватни и породични живот оправдан је задатком који треба да буде остварен и сразмеран циљу који се тражи.¹³⁸⁵ Штавише, клаузула географске мобилности је ништава ако предвиђа аутоматски раскид уговора о раду у случају одбијања запосленог да прихвати премештај. Тако, комерцијални инспектор запослен у осигуравајућем друштву, након што је у више наврата (континуирано) премештан на различита места рада, успротивио се четвртом премештају, са позивом да се његова породична ситуација променила. Наиме, запослени је истакао да се недавно развео и да се брине о своје троје деце. У француској јуриспруденцији је прецизирано да је одбијање премештаја у друго место рада легитимно ако је послодавац пропустио да провери да ли је повреда основног права запосленог оправдана задатком који треба да се оствари и сразмерна траженом циљу. Исто важи и за ситуацију у којој је послодавац занемарио деликатну породичну позицију запосленог.¹³⁸⁶

Осим ако не постоји прекомерно мешање у право запосленог на поштовање његовог личног и породичног живота или право на одмор, промена радног места у истом географском сектору или у оквиру клаузуле географске мобилности спада у управљачка овлашћења запосленог.¹³⁸⁷ На послодавцу је да докаже да је напад на лични и породични живот оправдан задатком који треба да се изврши и да је сразмеран циљу који се жели.¹³⁸⁸ Другим речима, запослени се може супротставити промени радног места ако покаже да ово ново радно место наноси прекомерну штету његовом приватном и породичном животу. Тако, одбијање промене радног места самохране мајке малог детета ком је потребна посебна брига на основу лекарског уверења могла би бити оправдана, све док промена места укључује посебна ограничења.¹³⁸⁹

Уметање клаузуле географске мобилности у уговор о раду омогућава послодавцу да наметне запосленом промену радног места, чак и ван географског сектора, све док нови распоред не прелази оквире клаузуле географске мобилности. Отуда, да би била валидна, клаузула географске мобилности мора прецизно дефинисати своју географску област примене и не сме послодавцу дати овлашћење да једнострано прошири њен обим. У недостатку клаузуле географске мобилности или клаузуле која прецизно одређује место рада, послодавац може наметнути запосленом промену места рада само ако се налази у истом географском сектору. Ако је то случај, премештај представља само једноставну промену услова рада наметнутих запосленом који га не може одбити под претњом отказа. Даље, ако се ново радно место налази ван оквира клаузуле географске мобилности или, у недостатку такве клаузуле, ван географског сектора у коме је запослени раније радио, послодавац мора да добије изричиту сагласност запосленог.

Штавише, и када географски сектор није прецизно одређен, француски Касациони суд се стара да укаже да се овај појам мора оцењивати објективно, односно на исти начин за све запослене, не узимајући у обзир њихову личну ситуацију (домицил, породична ситуација, коришћени начин превоза, старост, стаж, материјално стање итд.).¹³⁹⁰ Такође се прецизира да се географски сектор мора оцењивати у односу на последње место рада запосленог, а не у односу на његово првобитно ангажовање када је било више узастопних премештаја. С тим у вези, чини се да се административна подела Француске (општина, заједница комуна, метропола, департман, регион, итд.) не сме узети у обзир при одређивању географског сектора.

¹³⁸⁵ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, op. cit., 224.

¹³⁸⁶ Ch. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 75.

¹³⁸⁷ Cass. Soc., 3-11-11, n°10-14702.

¹³⁸⁸ Законик о раду, чл. L. 1121-1.

¹³⁸⁹ Cass. Soc., 16-11-16, n°15-23375.

¹³⁹⁰ Ch. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 73.

Да би утврдили да ли се ново радно место налази у истој географској области или не, судије узимају у обзир критеријум удаљеност између два места рада, тако да премештај на место рада које је удаљено 20 km не представља измену уговора. Критеријум везан за постојање превозног средства и лакоћу путовања такође користе судије у меритуму да донесу своју одлуку. Додатно, ако нема превозних средстава и директних веза између две локације, судије имају тенденцију да признају да је измена уговора о раду посреди, чак и када је растојање између две локације 25 km.¹³⁹¹ Ова правила важе само у случају трајне или дуготрајне промене места рада, док је правни режим другачији када је реч о привременом премештају запосленог ван географског сектора у којем обично ради. Ограничења предвиђена клаузулом географске мобилности, не представљају измену елемената уговора о раду све док се не испуне три кумулативна услова. Први услов је да премештај мора бити мотивисан интересом предузећа. Овај захтев произилази из начела извршења уговора о раду у доброј вери, а пошто се претпоставља да је послодавац тако поступао, на запосленом је да докаже да је одлука послодавца донета из разлога који нису повезани са интересима компаније.¹³⁹² Привремени премештај запосленог није оправдан интересом компаније, ако то није потребно хитно предузети. Други услов је да премештај мора бити оправдан изузетним околностима.¹³⁹³ Захтевајући од послодавца да достави доказ о изузетним околностима, чини се да судије ограничавају могућност наметања привремене промене места рада на веома специфичне случајеве. Основна идеја је да привремене задатке не треба користити као редован начин управљања људским ресурсима. Коначно, запослени мора бити унапред у разумном року обавештен о привремености задатка и његовом предвидљивом трајању. Значај захтева за пружање информација је двострук, тако да од тренутка када је запослени обавештен о свом повременом ангажовању до тренутка када је стварно премештен на ново радно место мора да прође разуман период.¹³⁹⁴ Овај појам разумног времена се посебно оцењује према значају промене и њеном трајању. Што је промена значајнија (нпр. повремено ангажовање веома далеко од уобичајеног места рада), то ће привремени распоред бити дужи и дужи отказни рок који треба поштовати. Уколико не буде благовремено обавештен о промени, запослени би могао да захтева повратак на своје уобичајено радно место. Коначно, ако недостаје један од ова три услова, измена уговора о раду се може извршити само уз сагласност запосленог. С друге стране, уколико су испуњена ова три услова, запослени, у принципу, не може да одбије привремени рад под другачијим условима, а да се не суочи са санкцијом у виду отказа. Не треба сметнути с ума да, ако привремени премештај мења друге елементе уговора о раду (зарада, радно време, промена послодавца, итд.), сагласност запосленог је неопходна.

2.2.4. Утицај *ковид-19* на уговорено место рада

Година 2020. била је година здравствених, економских и социјалних изазова за скоро све земље света. Многе од њих биле су приморане да предузму озбиљне мере да ограниче ширење пандемије *ковид-19*. Иностране организације, чак и оне које нису практиковале рад на даљину пре 2020. године, пожуриле су да својима запосленима омогуће наставак рада под другачијим условима односно на даљину уместо у просторијама послодавца. То није било лако учинити у пандемијским условима и ванредним околностима, а нарочито имајући у виду да поједина законодавства нису предвиђала измену уговора за прелазак на рад на даљину.¹³⁹⁵

¹³⁹¹ Наиме, да би се сматрало да је дошло до измене уговора о раду, судије су имале у виду број превозних линија који се мења и време превоза у трајању од 1 сата 20 минута између две локације.

¹³⁹² Erika Szyszczak, *EC labour law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000, 156.

¹³⁹³ Carmen Sáez Lara, „Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo“, *Temas Laborales*, бр. 115, 2012, 241.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ Пратеће мере политике које су увеле владе донеле су драстичне промене на тржишту рада и значајно утицале на начин пословања предузећа. Привреда је озбиљно погођена и многе пословне активности су дошле у стање

Примера ради, Руско Министарство рада и социјалне заштите изазвало је одређену терминолошку забуну у јавности у априлу 2020. године када је препоручило послодавцима да користе флексибилне облике запошљавања као део спречавања ширења пандемије вируса, без идентификовања битних елемената рада на даљину.¹³⁹⁶ Из ових препорука произилази да је за рад на даљину довољно да послодавац изда одговарајући налог и достави га запосленима, што значи да се овај поступак умногоме разликовао од преласка на мобилни рад, у смислу рада на даљину, који је захтевао закључење измене уговора о раду са сваким од запослених на које се односи ова промена у организацији. Овај недостатак је, притом, исправљен Законом од 8. децембра 2020. године, који је ступио на снагу 1. јануара 2021. године.¹³⁹⁷ Наиме, могућност обављања рада на даљину може се предвидети не само уговором о раду, већ и анексом уговора, као и одлуком послодавца без измене уговора о раду. Уколико се врши измена елемената уговора о раду, могуће је то учинити потписивањем папирног документа или стављањем електронског потписа, с тим да је послодавац обавезан да користи оверен електронски потпис.¹³⁹⁸ Запослени се може привремено распоредити на рад на даљину на основу одлуке коју доноси послодавац узимајући у обзир мишљење изабраног органа првостепене синдикалне организације. У светлу тога, није потребно прибавити сагласност запосленог, довољно је да му се то стави до знања. Одлуку да запослени пређу на рад на даљину може се донети у више ситуација. Прва ситуација су изузетне околности, када постоји опасност која угрожава живот становништва или су наступиле околности које могу утицати на услове живота целог или дела становништва (природна катастрофа, индустријска несрећа, земљотрес, епидемије, епизоотије). Друга ситуација постоји у случају забране владиног или општинског органа када се, такође, не мења уговор о раду. Ако је у горе наведеним случајевима прелазак запосленог на рад на даљину немогућ због тога што делатност послодавца не испуњава услове за рад на даљину, или због тога што запосленом није немогуће обезбедити опрему и неопходна средства за рад, запослени добија тзв. техничку накнаду за случај незапослености чији износ је једнак 2/3 основне зарада радника, не укључујући накнаде и бонусе.¹³⁹⁹ Притом, не постоји доњи праг да ова накнада не може бити нижи од минималне зараде. Из свега наведеног следи да руски законодавац потпуно занемарује психосоцијалне ризике повезане са радом на даљину, будући да се запослени лишава права да утиче на промену већ утврђених правила која регулишу његов рад, и елементе који су уговорени односно уговорено место рада.

У складу са проглашењем ванредног стања на територији Републике Србије, а услед пандемије *ковид-19*, 6. марта 2020. године почела је са применом Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања.¹⁴⁰⁰ Уредбом је био уређен посебан начин организације

застоја, док је на глобалном тржиште рада забележен нагли пораст рада на даљину. Михаил Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал*, бр. 5, 2015, 179.

¹³⁹⁶Ольга Валериевна Сгибнева, *Изменение трудового договора*, диссертация, Московский государственный индустриальный университет (юридический факультет), Москва, 2006, 36.

¹³⁹⁷ Законодавац предвиђа само једно ограничење у смислу да рад на даљину у ванредној ситуацији не може прекинути послодавац. Такође се предвиђа да се значајан део услова рада на даљину може прецизирати колективним уговором или интерним актом што се критикује узимајући у обзир факултативни карактер закључивања колективних уговора и њихову непопуларност, као и одсуство синдикалних организација у већини руских компанија. То значи да нова правила могу довести до неправичне ситуације у којој су сви услови рада на даљину одређени једнострано од послодавца. Надаље, узимање у обзир мишљења изабраног органа није обавезујуће и не значи да оно има право вета на акте које доноси послодавац. Штавише, и када се синдикат не слаже са одлуком послодавца, одлука ступа на снагу. Стога је узимање у обзир мишљења синдиката чисто формалне природе и нема суштински значај. Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 158.

¹³⁹⁸ Elena Serebryakova, „La réglementation du travail à distance“, *Actualités juridiques internationales Europe Fédération de Russie*, бр. 1, 2021, 182.

¹³⁹⁹ За решење у другим државама више вид.: Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Утицај covid-19 на регулисање радних односа (анализа нормативних одговора за суочавање са пандемијом у македонском законодавству“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 1, 2022, 57.

¹⁴⁰⁰ Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2020.

рада послодаваца на територији Републике Србије за време ванредног стања, што је, између осталог, укључивало и обављање послова ван просторија послодавца. У складу са поменутом Уредбом, за време ванредног стања послодавац је дужан да омогући запосленима обављање послова ван просторија послодавца (рад на даљину и рад од куће), на свим радним местима на којима је могуће организовати такав рад у складу са општим актом и уговором о раду. Наиме, ако општим актом и уговором о раду није предвиђен наведени начин рада, послодавац може решењем омогућити запосленом обављање послова ван просторија послодавца, уколико му то организациони услови дозвољавају. Решење о обављању послова ван просторија послодавца обавезно садржи: трајање радног времена и начин вршења надзора над радом запосленог.¹⁴⁰¹ Особеност Уредбе лежи у томе што је установљено правило да, ако уговором о раду није предвиђена таква могућност, не захтева се пристанак запосленог, те се прелазак са традиционалног места рада на рад на даљину врши на основу једностране одлуке послодавца. Са циљем да се спречи ширење болести и заштити становништво одступило се од забране једностране измене елемената уговора о раду. У светлу тога, послодавцу је дато овлашћење да може једнострано мењати битан елемент уговора о раду. Штавише, од њега се тражи да предузме одређене кораке и инсистира се на томе да донесе решење којим ће предвидети да запослени убудуће обављају рад на начин који није „класичан“.¹⁴⁰² На слично решење наилазимо у другим државама, те тако уредбом Владе Републике Мађарске дато је право послодавцима да једнострано мењају битне елементе уговора о раду, укључујући и могућност да запосленог упуте на рад на даљину без његове сагласности.¹⁴⁰³ То је довело до пребацивања последице кризе искључиво на запослене, јачањем права послодавца на промену основних услова рада, нарочито имајући у виду могућност једностраног снижавања зарада, с тим да референтни период износи највише 24 месеца.

У француском праву, осим у изузетним околностима, послодавац не може наметнути запосленом рад на даљину. Коришћење рада на даљину је нужно добровољно и „одбијање прихватања новог радног места није разлог за раскид уговора о раду.“¹⁴⁰⁴ Међутим, обавезан рад на даљину постоји, примера ради, у случају опасности од наступања епидемије или услед деловања више силе. У складу са решењем прихваћеним у Законик о раду који се односи на рад на даљину, у случају изузетних околности, посебно опасности од епидемије или у случају више силе, спровођење рада на даљину може се сматрати планом да би се омогућио континуитет пословања компаније и гарантована заштита запослених.¹⁴⁰⁵ Рад на даљину, као специфичан начин организације, омогућава послодавцу да делимично испуни своју обавезу да обезбеди здравље и безбедност запослених. Епидемија коронавируса била је прилика да се види конкретна примена овог модалитета рада. Међутим, за разлику од „класичног“ рада на даљину, рад на даљину у изузетним околностима може бити наметнут запосленом.¹⁴⁰⁶ У контексту кризе са корона вирусом, Влада је поставила принцип по којем је рад на даљину правило, када је то могуће, узимајући у обзир делатност компаније. Циљ који је поставила држава је да ограничи друштвене интеракције на радном месту и заштити опште здравље људи.¹⁴⁰⁷ С друге стране, белгијска влада је направила дистинкцију између две групе послова,

¹⁴⁰¹ *Ibid.*

¹⁴⁰² Даном укидања ванредног стања у Републици Србији, престала је да важи и Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања, што значи да запослени не могу више обављања послова ван просторија послодавца на основу решења, већ би требало приступити закључењу анекса уговора о раду. Уредба о организовању рада послодавца за време ванредног стања, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2020.

¹⁴⁰³ Tamás Gyulavári, „Covid-19 and Hungarian labour law: the ‘state of danger’“, *Hungarian Labour Law E-journal*, бр. 1, 2020, 125.

¹⁴⁰⁴ Законик о раду, L. 1222-9.

¹⁴⁰⁵ E. Serebryakova, „La réglementation du travail à distance“, *op. cit.*, 182.

¹⁴⁰⁶ Љ. Ковачевић, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 830.

¹⁴⁰⁷ Тренутно, рад на даљину је регулисан необавезујућим европским оквирним споразумом од 16. јула 2002. и остаје повезан са пореским и социјалним конвенцијама закљученим између држава. На пример, француско-луксембуршка пореска конвенција поставила је, пре кризе ковид-19, максималан број дана рада на даљину

тако да споредни послови су обавезно морали бити организовани као рад на даљину, а ако није могуће, примените социјално дистанцирање на радном месту (удаљеност од 1,5 метара).¹⁴⁰⁸

Пандемија *ковид-19* је драстично изменила услове рада широм света. Стандардни радни однос се у значајној мери трансформисао, од увођења мера затварања и физичке дистанце до масовног коришћења рада на даљину. Током пандемије, велики број послодаваца је реорганизовао или смањио обим пословања, тако што је отпустио значајан број радника или увео рад на даљину, као нови облик рада. Услед тога, многи радници су били суочени са нижим зарадама, скраћеним радним временом или губитком посла, што је довело до економске нестабилности. Поред тога, ове промене су утицале на то да послодавци и запослени редефинишу своје уговорне обавезе, с тим да су у домаћој пракси послодавци неретко доносили једностране одлуке за рад на даљину на бази сопствених процена, иако важећа законска регулатива указује на обавезу закључења анекса уговора о раду.¹⁴⁰⁹ Премда су уговори о раду морали да се прилагоде новим околностима, и да се на другачији начин уреде обавезе запослених и послодаваца у погледу обезбеђивања услова за рад од куће, многа питања су остала недоречена, међу којима и питање уређење радног времена. Рад на даљину остаје популаран и након пандемије, а многи послодавци разматрају хибридне моделе рада, што ће трајно утицати на уговоре о раду, који ће садржати клаузуле о флексибилном радном времену и месту рада.¹⁴¹⁰

годишње на 29 за људе из Лорене који раде у Луксембургу. Е. Serebryakova, „La réglementation du travail à distance“, *op. cit.*, 182.

¹⁴⁰⁸ Нав. према: Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 158.

¹⁴⁰⁹ Закон о раду, чл. 42.

¹⁴¹⁰ О хибридном раду вид.: I. Senatori, Carla Spinelli, „(Re-)Regulating Remote Work in the Post-pandemic scenario: Lessons from the Italian experience“, *op. cit.*, 210.

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРЕМЕШТАЈА ЗАПОСЛЕНОГ

1. *Општа разматрања и упоредноправни преглед*

Појам измена (елемената) уговора о раду није законски дефинисан како у српском, тако ни у већини страних правних системима. Ближе одређење овог концепта закупило је пажњу теоретичара и почео је постепено да се проучава и развија у науци радног права.¹⁴¹¹ Штавише, поједини руски аутори који су још 60-их година прошлог века на свеобухватан и студиозан начин проучавали правне аспекте института преласка на друго радно место, обраћајући посебну пажњу на правну природу ове подкатегорије, њен однос са сродним правним појмовима и класификацију института премештаја у контексту измена услова рада или уговора о раду.¹⁴¹² Главни истраживач Института за државу и право Руске академије наука и члан Председничког савета Руске Федерације Роман Лившиц је дао велики допринос формулацији овог проблема у совјетском радном праву идентификујући три врсте измена уговора о раду, те разматрајући природу њиховог односа.¹⁴¹³

Важна питања попут принципа и општег поступка измене елемената уговора о раду остала су ван оквира научног истраживања. Уочава се једино да је „образац за промену уговора о раду, по правилу, писан (нпр. уговор о изменама и допунама уговора о раду, писмена сагласност запосленог на премештај, налог послодавца да се запослени премести на други посао)“.¹⁴¹⁴ Греченков сматра да измене уговора о раду настају као резултат премештаја, кретања радника и измене битних елемената уговора о раду. Сличан приступ заступљен је и у Законику о раду Руске Федерације, који је 2001. године проширио листу случајева измена уговора о раду тако да укључује: премештај на други посао, у друго место рада, промене битних услова уговора о раду, удаљење са рада и промена власника имовине организације.¹⁴¹⁵ У доступним публикацијама понуђене су различите дефиниције измена уговора о раду, те тако измене уговора су промене његових елемената и субјеката у случају када се послодавац реорганизује тако да имовина предузећа мења свог власника.¹⁴¹⁶

Совјетско радно законодавство је познавало институцију премештаја истичући да приликом измене уговора о раду запослени има право урачунавања радног стажа и задржавања бенефиција гарантованих у закону, колективном уговору о раду или индивидуалном уговору о раду. Овај принцип није директно садржан у важећем законодавству земаља бившег Совјетског Савезе. Наиме, тренутно је у примени правило регулисано на нивоу подзаконских аката које има ограничен обим и тиче се континуираног радног искуства које запосленима даје право на додатно одсуство са рада. Према ставу 4 резолуције Министарства рада Републике Белорусије од 14. априла 2000. године бр. 61 са изменама и допунама, континуирани радни стаж које даје право запосленом на додатно одсуство у дужем периоду рада задржава се посебно када се запослени премешта са једног на друго радно место.¹⁴¹⁷ Ово правило произлази из општег правног принципа правичности, будући да премештени запослени мора

¹⁴¹¹ B. W. Soria Yabar, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, op. cit., 40.

¹⁴¹² Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, op. cit., 40.

¹⁴¹³ Ibid.

¹⁴¹⁴ Т. В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, op. cit., 158.

¹⁴¹⁵ Ibid.

¹⁴¹⁶ Евгений Иванович Астрахан, *Перевод на другую работу*, Юридическая литература, Москва, 1977, 57.

¹⁴¹⁷ Л. Юрьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, op. cit., 40.

да ужива исте (једнаке) гаранције, права и бенефиције као и запослени који је радио код истог послодавца на исто радно месту и којем уговор о раду није био мењан.

Ваља поменути да је концепт премештаја руски законодавац је дефинисао још 1988. године у члану 25 Закона о раду као „аутоматски, без обзира на то да ли су права и обавезе запосленог на други начин наведени, прелазак у друго предузеће се класификује као премештај,“ што је мора се приметити прилично непрецизна дефиниција.¹⁴¹⁸ С друге стране, у теорији се полази од тога да је премештај измена првобитне верзије уговора о раду односно битних услова рада.¹⁴¹⁹ Категорија „битни услови рада“ позајмљена је из грађанског права и смештена у члановима 72 и 73 претходног руског Закона о раду, због чега се изводи закључак да „премештај мења суштинске услове рада“, што чини нејасним по чему се премештај разликује од битних услова рада.¹⁴²⁰ Имајући у виду да је законодавац издвојио место рада и радну функцију као обавезне (битне) услове рада, онда би дефиниција премештаја као промене битних услова рада, била исправна. Сходно томе, „прелазак на друго радно место треба сматрати кретањем радника, услед чега се мењају услови уговора“.¹⁴²¹

С тим у вези, упућивање на рад код другог послодавца је законским реформама укључено као посебан облик измене уговора о раду. По својој природи, упућивање на рад код другог послодавца није премештај на друго радно место, већ једна од врста (случајева) измена уговора о раду. Када је реч о реорганизацији послодавца, у стварном животу је могуће да промена власника имовине не утиче на промене услова рада и услова уговора о раду (осим места рада), који могу остати непромењени.¹⁴²² Замена запосленог је немогућа због *intuitu personae* карактера уговора о раду и личног односа поверења, тако да се са сваким запосленим закључује посебан уговор о раду. Отуда, замена једног запосленог другим запосленим могућа је једино кроз две радње, отпуштање и пријем у радни однос, или двоструким премештајем (унакрсна ротација запослених, ради веће ефикасности и боље кадровске расподеле) или комбинацијом оба (када један запослени дâ отказ, а други запослени буде премешен да ради на његовом радном месту).¹⁴²³ У практичне сврхе, боље је користити поједностављене формулације ових концепата и установити јединствена правила која су заједничка за све врсте измена уговора о раду.

С друге стране, општи поступак за премештај у Белорусији обухвата: испољавање иницијативе за премештај (може доћи не само од странака, већ и од трећих лица); сагласност на премештај; извршење премештаја писменим додатним споразумом на уговор о раду; упис премештаја у лични кадровски лист запосленог (картон обрасца Т-2).¹⁴²⁴ Послодавац је у складу са тачком 10 модела интерних радних правилника Белорусије дужан да упозна запосленог са новим послом, условима рада, зарадом, објасни његова права и обавезе, упозна запосленог са колективним уговором о раду који је на снази код послодавца, изда упутства о мерама безбедности и здрављу на раду.¹⁴²⁵ Од општег поступка измене уговора о раду треба

¹⁴¹⁸ *Ibid.*

¹⁴¹⁹ Л. Јурьевич Бугров, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *op. cit.*, 40.

¹⁴²⁰ *Ibid.*

¹⁴²¹ По први пут у историји руског радног законодавства, у Законику о раду Руске Федерације уведено је посебно поглавље 12, које регулише односе у вези са изменама уговора о раду, као и низ нових концепата који раније нису имали законску дефиницију. Правила укључена у ово поглавље су хетерогена по свом садржају и правним последицама. Њима се уређују не само односи око промене уговора о раду, већ и његов престанак, промена радног односа без промене садржаја уговора о раду, замена странке у уговору о раду итд.

¹⁴²² За разлику од немогућности замене субјеката који пружају карактеристичне престације у радном односу промена послодавца је могућа што изричито потврђује и чл. 613. ст. 2. немачког Грађанског законика. Стране се могу договорити да у квалификованим случајевима запослени може бити премештен и у друга предузећа из групе којој припада послодавац. Natalie van der Waarden, *Employment Law: Concepts and Cases*, 4th Edition, LexisNexis, Butterworths, Australia, 2018, 203.

¹⁴²³ *Ibid.*

¹⁴²⁴ О. Валериевна Сгибнева, *Изменение трудового договора*, *op. cit.*, 36.

¹⁴²⁵ *Ibid.*

разликовати процесна правила која се односе на поједине врсте (случајеве) измена уговора о раду, о чему ће више бити речи у наставку текста.

Надаље, у немачком праву, премештај је једна од кадровских мера или питања која захтевају саодлучивање (сагласност) радничког савета. Ако раднички савет одбије сагласност, послодавац може поднети захтев којим ће затражити поновно добијање сагласности у поступку пред радним судом.¹⁴²⁶ Притом, премештај се дефинише као „распоређивање у другу област рада, за које се очекује да ће трајати дуже од једног месеца и које је повезано са значајном променом околности под којима се рад обавља“ и као „изражена промена територијалне или функционалне компоненте рада.“¹⁴²⁷ Област рада обухвата радни задатак и просторну, техничку и организациону интеграцију у оперативни процес. То значи да се у немачком праву не може свака промена радног места квалификовати као премештај (*Versetzung*).¹⁴²⁸ Ако се претходна радна област прошири или смањи, на пример додељивањем или уклањањем делимичних функција, без стварања суштински другачије радне области, а самим тим и нове области одговорности, онда се сматра да је радна област остала непромењена. Исто тако, у немачком праву, када запослени не раде на одређеном радном месту због природе радног односа и послова које обављају (нпр. у грађевинарству, монтажи и сл.), одређивање радног места се не сматра премештајем запосленог.¹⁴²⁹

У украјинском праву, до промене услова уговора о раду долази одступањем од услова уговора о којима су се странке претходно договориле у виду допуне уговора. Притом, за закључење анекса потребно је поштовати релевантне услове који се односе на пуноважност уговора: 1) изражавање воље странака мора бити слободно; 2) странке уговора о раду морају бити пословно способне; 3) промењени услови не би требало да погоршају положај запосленог у поређењу са нормативним гаранцијама.¹⁴³⁰ У теорији се уочава проблем у вези са унапређењем концепата који се користе у украјинском радном праву.¹⁴³¹ Кроз историју формирања и развоја украјинског радног права, садржај категорије „премештај на друго радно место“ више пута је мењан, те је почетком 30-их година прошлог века премештај претпостављао рад на другом радном месту, примера ради, на другој машини, у другој продавници, радионици или делу предузећа, без сагласности радника, при чему радна функција запосленог остаје непромењена.¹⁴³² Двадесет година касније, у украјинском праву премештај је служио као термин, који означава и промену функције запосленог уз наглашавање да премештај у друго место рада повлачи измену уговора о раду за коју се захтева сагласност запосленог. Како се истиче, „у условима развоја тржишне привреде, радна функција, као срж уговора о раду, у својој мобилности треба да буде стављена под посебан правни режим, а овај задатак се може остварити само кроз уско тумачење преласка на друго место рада“.¹⁴³³ Заговорници другачијег става инсистирају на потреби проширеног тумачења појма „прелазак на друго радно место“, дефинишући га као сваку промену радне функције запосленог, као и промене других услова уговора о раду, утврђене споразумом страна, које нису узроковане општим променама у организацији производње или рада у предузећу, а захтевају сагласност запосленог. Анализирајући наведено, у ужем смислу концепт „премештај на друго радно место“ се може сматрати једном од компонента института „измена услова уговора о раду“. Поред недовољно јасно дефинисаног појма „премештај на друго радно место“, недостатак одговарајуће законске регулативе тиче се и самог поступка измене услова уговора о раду. Дакле, недостаје једнозначно тумачење основних концепција и појмова везаних за измену уговора о раду. За разлику од Законика о раду Украјине који је усвојио и

¹⁴²⁶ Т.В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 157

¹⁴²⁷ *Ibid.*

¹⁴²⁸ J. Röller, *Personalbuch 2023*, *op. cit.*, 1165.

¹⁴²⁹ *Ibid.*

¹⁴³⁰ О. Валериевна Сгибнева, *Изменение трудового договора*, *op. cit.*, 129.

¹⁴³¹ Т.В. Парпан, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *op. cit.*, 157.

¹⁴³² *Ibid.*

¹⁴³³ Лютов Никита Леонидович, *Актуальные проблемы трудового права*, Проспект, Москва, 2020, 182.

ратификовао Врховни совјет Украјинске ССР 1971. године, у нацрту Закона о раду бр. 2708 од 22. априла 2013. године који није усвојен, премда добро систематизован, изменама услова уговора о раду посвећено је посебно поглавље. Аутори тог документа су идентификовали три правна облика промене услова уговора о раду: премештај на друго радно место, у друго место рада и измена битних услова уговора о раду.¹⁴³⁴ Непосредни премештај на привремени или стални посао, који излази из оквира уговора о раду квалификује се као премештај на други посао. У сваком случају, руско право на посредан начин диференцира битне и споредне елементе уговора о раду.

Супротно, „измена битних услова рада“ је у потпуности истиснута у Закону о раду Републике Казахстан и замењена концептом „измена услова рада“ што проширује могућности послодавца да једнострано прилагоде не само значајне, него генерално све услове рада.¹⁴³⁵ Као пример можемо навести и Закон о раду Киргизије који јасно прави разлику између премештаја радника, мобилности радника и измене битних елемената, с тим да је додатна категорија „промена услова рада“ неуспешно уведена, јер недостају јасни критеријуми за њено разграничење од „измена суштинских услова рада“.¹⁴³⁶ Када је реч о осталим републикама чланицама Заједнице независних држава, Таџикистан познаје особено решење којим се појам премештаја проширује, тако да послодавац има право да измени услове рада ако су они унапред одређени на основу организационих и технолошких способности предузећа.¹⁴³⁷ С друге стране, потребна је сагласност запосленог за измену битних услова рада предвиђених споразумом страна, ако су измене оправдане производним, техничким, организационим и економским разлозима. Притом, уочава се празнина у закону, будући да остаје нејасно како послодавац треба да поступа када жели да промени услови раде који нису утврђени споразумом страна и нису у вези са наведеним разлозима, у смислу да се то не може квалификовати ни као премештај ни као једнострана промена услова рада.

У свим поменутих земљама поступак за премештај и измену значајних услова рада је сличан, у смислу да се захтева сагласност запосленог, док законодавство Узбекистана изричито налаже да „прелазак на други посао мора бити формализован изменама уговора о раду“.¹⁴³⁸ Коначно, послодавац може да измени (значајне) услове рада (уговора о раду) самостално, уз навођење разлога који то оправдавају, попут, промена у организацији производње или смањење обима посла код послодавца и обавештавање запосленог месец дана унапред (у Белорусији, Казахстану, Киргистану) или два месеца унапред (у Русији, Таџикистану, Узбекистану).¹⁴³⁹ Интересантно је решење у праву Молдавије, које предвиђа да се измене и допуне уговора о раду врше у случају службених путовања и премештаја. За разлику од службеног путовања, које се реализује без сагласности запосленог у трајању до 60 календарских дана, службени пут у друго место рада се обавља само уз писмену сагласност запосленог на период које не може бити дужи од годину дана.¹⁴⁴⁰ Даље, на овом месту треба указати на разлику између службеног путовања и упућивања запосленог на рад код другог послодавца, где у потоњем случају плаћање врши предузеће у који је запослени упућен, а, изузетно, у случају неликвидности тог предузећа, предузеће која се упутило запосленог. Притом, период упућивања запосленог се споразумом странака може продужити, али највише за једну годину.

Коначно, у зависности од периода за који се усклађују услови уговора о раду или мења послодавац измене уговора о раду се могу поделити у две врсте: трајне и привремене. До трајне измене уговора о раду долази приликом премештаја на други посао, у друго место рада

¹⁴³⁴ *Ibid.*

¹⁴³⁵ О. Валериевна Сгибнева, *Изменение трудового договора*, *op. cit.*, 129.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, 130.

¹⁴³⁷ L. P. Zerga, „Los elementos esenciales del contrato de trabajo“, *op. cit.*, 45.

¹⁴³⁸ *Ibid.*

¹⁴³⁹ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 99.

¹⁴⁴⁰ K. Velásquez Guzmán, *Ejercicio del ius variandi: aplicación, límites y efectos*, *op. cit.*, 67.

и када се мењају битни елементи уговора о раду, док до привремене измене уговора о раду долази када се његови елементи мењају на период временски ограничен, као што је упућивање на рад код другог послодавца и привремени премештај.¹⁴⁴¹ Поједини аутори врше класификацију премештаја с обзиром на различите основе и критеријуме, те се прави разлика између премештаја по времену трајања, циљу, носиоцу и карактеру иницијативе, субјективним и географским променама у радном односу до које премештај доводи, као и по учинку премештаја на одређена права, обавезе и одговорности.¹⁴⁴² Ако се као критеријум узме извор иницијативе предлога за измену уговора о раду, измене уговора могу бити на предлог запосленог, послодавца или трећег лица. У зависности од карактера измена и постојећих услова може се издвојити оквирна (непотпуна) листа врста измена уговора или *numerus clausus* листа, што је ређе.

2. Премештај на други одговарајући посао

2.1. Посао као битан елемент уговора о раду

Синалгматичност уговора о раду произлази из обавезе послодавца да запосленом обезбеди уговорени посао и средства за рад, односно из обавезе запосленог да лично и савесно извршава поверени посао. Посао је битан елемент уговора о раду јер се након заснивања радног односа запослени укључује у организацију рада, везује се за одређено радно место, послове и задатке које обавља. Радно место обухвата сродне, технолошки повезане послове и радне задатке, са истоветним захтевима за њихово извршавање. Дакле, веза се слободно успоставља између лица које обавља рад за зараду, тако што оно бива укључено у организовани рад на одређеном радном месту, где лично обавља посао који је саставни и трајни део делатности послодавца и лица за чији се рачун рад обавља, а које има обавезу поштовања права на зараду и друга права.¹⁴⁴³ У упоредном праву, као елементи који су неопходни да би постојао радни, а не неки други однос, наводи се то да се рад обавља лично у одређеном временском периоду и на одређеном радном месту, са одређеним трајањем и континуитетом.¹⁴⁴⁴

Наиме, радно место је најмања технолошки и организационо заокружена целина у оквиру које се одвија један тачно одређени део процеса рада. Задатак је структуриран и мерљив скуп активности које се обављају на радном месту са циљем да се оствари одређени резултат.¹⁴⁴⁵ Дефинисањем задатака дефинишу се задужења, овлашћења и одговорности запосленог на радном месту. Непосредни руководилац има овлашћење и обавезу да запосленом изда задатак и контролише његово извршавање, а запослени је дужан да задатке извршава савесно и одговорно.¹⁴⁴⁶ Задатак се може дефинисати количински и временски и за њега се може издати писмени или усмени налог.

Након што је распоређен на одређено радно место које је предмет договора и за које испуњава услове, запослени је дужан да извршава све радне задатке тог посла по захтеву послодавца. Супротно понашање запосленог би под условом да је послодавчев налог оправдан и разуман представљало повреду радне обавезе.¹⁴⁴⁷ Радни налог мора бити у складу са

¹⁴⁴¹ Ibid.

¹⁴⁴² N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, op. cit., 280.

¹⁴⁴³ Adrian Nicolescu, Implications of modifying individual employment contracts in the light of current Romanian legal provisions, *Revue des Sciences Politiques*, бр. 70, 2021, 69.

¹⁴⁴⁴ Нав. према: М. Јовановић, *Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа*, op. cit., 15.

¹⁴⁴⁵ Борисав Чолић, „Закључивање уговора о раду под измењеним условима и отказ уговора о раду“, *Правни живот*, бр. 6, 2002, 135.

¹⁴⁴⁶ L. Fernández Marcos, *Derecho Individual del Trabajo*, op. cit., 220.

¹⁴⁴⁷ За разлику од модерног права у односима господара и слуге су се примењивала дугачија правила. Господари нису могли бити санкционисани због повреде уговора, већ се кривична одговорност могла једино конституисати

природом посла за који је запослени закључио уговор о раду. Тако посао који обавља запослени може се битно разликовати од посла утврђеног у самом тексту уговора.¹⁴⁴⁸ Када уговор о раду не садржи све појединости у погледу извршења рада, нарочито када су у питању послови који су у функционалној вези са главним пословима, при давању радног налога послодавац је дужан да уважава професионалне обичаје за обављање одређене врсте послова. Другим речима, послодавац је овлашћен да упути радни налог којим се од запосленог захтева извршења рада који значи и извесну измену уговорних обавеза секундарног значаја, а да се притом не врши једнострана измена битних клаузула уговора о раду.¹⁴⁴⁹ Међутим, ако се природа посла промени тако радикално да је ван оквира обавеза предвиђених уговором, неће бити разумно очекивати од запосленог да се тим променама прилагоди.

С тим у вези, Коуз (Coase) истиче да уговор о раду даје овлашћење послодавцу да прецизира задатке запослених само у одређеним границама.¹⁴⁵⁰ Према том мишљењу, извор управљачке власти је уговор о раду с тим да се даље не разјашњава како уговор о раду поставља границе назначеној власти. У појединим правним системима која познају установу саодлучивања, заједничко доношење одлука није потребно ако постоји другачији и једноставнији начин за обављање иначе непромењеног радног задатка, на пример, уношење непрекидног текста коришћењем обраде текста на екрану уместо писаће машине са куглицом.¹⁴⁵¹ Послови структурисани на другачији начин указују на то да су уложени бројни напори да се рад претвори у флексибилан материјал прилагодљив потребама привреде. Стога увек зависи од тога да ли се активности пре или после задатка толико разликују једна од друге да се нова активност више не може посматрати као претходна активност са становишта посматрача упознатог са оперативним условима.¹⁴⁵²

Послодавац има право да доказује да писано обавештење о битним елементима радног односа није тачно, као што је то био случај у немачком предмету *Kampelmann*, где је послодавац одбио пријаве двојице запослених на оглас за унапређење у виши разред, зато што је писано обавештење садржало нетачан податак о послу, тј. о разреду који је био нижи од наведеног, због чега запослени нису ни могли да се пријаве за напредовање.¹⁴⁵³ Право запосленог да обавља само послове које је уговорио са послодавцем при закључењу уговора о раду, гарантује чл. 31 Закона о раду Украјине. Нажалост, посао који превазилази делокруг послова наведених у уговору о раду није био укључен у нацрт Законика о раду, те самим тим није ни део важеће регулативе.¹⁴⁵⁴

Радно место је место или места, ако их је више, где запослени непосредно обавља своје радне обавезе. Концепт радног места се различито одређује, те је тако „радно место, у ствари, место привременог боравка запосленог у процесу радне делатности, што значи да то може бити било који део организације у којој то лице ради“.¹⁴⁵⁵ Закон о раду Белорусије указује на „присуство запосленог на радном месту, а не на његово обављање радне функције тамо“,“¹⁴⁵⁶

када је слуга занемаривао своје радне дужности или није завршавао посао на време. Benjamin S. Asia, „Employment Relation: Common - Law Concept and Legislative Definition“, *The Yale Law Review*, Vol. 55, бр. 1, 1945, 111.

¹⁴⁴⁸ Steven Anderman, „The Interpretation of Protective Employment Status and Contracts of Employment“, *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000, 230.

¹⁴⁴⁹ Michel Despax, „L' évolution du rapport de subordination“, *Droit civil*, бр. 1, 1982, 21.

¹⁴⁵⁰ Ronald H. Coase, „The nature of the firm“, *Economica*, Vol. 4, бр. 16, 1937, 388.

¹⁴⁵¹ E. Müller, *Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderungskündigung zur innerbetrieblichen Versetzung - Europäische Hochschulschriften Recht*, op. cit., 50.

¹⁴⁵² BAG, Urteil vom 29.09.2004, Aktenzeichen 1 AZR 473/03.

¹⁴⁵³ Пресуда Европског суда правде у удруженим предметима бр. C-253/96 - C-256/96 (*Helmut Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe*), бр. C-257/96 *Stadtwerke Witten GmbH v Andreas Schade*), бр. C-258/96 (*Klaus Haseley v Stadtwerke Altena GmbH*).

¹⁴⁵⁴ S. Anderman, „The Interpretation of Protective Employment Status and Contracts of Employment“, op. cit., 230.

¹⁴⁵⁵ М. Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, op. cit., 179-182.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*

док Законик о раду Руске Федерације радно место доводи у везу са радом који запослени обавља и који се налази директно или индиректно под контролом послодавца.¹⁴⁵⁷ Доктринарна дефиниција је ипак другачија, с обзиром на то да је радно место одређено као „производни или територијални простор дефинисан уговором о раду, обезбеђен од стране послодавца, у коме се радна функција запосленог врши у интересу послодавца и/или других лица.“¹⁴⁵⁸ Одлуком Совјетског окружног суда Минск од 21. фебруара 1996. године, усвојен је тужбени захтев у предмету у којем је запосленом понуђен премештај у новоформирану структурну јединицу (машиноградња), што је запослени одбио, након чега је добио отказ, уз образложење Суда да је у конкретном случају дошло до премештаја радника без промене битних услова рада, због чега није постојао основ за разрешење тужиоца.¹⁴⁵⁹

Под радном функцијом у ужем смислу сматра се „врста посла коју треба да обавља запослени који је ступио у радни однос“,¹⁴⁶⁰ док би у ширем смислу, радна функција подразумевала „опсег обавеза које су додељени запосленом на основу уговора о раду, закона или интерног акта.“¹⁴⁶¹ У циљу разјашњења нуде се и примери специјализације радне функције, са освртом на радно место, начин рада и област активности (контролор смене, рачуновођа одељења за обрачун, оператер на контролној табли итд.). У литератури се истиче да радна функција треба да има флексибилнији садржај и да буде фокусирана на одређено радно место.¹⁴⁶² На основу те тезе предложено је одређење радне функције као „обима радних и функционалних обавеза запосленог, које уговорне стране утврђују у односу на конкретно радно место, водећи рачуна о стручним и радним квалитетима запосленог.“¹⁴⁶³

Појам радне функције поверене запосленом је прецизиран у судској пракси појединих држава, тако да се запосленом не гарантује вршење послова за које је засновао радни однос, него се обезбеђује да су поверени послови исте природе, тако да радни задаци запосленог могу бити другачији од оних које је претходно обављао, све док одговарају његовим квалификацијама¹⁴⁶⁴ или не мењају одговорности или овлашћења унутар компаније.¹⁴⁶⁵ Додатно, резимирани су принципи који карактеришу радну функцију: слобода уговарања, правна извесност и стабилност уговора о раду.

Радна функција има објективни и субјективни аспект, што даље значи да је „објективна страна радне функције рад у одређеној професији или на одређеном радном месту“, док се субјективна стране везује за присуство одговарајућих вештина, знања и искуства.¹⁴⁶⁶ Дакле, радна функција, у својој целости, комбинује субјективне карактеристике запосленог (стручна оспособљеност, искуство, менталне, физиолошке и пословне квалитете) и потребе конкретног послодавца да осигура ефикаснију поделу рада. Другим речима, радна функција претпоставља низ радних обавеза утврђених споразумом страна које запослени обавља, а које спадају у круг

¹⁴⁵⁷ К. Л. Томашевский, *Очерки трудового права: история, философия, проблемы систем и источников*, Издательский центр БГУ, Минск, 2009, 260.

2009

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ М. Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *op. cit.*, 180.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

¹⁴⁶¹ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *op. cit.*, 53.

¹⁴⁶² *Ibid.*

¹⁴⁶³ М. Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *op. cit.*, 180.

¹⁴⁶⁴ Cass. soc., 2 février 1999, n° 96-44.340; Cass. soc., 10 octobre 2000, n° 98-41.358.

¹⁴⁶⁵ Запослени је радио у пољопривредној задрузи Лорене као техничар за снабдевање, а затим је унапређен за управника самоуслугне радње, да би након што је одбио измену својих дужности због унутрашњег реструктурирања, био отпуштен из економских разлога. Више вид. Cass. soc., 25 novembre 1998, n° 96-44.164. Слично, у предмету у којем је запослени пре него што је постао вођа тима био продавац резервних делова, а који се оглушио о наредбе послодавца да обавља послове пријема купаца сматрајући то изменом уговора о раду. Суд је задржао непромењен став да је „додатни задатак примања нових купаца компатибилан са искуством, квалификацијама и обуком запосленог, те да потпада под исте радне функције“. М. Despax, „L' évolution du rapport de subordination“, *op. cit.*, 21.

¹⁴⁶⁶ М. Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *op. cit.*, 180.

његових квалификација или се везују са његову специјалност, положај или врсту посла који му је додељен.¹⁴⁶⁷

Закон о раду Белорусије дефинише радну функцију као „рад у једној или више професија, специјалности или позиција, које указују на квалификације у складу са распоредом запослених, функционалним одговорностима и описом послова.“¹⁴⁶⁸ Недостатак законских решења се огледа у чињеници да је концепт премештаја сувише уско постављен тако да не узима у обзир читав низ својстава и одлика (додељивање додатних одговорности запосленом у оквиру његове професије, специјалности, квалификација, положаја), што омогућава послодавцу да једнострано мења радне функције запосленог. У тој земљи судска пракса је развила критеријуме за разликовање промене професије или положаја као врсте премештаја и промене назива професије или положаја, као врсте измене битних услова рада. Промена професије или положаја односи се на случајеве када се мења не само назив, већ и опсег радних обавеза предвиђених уговором о раду.¹⁴⁶⁹ Према судском становишту како потпуна, тако и делимична промена положаја се сматра премештајем радника на други посао.

У складу са ставом немачког Савезног радног суда, пренос функције заменика руководиоца групе, у случају одсутности вође групе, представља премештај радника, јер се тиме битно мења садржај радног задатка, док то није случај ако је радна област „привремено“ додељена запосленом.¹⁴⁷⁰ Дакле, није свака појединачна мера радног права премештај радника који подлеже заједничком одлучивању, тако да послодавац може доделити запосленом другу радну област на период од две недеље.¹⁴⁷¹ У овом случају, радничком савету у предузећу није дозвољено да се изјашњава, јер додељивање другог радног подручја не траје дуже од месец дана. Такође, наређење које је дао послодавац запосленом да пређе на други посао не може бити блокирано од радничког савета ако је мало вероватно да ће распоред на другу радну област трајати дуже од једног месеца. Изузетно, премештај радника који траје краћи од месец дана може бити предмет саодлучивања ако је повезан са значајном променом околности под којима се посао обавља. Дужа путовања на посао који се налази на другој локацији су увек предмет заједничког одлучивања и када премештаји трају мање од месеца дана.¹⁴⁷²

2.2. Систематизација послова

Посао се дефинише као скуп задатака и дужности које једно лице обавља, док се квалификација одређује као способност да се обаве задаци и дужности једног задатог посла. Ниво (степен) квалификације је однос који зависи од комплексности и ранга укључених задатака и дужности. Такође, квалификација се дефинише као способност да се обаве задаци и дужности задатог посла.¹⁴⁷³ Управљачка власт послодавца представља једну од основних одлика подређености запосленог власти послодавца. Радник се укључује у рад заузимањем одређеног радног места које одговара његовим квалификацијама, а које је предвиђено актом о организацији и систематизацији послова код послодавца. Потоњи општи акт, као преглед свих послова и радних задатака који чине једну технолошку и организациону целину, основно је полазиште за заснивање радног односа, јер одражава потребу послодавца за кадром који би одговорио утврђеним пословима и радним задацима.¹⁴⁷⁴ У том смислу, послодавац је дужан

¹⁴⁶⁷ Natalie Corthésy, Carla-Anne Harris-Roper, *Commonwealth Caribbean employment and labour law*, Routledge, London, New York, 2014, 109.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ Jürger Röller, *Peronalbuch 2023, op. cit.*, 1165.

¹⁴⁷⁰ BAG, Urteil vom 06.10.2005, Aktenzeichen: 3 TaBV 24/05.

¹⁴⁷¹ Jürger Röller, *Peronalbuch 2023, op. cit.*, 1165.

¹⁴⁷² BAG, Urteil vom 08.08.1989.

¹⁴⁷³ F. X. Wallner, *Die Änderungskündigung, op. cit.*, 177.

¹⁴⁷⁴ Изузетак постоји само када је реч о малим послодавцима који запошљавају мање од 10 запослених који немају законску обавезу доношења правилника о организацији и систематизацији послова.

да, по заснивању радног односа, запосленог распореди на одговарајући посао у складу са правилником који је сам формулисао. У том смислу, правилник о организацији и систематизацији послова може се посматрати и као својеврсна понуда послодавца, која садржи конкретизоване услове за закључивање уговора о раду.

Актом о организацији и систематизацији послова се дефинишу организациони делови код послодавца, нпр. дирекције, сектори, службе, ако постоје и њихов делокруг, циљеви и правила. У оквиру сваке организационе јединице дефинишу се конкретна радна места и у оквиру сваког од њих опис послова и ниво квалификација. Послодавац приликом одређивања послова одређеног радног места то радно место најчешће одређује оквирним терминима. Тако у већини правилника о организацији и систематизацији радних места се приликом описивања послова које неки запослени треба да обавља, као посао наводи „и други послови по налогу непосредног руководиоца“, или слична формулација.¹⁴⁷⁵ На овај начин послодавци задржавају право да запосленом издају налоге и упутства која нису директно наведена у уговору о раду односно у акту о систематизацији радних места. Такво поступање отвара простор за арбитрерно поступање у поступку измена уговора о раду, због чега није довољно само да посао буде предвиђен правилником о организацији и систематизацији послова, него и јасно одређен, у смислу да се тачно који су радни задаци који улазе у опис конкретног посла. Отуда, да би понуда премештаја била законита неопходна је да посао постоји у моменту упућивања понуде и да је јасно опредељено које су дужности запосленог на том послу.

Уз то, домаћи законодавац инсистира да правилник о организацији и систематизацији садржи назив и опис послова, као и врсту у степен стручне спреме и ново образовања који чине битне елементе уговора о раду у погледу дефинисања посла. Посао законски не постоји док није систематизован, те би понуда анекса уговора била нелогична ако би се понудио премештај на посао који не постоји, а уз то не би ни било могуће оценити да ли су испуњени други услови, у смислу да је други посао одговарајући.¹⁴⁷⁶ Из тога следи да би анекс био непотпун, јер би изостао основни елемент, а то је други посао, односно његов назив и тачна спецификација радних задатака и дужности, те критеријума који се тичу услова обављања (нпр. степен формалног и/или неформалног образовања и радно искуство извршиоца на тим пословима). Поред тога, интересантно је приметити да послодавци користе премештај на други посао као средство ефикаснијег дизајнирања посла.¹⁴⁷⁷ Прибегавањем мотивационом приступу, послодавци користе премештај да би разбили монотонију на послу и тиме обезбедили продуктивнији рад. Поред ротације посла, у пракси се неретко користи и метод проширења посла (обједињавање више сличних задатака у један, као и обogaћивање посла, односно промена посла тако што му се придодаје више одговорности и аутономије).¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁵ Ову формулацију подржава кроз своје одлуке хрватски Врховни суд те се према околностима и у зависности од потреба и изреченог налога послодавца радник може обавезати да обавља и друге послове. Тако је отказ који је секретарица директора добила због одбијања да се повинује налогу у којем је наведена обавеза вршења послова чишћења док је друга секретарица на годишњем одмору, из угла Суда оправдан, имајући у виду тешку финансијску позицију послодавца и чињеницу да нови послови нису неспојиви са звањем и стручном спремом секретарице. S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 362.

¹⁴⁷⁶ У југословенској јуриспруденцији запослени је мога бити распоређен на послове који нису утврђени актом о организацији и систематизацији послова, ако они објективно постоје код послодавца. Каснија судска пракса није остала доследна по овом питању, те радник не може бити премештен на послове који нису експлицитно прописани општим актом организације у моменту упућивања понуде, тако да је накнадно додавање послова који су предмет анекса уговора ирелевантно. „Радник не може бити распоређен на послове који нису утврђени у општем акту основне организације. Без утицаја је околност да су у току судског поступка ти послови утврђени у општем акту.“ Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 1456/87. Нав. према: Д. Симоновић, *Радноправна читанка – књига прва*, op. cit., 548.

¹⁴⁷⁷ Јелена Вуковић, *Одговорност субјеката радног односа и систем управљања људским ресурсима*, докторска дисертација (необјављена), Универзитет „Дон Незбит“, Правни факултет, Београд, 2017, 110.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.* У немачкој судској пракси, утврђено је да послови секретарице обухватају и послове пријема гостију, док продавачици у пекари може бити наложено да осим услужне продаје обавља и услуге печења лиснатог теста. Дакле, ако је на општи начин утврђена обавеза рада, полази се од поставке да се садржина престације рада испуњава аналогним налозима које добијају и други раднице исте струке у предузећу, што значи да ветеринар

У контексту премештаја на други посао, прави се разлика између вертикалне мобилности која претпоставља напредовање или деградирање, у смислу заузимања хијерархијски ниже позиције и хоризонталне мобилности у смислу промене функције запосленог, али без промене нивоа у хијерархији организације.¹⁴⁷⁹ За разлику од вертикалне мобилности, постоји и хоризонтална мобилност која представља кретање радника са једног на други посао који је у систему класификације радних места истог ранга и исте вредности. Притом, класификација радних места не може бити волунтаристички и произвољно утврђена. С друге стране, премештај не може настати као резултат недозвољеног акта, те у том смислу право послодавца да доноси одређене одлуке у предузећу не сме бити злоупотребљено ради шиканирања једних, а привилеговања других запослених.¹⁴⁸⁰ Сходно томе, *causa* премештаја и разлози предлога за премештај запосленог морају имати основ у правни чињеницама које су истините и које оправдавају такво поступање.¹⁴⁸¹ У том смислу, политика управљања кадровима мора бити транспарентна, праведна, јасна и ефикасна, како би се спречиле девијације изазване субјективним мотивима. То, даље, значи да ако се ти циљеви не могу остварити, онда се не могу остварити ни циљеви ради којих постоји и сама класификација радних места и акт о систематизацији послова, уз претпоставку да су правилно утврђени.¹⁴⁸² Дошло би до другачијег исхода, у смислу да би резултати били супротни од жељених, те би систематизација радних места изгубила своју улогу позитивног средства спровођења савремене и јасне политике управљања кадровима на нивоу предузећа, те и друштва у целини. Отуда, свако радно место мора бити објективно вредновано, тако да захтеви рада на одређеном радном месту одређују ниво стручности који сваки радник мора да испуни.¹⁴⁸³ Премештај било у форми хоризонталног или вертикалног кретања радника мора бити оправдан, законит и утемељен на објективним критеријумима и стручним знањима.

2.3. Разлози за премештај

У облигационом праву се прави разлика између мотива и узрока правног чина. Наиме, узрок се у швајцарском праву дефинише као „непосредна сврха правног акта“, а у француском праву као „разлог за обвезивање.“¹⁴⁸⁴ Ако упоредимо ова два правна система, појам узрока у француском праву функционише као појам предмета уговора у швајцарском праву. С друге стране, мотиви су удаљени циљеви, жеље и идеје које одређују вољу субјектата, што значи да разлози не одређују правни карактер акта и немају утицаја на пуноважност и дејства правног акта, осим у изузетним случајевима у којима закон захтева присуство „праведних разлога.“¹⁴⁸⁵

У радном праву, разлози имају изузетан значај, поготово када је реч о отпуштању и пуноважној измени елемената уговора о раду, док променљива и лична природа мотива

запослен да обавља послове санитарног инспектора не може бити премештен на послове инспектора за трихинелозу, као што ни трговачки заступник не може бити премештен у управну службу предузећа. Интересантно је да се у немачком праву конкретизација једне или више обавеза из уговора може вршити у одређеном временском раздобљу, док је у белгијском праву престацију рада могуће одредити применом објективних критеријума или поставати на алтернативан начин, при чему право избора између алтернативних обавеза може имати било која страна уговорница. R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, *op. cit.*, 340.

¹⁴⁷⁹ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *op. cit.*, 55.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*

¹⁴⁸¹ Боровоје Живковић, „Отказ због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, *Правни информатор*, бр. 5, 2008, 58.

¹⁴⁸² N. Tintić, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 238.

¹⁴⁸³ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, 362.

¹⁴⁸⁴ Phillipe Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *Le Droit Ouvrier*, Avril, 2000, 176.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*

помаже у процени законите природе циља којем се тежи. Но, ако погледамо разлоге за измену уговора о раду, видимо да они нису ни у страним правима регулисани посебном одредбом на једном месту.¹⁴⁸⁶ Без обзира на то, ваља приметити да када је отказ дат након одбијања измене уговора о раду, разлог за отказ лежи у разлозима због којих је упућена понуда за измену уговора. Због узрочне везе између разлога за измену и разлога за отказ, у француском праву се прави разлика између отказа из економских, личних и дисциплинских разлога. Запослени има слободу да одбије измену елемената уговора о раду, због чега се у судској пракси појединих европских земаља недвосмислено потврђује да се из тога разлога не може запосленом изрећи дисциплинска санкција у форми отказа.¹⁴⁸⁷

Дакле, отказ који уследи након што је запослени одбио понуду за измену уговора не изриче се из стварног и оправданог разлога, јер разлог за отказ не може бити коришћење законског права. Поједини аутори указује на то да одбијање понуде за измену уговора не преставља мотив за отказ, већ да је мотив у ствари чињеница због које је уговор измењен - организационе, економске, технолошко промене које уводи послодавац.¹⁴⁸⁸ Надаље, у страним правним системима, у контексту поменутих измена уговора о раду мотив и разлог поистовећују, док кад је реч о отказу из дисциплинских разлога води рачуна о томе да се неприхватање понуде не може квалификовати као ваљана дисциплинска мера, јер је одбијање понуде законито, а мотив за отказ није дисциплинске природе. Када је реч о економским разлозима, ваља поменути да послодавац најчешће настоји да измену уговора управо оправда потребом побољшања конкурентности предузећа. С тим у вези се отвара као основно питање шта је онда разлог за отпуштање након што послодавац одбио такву измену. Ово питање је привукло пажњу француских судова који су настојали да отклоне недоумице, те је тако конституисано правило према којем одбијање запосленог да прихвати измену уговора о раду не може представљати стваран и озбиљан разлог за отказ.¹⁴⁸⁹ Из тога следи да разлог за отпуштање треба да лежи у узроку због којег је предлагана измена уговора о раду.

Наиме, премештај се врши ради расподеле стручних кадрова по привредним секторима и областима како би се боље искористили људски ресурси, задовољиле потребе радних процеса, одговорило техничким и технолошким захтевима, те ради организационог оспособљавања и усавршавања стручних кадрова и побољшања квалификационе структуре запослених. Губљење позиције у организацији, односно премештај запослених са виших на нижа и мање плаћена радна места представља деградацију запослених. До деградације најчешће долази због несавесног и недисциплинованог понашања на послу, због лоших резултата рада или због недостатка потребних знања, способности и вештина. Уз то, могуће је да премештај настаје као резултата потреби за заменом одсутног радника, што је у пракси углавном привременог карактера. Разлог за ограничење произилази из чињенице да је послодавац као резултат привремено одсуство запосленог чији повратак очекује, има привремену потребу да запосли другог запосленог.

Промена основних услова рада према белоруском законодавству мора бити узрокована оправданим производним, организационим или економским разлозима. Пре него што се у Закону о раду Белорусије из 1999. године појавило правило да се премештај запослених мора оправдати одређеним разлозима, судови су полазили од чињенице да премештај не може бити вршен без постојања мотива. Отворена листа оправданих производних, организационих или економских разлога у вези са променама битних услова рада садржана је Резолуцији Пленума Врховног суда Републике Белорусије од 29. марта 2001. године.¹⁴⁹⁰ Што се тиче разлога који

¹⁴⁸⁶ Libia Reyes Mendoza, *Derecho Laboral*, Red Tercer Milenio, Estado de México, 2012, 25.

¹⁴⁸⁷ Б. Живковић, „Отказ због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, *op. cit.*, 59.

¹⁴⁸⁸ Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 832.

¹⁴⁸⁹ Р. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 176.

¹⁴⁹⁰ У поређењу са претходно важећом Резолуцијом Пленума бр. 5 од 17. јуна 1994. године, овај списак је претрпео минималне измене. Резолуција Пленума Врховног суда Републике Белорусије од 29. марта 2001. године бр. 2,

оправдавају премештај радника, наводе се, престанак рада радионице са штетним условима рада и пуштање у рад радионице са нормалним условима рада, повећање обима посла у другом одељењу, отварање нових радних места која би требало да донесу већи приход организацији.¹⁴⁹¹ У пракси, основ за премештај радника су и други производни, организациони и економски разлози: повећање обима посла, пуштање у рад нове и напредније опреме, отварање нових јединица. Притом, није довољно да се послодавац само позове на један од производних, организационих или економских разлога, већ је важно да одређена околност постане узрок појаве која је произвела промене.

Коначно, руско право предвиђа да се измене у битним условима уговора о раду одређују према разлозима који се односе на организационе и техничке промене. Другим речима, потребно је да одређена околност заправо постане узрок појаве која повлачи са собом промену битних услова рада односно премештај запосленог.¹⁴⁹² Треба напоменути да Врховни суда Руске Федерације објашњава на сличан начин, да „промена у организацији рада или у организацији производње“ која изазива измену битних елемената уговора о раду.¹⁴⁹³ Примера ради, те промене могу бити промена опреме и технологије производње, унапређење послова на основу њихове спецификације, структурна реорганизација, при чему је ова листа отворена, тако да се могу додати и други случајеви који нису изричито наведени.

2.3.1. Премештај због забране обављања одређених послова изречене запосленом

Забрана обављања послова представља оправдан разлог за отказ уговора о раду само под условом да код послодавца не постоје други послови који нису обухваћени забраном, а на које запослени може бити премештен. Запосленом може бити забрањено обављање одређених послова на основу закона или правноснажне одлуке суде или другог органа када је потребно заштити шире друштвене интересе и права и слободе других грађана. Наиме, општи је интерес да се све делатности у друштву обављају у складу са прописаним правилима, те се свако предузимање радњи и вршење послова на начин којим се нарушавају правна и техничка правила одређене радне средине може окарактерисати као непримерено и бити санкционисано изрицањем одговарајуће мере. Постоје различити правни облици одговорности (дисциплинска, кривична, материјална, прекршајна) који повлаче одговарајуће санкције према учиниоцима.¹⁴⁹⁴

Тако, мера безбедности забрана вршења позива, делатности и дужности има за циљ спречавање вршења кривичног дела, супсидијарног је карактера и изриче се увек уз другу кривичну санкцију. Осим тога, учиниоцима кривичног дела или извршиоцима прекршаја може бити изречена заштитна мера забране управљања моторним возилом због несавесног вршења послова из круга тог занимања. Предуслов за престанак радног односа због немогућности обављања рада, јер је прекршиоцу одузета возачка дозвола, је немогућност да послодавац обезбеди друге радне задатке и послове за које се не захтева поседовање возачке дозволе одређене врсте и категорије. Дакле, обавеза је послодавца да због изрицања одређене мере безбедности према запосленом, пронађе адекватно решење како би се запослени задржао на раду будући да само изрицање мере не представља оправдани разлог за отказ. До отказа долази након што је правноснажна судска одлука достављена послодавцу, а у посебном поступку је утврђено да не постоје доступни послови на које би запослени могао бити премештен. Притом,

став 20. Нав. према: К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 59.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² М. Александрович Прокофьев, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *op. cit.*, 180.

¹⁴⁹³ Резолуција Пленума Врховног суда Руске Федерације од 17. марта 2004. године број 2, параграф 21.

¹⁴⁹⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 108.

услов да други посао буде одговарајући овде није постављен из разлога што се премештај не врши из економских разлога и околности који се тичу потреба послодавца.¹⁴⁹⁵ Томе у прилог говори формулација коришћена у тексту Закону о раду да до престанка радног односа независно од воље запосленог и послодавца долази након што други послови нису били понуђени у поступку премештаја. Исто решење се налази и у Закону о радним односима из 1991. године у којем је изричито прописано да радник дужан да ради на пословима и радним задацима који не одговарају његовој стручној спреми, ако му је изречене мера безбедности, васпитна мера или заштитна мера због које не може обављати послове односно радне задатке на које је распоређен, док та мера траје.¹⁴⁹⁶ Поређења ради, у Закону о удруженом раду је то изостало, али се подразумева да до престанка радног односа долази након што је негативни услов испуњен, те да критеријуми у погледу посла нису додатно постављени.

Како послодавац спроводи поступак у којем испитује да ли у предузећу постоје слободни послови, поставља се питање да ли радни однос престаје након што послодавац донесе одлуку о немогућности премештаја. Наиме, ако би радни однос аутоматски престао достављањем правноснажне одлуке, онда би постојала обавеза за послодавца да размотри могућност премештаја запосленог током трајања судског поступка. У супротном би уместо премештаја дошло до поновног заснивања радног односа за истим запосленим. Да би до престанка радног односа дошло по сили закона, сама чињеница одбијања закључења анекса не може имати јачу правну снагу. Другим речима, одбијање анекса не може трансформисати основ престанка радног односа.¹⁴⁹⁷ Аргумент за то је да изречена забрана онемогућава запосленог да обавља посао за који је првобитно закључио уговор о раду, а до измене битног елемента уговора (тј. конкретног посла) не долази јер се запослени томе противи. Ипак, трајање забране мора бити узето у обзир, јер је крајње неправично решење да изречена мера забране има далеко теже реперкусије по правни положај запосленог него изречена кривична санкција. У потоњем случају, радни однос запосленом престаје као правна последица осуде, када запослени одсуствује са рада дуже од шест месеци. Отуда се предлаже решење да се исти временски оквир узме и када је запосленом изречена забрана обављања послова, будући да он код послодавца може обављати друге послове, осим ако ти послови не постоје, када запосленом радни однос мирује.¹⁴⁹⁸

Надаље, у теорији се отворило као питање да ли удаљење са посла води измени уговора о раду будући да се током периода трајања удаљења са посла суспендују основна права и обавезе, обезбеђења посла и исплате зараде. Дакле, за време трајања удаљења са рада запослени не обавља посао нити се зарада за тај период обрачунава. Ипак, преовладава мишљење да елементи уговора о раду, у смислу посла и зараде, не подлежу променама, јер је запослени и даље ангажован за рад на одређеном послу са истом зарадом, с тим да се дејство ових услова привремено обуставља.¹⁴⁹⁹ Интересантно је и гледиште по којем удаљење запосленог са рада доводи до привремене измене радног односа, изражене у виду мировања права и обавеза, али без повлачења измене уговора.¹⁵⁰⁰

Историјски посматрано, *common law* систем предвиђа различита решења у случајевима немогућности запосленог да обавља рада због изрицања казне или друге кривичне санкције. Интересантан је пример у којем је слуга био ангажован на период од годину дана по основу

¹⁴⁹⁵ Александра Т. Поповић, *Сметње за заснивање радног односа – легитимни циљеви и ограничења*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 167.

¹⁴⁹⁶ Закон о радним односима, *Сл. гласник РС*, бр. 45/91, 18/92, 22/93, 53/93, 67/93, 34/94, 48/94, 49/95, 53/95, 24/96, 26/96 и 39/96, чл. 79.

¹⁴⁹⁷ Влајко Брајић, *Радно право: радни односи, други односи рада и социјално осигурање, законско и самоуправно уређење*, четврто издање, „Савремена администрација“, Београд, 1989, 285.

¹⁴⁹⁸ Драшко Босанац, *Уговори о раду којима се не заснива радни однос*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, 101.

¹⁴⁹⁹ А. Т. Поповић, *Сметње за заснивање радног односа – легитимни циљеви и ограничења*, *op. cit.*, 167.

¹⁵⁰⁰ Bruno Veneziani, “Formation, Modification and Termination of Employment Contracts”, у: Otto Kahn-Freund, Bob A. Hepple (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XV, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, 51.

уговора о најму.¹⁵⁰¹ После два месеца рада осуђен је на казну затвора због непослушности према господару. Међутим, након девет дана његовог одсуства са рада, господар је затражио да буде пуштен, те да се врати на посао. По повратку, слуга је поново био оптужен за непослушност и осуђен на једномесечни принудни рад. Слуга се жалио на решење суда наводећи да је још претходним изрицањем затворске казне дошло до престанка најамног односа. Ипак, мишљење суда је било другачије с обзиром на то да лоше понашање не може изнедрити моћ раскида уговора. У другом примеру, слуга који је одбијао да ради могао је, условно речено, да бира између принудног рада, губитка недељне најамнине, новчане казне и затворске казне.¹⁵⁰²

Интересантно је поменути да се у правиним системима које познају институт отказа са понудом измењеног уговора посебно издваја премештај из личних разлога у које се групишу неспособност запосленог за рад на одређеним пословима или забрана обављања одређених послова. Када се код радника појаве одређена ограничења, те наставак рада под раније уговореним условима није могућ, ако постоји други одговарајући посао послодавац може отказати уговор о раду и понудити запосленом нови уговор о раду са измењеном садржином. У ту врсту отказа групише се и отказ из безбедносних разлога повезаних са конкретном обавезом рада, поновљени прекршаји радника, нарушавања реда у предузећу и сл., те се тако премештај на друге послове може понудити професионалном возачу који је остао без возачке дозволе или раднику који неконтролисано употребљава алкохолна пића на послове који имају ниже стандарде у погледу безбедности и сигурности на раду. Дакле, ако је запосленом забрањено обављање одређених послова потребно је пре изрицања отказа размотрити могућност премештаја на друге послове који се неће косити са изреченом забраном нити ће нарушавати постојеће односе у предузећу.¹⁵⁰³

2.3.2. Премештај због немогућности запосленог да обавља одређени посао

Неспособност запосленог да обавља одређени посао због смањења радне способности узроковане болешћу или повредом спада у групу деликатних правних питања која завређују пажњу. Нажалост озбиљније студије на ову тему изостају, због чега је потребно пробудити пажњу научне и стручне јавности. С тим у вези, потребно је указати на неколико важних чињеница, а то је да општа здравствена способност више није услов за заснивање радног односа. Наиме, законодавне измене су извршене са циљем спречавања дискриминације лица код којих је наступио општа инвалидност.¹⁵⁰⁴ На потребу да се свим лицима обезбеде једнаке могућност и права на раду, укључујући и право на одговарајућу зараду у случају смањене радне способности указује и Међународна организација рада.¹⁵⁰⁵ Ово из разлога што би другачије решење довело до неправичног исхода, будући да би услов опште здравствене способности аутоматски онемогућио лицима са инвалидитетом да заснују радни однос, док би запосленима са умањеним радним способности онемогућио да задрже запослење.¹⁵⁰⁶

Отуда је конституисано правило о забрани непосредне и посредне дискриминације запослених по овом основу. Листа забрањених дискриминаторних разлога садржи и инвалидитет која се одређује као телесни недостатак или оштећење које изазива поремећаје у

¹⁵⁰¹ H. G. Wood, *A treatise on the law of master and servant: covering the relation, duties, and liabilities of employers and employees*, op. cit., 50.

¹⁵⁰² *Ibid.*, 79.

¹⁵⁰³ А. Т. Поповић, *Сметње за заснивање радног односа – легитимни циљеви и ограничења*, op. cit., 167.

¹⁵⁰⁴ Филип Бојић, „Правци реформе система инвалидског осигурања у Србији“, *Српска политичка мисао*, Год. 23, Vol. 54, 410.

¹⁵⁰⁵ О појму инвалидитета у документима Међународне организације рада више вид.: Предраг Јовановић, „Заштита инвалида у радној средини“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2015, 935.

¹⁵⁰⁶ Ф. Бојић, „Правци реформе система инвалидског осигурања у Србији“, *Српска политичка мисао*, op. cit., 410.

функцији организма тако да ограничава активности појединца посматрано из угла његове способности за рад.¹⁵⁰⁷ Инвалидитет се још одређује и као губитак или редукција радне способности или специјално дефинисаних активности у једном краћем или дужем временском периоду, због хроничне болести или акутног оштећења, а не може се отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом.¹⁵⁰⁸ У светлу тога, прави се разлика између потпуне неспособности за рад која *ex lege* доводи до престанка радног односа и делимичне неспособности за рада која претпоставља наставак рада на пословима који одговарају преосталој радној способности запосленог. Дакле, у случају делимичне неспособности за рад инвалидитет даје запосленом право на рад на другим пословима или на рад под другачијим условима (нпр. скраћено радно време). Оба случаја захтевају измену уговора о раду и саглашавање обе уговорне стране.

Када здравствена сметња утиче на безбедно вршење послова или продуктивност запосленог, примарна мера којој послодавац мора прибећи је премештај на други посао. Притом, важно је нагласити да посао мора бити одговарајући у смислу идентичности између потребних квалификација запосленог на ранијем и новом послу, а имајући у виду његову постојећу радну способност. Дакле, да би посао био одговарајући, неопходно је претходно обавити процену радне способности и у складу са тим формулисати садржину анекса уговора о раду. Оцена радне способности није једноставна, будући да је потребно утврдити стање органа и подобност за обављање послова на одређеном радном месту, имајући у виду морфолошку структуру организма. Могућност органа да врше одређене функције је кључна карика у утврђивању биолошких потенцијала организма. Следствено томе, оцена радне способности је усклађивање захтева радних операција које се изводе на радном месту и могућностима организма да одговори тим захтевима, без штете по сопствено здравље. Како једно физичко лице може бити неспособно за обављање једног посла, а способно за обављање другог, неопходно је извршити анализу радних задатака. Дакле, неопходно је објективно проценити физичке напоре које одређено радно место изискује. „Из тих разлога је просто незамисливо давање мишљења о радној способности, а да се нема прави увид у захтеве радног места и услове радне средине, како за послове које је до тог тренутка запослени обављао, тако и за послове на које га евентуално, треба упутити“.¹⁵⁰⁹ Другим речима, процена радне способности није могућа ако се не сагледа целокупна структура радне средине, организација и услови рада, коришћена средства за рад, те психолошки и физички захтеви конкретног посла.

У Републици Србији процену радне способности врши Национална служба за запошљавање на захтев запосленог код кога су наступиле здравствене сметње. Премда више не фигурира као законска категорија инвалиди рада који су тако квалификовани према Закону о пензијском и инвалидском осигурању из 1996. године сматрају се посебном врстом лица са инвалидитетом. Супротно, црногорско право законски дефинише инвалиде рада као осигуранике који су на основу инвалидности стекли право на инвалидску пензију. Слично решење је постојало и код нас раније, с тим да су осигураници по основу пензијског и инвалидског осигурања имали право не само на инвалидску пензију, него и на неновчане престације, попут права на запошљавање према преосталој радној способности, распоређивање и оспособљавање на рад на другом послу (професионална рехабилитација). Степеновање инвалидности је имало за последицу да се осигураници групишу у одговарајућу категорију у зависности од престале радне способности за обављање истог или другог одговарајућег посла. Следствено томе, осигураници који имају инвалидност II или III категорије могли су се професионалном рехабилитацијом оспособити за рад са непуним радним временом или за рад на неком другом послу. Дакле, ранији правни прописи признавали

¹⁵⁰⁷ Љ. Ковачевић, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, *op. cit.*, 295.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*

¹⁵⁰⁹ Јовица Јовановић, „Оцењивање радне способности радника са обољењем кардиоваскуларног система“, *Acta medica Mediana*, бр. 6, 2000, 37.

су запосленима право да у делу у којем радна способност није нарушена настављају да раде на истом или другом послу.

Инвалидност се често меша са појмом инвалидитета, због чега је потребно разјаснити ове појмове. Инвалидност се у упоредном праву означава као неспособност за рад која може али и не мора бити повезана са инвалидитетом.¹⁵¹⁰ У Француској се неспособност за рад одређује на начин да ли је особа у стању да заради две трећине претходне зараде (умногоме либералнији тест од оног који се примењује на инвалидитет).¹⁵¹¹ Као што смо поменули важећим Законом о раду прописано је да запосленом са инвалидитетом (инвалид рада) послодавац дужан да обезбеди обављање послова према преосталој радној способности. Међутим, прописима којима се уређује процена радне способности и одржавање запослења за особе са инвалидитетом, није прописана дужност послодавца да приликом одређивања послова према преосталој радној способности запосленог, обезбеди исту висину зараде коју је запослени имао на претходном радном месту.

Према раније важећим прописима (Закон о пензијском и инвалидском осигурању из 1996. године), приликом премештаја запосленог на одговарајуће радно место према преосталој радној способности, постојала је обавеза послодавца да приликом исплата зарада, запосленима са инвалидитетом II или III категорије исплаћује накнаду због мање зараде на другом одговарајућем послу, с тим да је Фонд за пензијско и инвалидско осигурање послодавцу надокнађивао тај износ.¹⁵¹² Запослени којима је инвалидитет утврђен према прописима који су важили до 2003. године, задржали су своја стечена права, односно, право на зараду коју су имали на местима са којих су премештени због делимичног губитка радне способности. Обавеза да се запосленима са инвалидитетом исплаћује накнада зараде престала је да постоји ступањем на снагу Закона о пензијском и инвалидском осигурању из 2003. године, а није прописана ни Законом о запошљавању и професионалној рехабилитацији особа са инвалидитетом.¹⁵¹³ Због тога особе са инвалидитетом, чији је инвалидитет утврђен након ступања на снагу Закона о пензијском и инвалидском осигурању из 2003. године, немају право на ову накнаду. Евидентно је, дакле, да су особе са инвалидитетом, према раније важећим прописима, задржавале исту висину зараде и након премештаја на друго радно место, при чему је било прописано да послодавац исплаћује и накнаду разлике у висини зараде између два радна места. Међутим, ова накнада није падала на терет послодавца, односно, било је прописано да ову накнаду послодавцу надокнађује Републички фонд за пензијско и инвалидско осигурање.

Радна способност се утврђује пред надлежним телима Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање и Националне службе за запошљавање, у поступку који је уређен Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом и Правилником о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења особа са инвалидитетом.¹⁵¹⁴ Уколико је

¹⁵¹⁰ „Радно способном се сматра она особа чије физичко или психичко здравствено стање омогућава рад, то јест прилагођавање захтевима и утицајима радног места, али без штете по здравље. Продуктивност рада (радни учинак) детерминисана је, пре свега, менталним здрављем и социјалном зрелошћу појединца и обухвата мотивацију за рад, способност адаптације, одговорност, добру концентрацију и психомоторно реаговање, истрајност и задовољство радом“. Ј. Јовановић, „Оцењивање радне способности радника са обољењем кардиоваскуларног система“, *op. cit.*, 37. О појму инвалидитета вид.: Сања Н. Стојковић Златановић, *Генетички и други здравствени основи дискриминиције на раду*, Институт друштвених наука, Београд, 2019, 54.

¹⁵¹¹ P. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 175.

¹⁵¹² Мила Д. Петровић, *Радноправна и социјалноправна заштита запослених од повреда на раду и професионалних болести*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020, 311.

¹⁵¹³ Ф. Бојић, „Правци реформе система инвалидског осигурања у Србији“, *op.cit.*, 411.

¹⁵¹⁴ Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013 и 14/2022; Правилником о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010 и 97/2013.

запосленом, на основу процене радне способности, решењем утврђено да не може да обавља послове које је до тада обављао у целини или делом, послодавац би, у сарадњи са радником и евентуално другим органима и организацијама (Национална служба за запошљавање, удружења особа са инвалидитетом, медицином рада и сл.), могао да измени опис послова тог радника, или да изврши распоређивање радника на друге, одговарајуће послове, применом чл. 171 до 174 Закона о раду (анекс уговора о раду).¹⁵¹⁵ Уколико је, пак, послодавац несигуран који су то послови или има више таквих послова, процена радне способности се може поновити, али овај пут са комплетном документацијом и детаљним описом свих послова на које би лице могло да буде распоређено. Ако се после анализе и свих консултација утврди да не постоји посао који одговара радној способности запосленог, послодавац је дужан да запосленог прогласи технолошким вишком и откаже му уговор о раду по том основу.¹⁵¹⁶ Запослени, у том случају, има сва права која имају запослени у истој радноправној позицији. Ако запослени одбије премештај на одговарајући посао, послодавац ће му отказати уговор о раду по основу тога што је одбио закључење анекса уговора, у смислу чл. 179 ст. 5 т. 2 Закона о раду. Може се закључити да је у оваквој ситуацији могуће следеће: 1) запосленог распоредити на друге одговарајуће послове који одговарају његовој радној способности; 2) покренути нови захтев за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења и, уз захтев, обавезно приложити описе послова на које би запослени могао да буде распоређен, те запосленог распоредити у складу са новом проценом; 3) запосленом понудити анекс уговора о раду у складу са Законом о раду, односно измену уговорених услова рада ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада;¹⁵¹⁷ 4) у случају да радник одбије понуду за измену уговорених услова рада следи отказ од стране послодавца;¹⁵¹⁸ 5) и коначно, уколико код послодавца уопште нема одговарајућих послова у односу на радну способност лица - што је веома редак случај ако се процена радне способности ради у односу на конкретне послове, послодавац може запосленог да прогласи вишком, односно да му, сходно одредбама Закона о раду, откаже уговор о раду уз исплату отпремнине.¹⁵¹⁹

Измене уговора о раду могу бити инициране из различитих разлога, као што су економски разлози, дисциплински разлози или лични разлози. У потоњу групу разлога улазе разлози који се односе на здравље запосленог, када долази до премештаја трудне жене или запосленог неспособног за рад што је регулисано посебним одредбама. У периоду самоуправног социјализма смањење радне способности радника, стање реконвалесцентности, одређена обољења или непосредна опасност од инвалидности на радном месту, трудноћа и материнство, потребе стручног формирања или усавршавања радника на другом месту могле бити основе за привремени премештај радника.¹⁵²⁰ Поред тога, радна организација је имала законску обавезу да одређене раднике привремено премести на друго радно место, почев од трудница и мајки које доје децу на основу налаза лекара, радника који оболи од одређених болести, односно наступи професионално обољење које га чини неспособним за рад на ранијем радном месту, а у могућности је да без штете по здравље обавља рад на другом радном месту у складу са мишљењем лекарске комисије, те раднике за време медицински и професионалне рехабилитације, што је задржано и у важећем радном законодавству. Специфичност *causae* код привременог премештаја и кратко трајање таквог премештаја претпоставља да запослени има право на исту зараду која је била предвиђена за рад на ранијем

¹⁵¹⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 28.

¹⁵¹⁶ Закон о раду, чл. 179 ст. 5. т. 1.

¹⁵¹⁷ Закон о раду, чл. 171 ст. 1 т. 1.

¹⁵¹⁸ Закон о раду, чл. 179 ст. 5 т. 2.

¹⁵¹⁹ Закон о раду, чл. 179 ст. 5 т. 1.

¹⁵²⁰ В. Брајић, *Радно право: радни односи, други односи рада и социјално осигурање, законско и самоуправно уређење*, *op. cit.*, 280.

послу, осим ако би запослени остварио већу зараду на новом послу, када би се примењивало решење повољније за њега.¹⁵²¹

Поступак премештаја запосленог на други посао ради заштите његовог здравља има одређене специфичности, јер иницијатор премештаја могу бити странке и лекарска комисија. У сваком случају, премештај на други посао се врши на основу лекарског извештаја, према којем запосленом треба обезбедити други одговарајући посао. Такав премештај се врши само уз сагласност запосленог, док је послодавац принуђен да уколико постоји могућност запосленом обезбеди други посао који неће нашкодити његовом здрављу. Притом, ако запослени не прихвати премештај или послодавац нема упражњено радно место отказује се уговор о раду.¹⁵²²

Према Закону о радним односима из 1996. године радници код којих је умањена радна способност имали су право на распоређивање на одговарајућа радна места у складу са својом преосталом радном способношћу или преквалификацију.¹⁵²³ Према решењу француског права, ако радник који није способан за рад на одређеним пословима не буде преквалификован или отпуштен у периоду од месец дана, послодавац је дужан да настави са исплатом зараде.¹⁵²⁴ На особено решење наилазимо у белоруском праву где се запосленима који се премештају на слабије плаћене послове обезбеђује одговарајућа загарантована доплата на основу претходне просечне зараде у трајању од најмање две недеље према општим правилима.¹⁵²⁵ Међутим, у случају премештаја због повреде на раду, професионалне болести или другог оштећења здравља на раду, док се не утврди трајни губитак радне способности или док се запослени опоравља доплата се обезбеђује најмање у трајању од месец дана. Поједини аутори сматрају да задржавање просечне зараде у трајању од две недеље нема основа у случајевима трајног премештаја на слабије плаћен посао када премештај није повезан са здравственим стањем радника или га иницира сам запослени.¹⁵²⁶ Потребно је да је премештај на други одговарајући посао извршен на основу лекарског извештаја то јест у складу са закључком медицинске или рехабилитационе стручне комисије (за особе са инвалидитетом) и лекарске саветодавне комисије (за остале раднике) у којем се наводи да је рад на одређеним пословима непожељан из угла обезбеђења здравствене заштите радника.¹⁵²⁷ Специфична врста премештаја је свакако премештај трудница на лакши рад који је готово на идентичан начин уређен у руском и белоруском праву. Конкретно, „трудницама се у складу са лекарским извештајем смањују стандарди производње и стандарди услуга, или се премештају на други посао који је лакши и елиминише утицај неповољних индустријских услова рада.“¹⁵²⁸ Додатно, жене са децом млађом од годину и по дана, ако не могу да обављају претходни посао, премештају се на други посао уз задржавање просечне зараде која је била гарантована на претходном послу док дете не наврши годину и по дана. Карактеристично је решење Закона о раду Руске Федерације који предвиђа додатну заштиту за труднице које задржавају ранију зараду за период подвргавања обавезно диспанзерском прегледу у медицинским установама.¹⁵²⁹

Шпански закон 31/1995, од 8. новембра, о спречавању ризика на раду предвиђа могућност промене режима рада трудница или породиља, када постоје ризици на пословима на којима обављају своје радне дужности.¹⁵³⁰ Запослена која је трудна или доји дете може

¹⁵²¹ *Ibid.*

¹⁵²² М^а in Maculada Benavente Torres, „Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario“, *op. cit.*, 257.

¹⁵²³ Закон о радним односима, *Службени гласник РС*, бр. 55/96, чл. 77.

¹⁵²⁴ P. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 175.

¹⁵²⁵ Y. Kryvoi, „Belarus“, *op. cit.*, 55.

¹⁵²⁶ G. Phillips, K. Scott, *Employment law*, *op. cit.*, 150.

¹⁵²⁷ *Ibid.*

¹⁵²⁸ P. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 175.

¹⁵²⁹ Закон о раду Руске Федерације, део 3 члан 254.

¹⁵³⁰ Шпански закон 31/1995, од 8. новембра, чл. 26. М^а in Maculada Benavente Torres, „Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario“, *Temas Laborales*, бр. 126, 2014, 256.

тражити од свог послодавца да измени њене дужности или да је распореди на други посао ако њен наставак рада на тим пословима представља ризик по њено здравље, здравље фетуса или детета које доји. Ако је промена радних услова и/или радног времена технички и/или објективно неизводљива, или се не може захтевати из доказано оправданих разлога, послодавац предузима потребне мере како би дотичну радницу преместио на друго радно место.¹⁵³¹ Ако је премештај на друго радно место технички и/или објективно неизводљив, или се не може захтевати из доказано оправданих разлога, дотичној радници додељује се одсуство у складу са националним законодавством и/или националном праксом за цео период потребан да се заштите њена безбедност и здравље. Проблем настаје када код послодавца нема расположивих послова на које запослена може бити премештена.

Илустративан је предмет у којем је запослена отпуштена након што је одбила премештај на други посао који му није допуштено да обавља из здравствених разлога, јер му може по оцени лекарске комисије нашкодити. Наиме, послодавац је истицао да је запослена прекршила радну дисциплину, те да системски није испуњавао своје радне обавезе без оправданих разлога. С друге стране, запослена се позивала на чињеницу да је оправдано одбила премештај и, стога, затражила од суда да јој досуди повраћај на пређашњи посао и накнаду штете што је суд одбио, при чему, је оправдање за своју одлуку нашао у томе што је лекарско уверење издато три године пре доношења одлуке премештаја.¹⁵³²

У савременим условима човеков рад је неопходност, а његово обављање треба да у највећој могућој мери обезбеди очување безбедности и здравља запослених. Не постоји делатност, посао или радно место који су потпуно безбедни и потпуно лишени ризика по безбедност и здравље запослених. Неопходно је непрестано тежити што бољим, безбеднијим и сигурнијим условима рада. Поређења ради, Закон о раду Белорусије који утврђује обавезе послодавца не постоји правило којом се обавезује послодавац да не дозволи запосленом да обавља радне задатке који му могу нарушити здравље.¹⁵³³ Предност општег правила је повећање степена гаранција здравствене заштите запосленог приликом измене битних елемената уговора о раду. Важно је напоменути да белоруско право не дозвољава премештај запосленог на посао који он не може из здравствених разлога обављати, чак и уз његову сагласност. Норме Закона о раду су императивне и не допуштају премештај запосленог на послове који су „му контраиндуковани из здравствених разлога“, иако се са тим запослени слаже или чак инсистира на томе, јер такав споразум за њега успоставља лошије услове рада од оних предвиђених законом.¹⁵³⁴ Последица смањења нивоа права запосленог у уговору о раду није ништавост релевантних услова, већ њихова неприменљивост.

У домаћој пословној пракси се као често намеће питање да ли послодавац може да понуди измену уговорених услова рада (анекс уговора) са писаним обавештењем које садржи разлоге за понуђени анекс уговора, рок у коме запослени треба да се изјасни који не може бити краћи од осам радних дана и правне последице које могу да настану непотписивањем анекса

¹⁵³¹ Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) *OJ L 348*, 28.11.1992, p. 1–7, чл. 5 (2).

¹⁵³² Но, ако запослени достави одговарајућу документацију, право на безбедност и здравље на раду се остварује тако што се запослени премешта на други посао. Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 304/2017 од 22.3.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године. У другом предмету је потврђено да здравствени и психички проблеми запосленог морају бити доказани одговарајућом медицинском документацијом, као и да благо депресивно стање запосленог не може бити разлог који чини отказ уговора о раду незаконитим, ако је утврђено да је запослени повредио радну обавезу. Врховни Касациони Суд Републике Србије, Рев2 2661/2021 од 15.12.2021. године. Такође, изостанак са рада не може бити оправдан разлог за отказ уговора о раду, ако запослени није био у објективној могућности да благовремено достави потврду изабраног лекара о спречености за рад. Врховни суд Републике Србије, Рев2 3470/2022 од 4.10.2023.

¹⁵³³ Закон о раду Белорусије, чл. 226.

¹⁵³⁴ Y. Kryvoi, „Belarus“, *op. cit.*, 55.

уговора и док је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад, коришћења годишњег одмора или неплаћеног одсуства. Одговор на ово питање је различит у зависности од основа по ком одсуствује са рада. Поступак за измену уговорених услова рада прописан је одредбама чл. 171. до 174. Закона о раду. Наиме, одредбама ових чланова прописано је у којим случајевима све послодавац може запосленом да понуди анекс због измене уговорених услова рада и у којим случајевима одбијања закључења анекса може да му откаже уговор о раду.

Када је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад или коришћења годишњег одмора, могућност да му послодавац достави понуду за закључење анекса уговора експлицитно не прописује али је и не забрањује, из чега се може закључити да за наведено нема сметњи, посебно имајући у виду чињеницу да и запосленом који је привремено спречен за рад у смислу прописа о здравственом осигурању или је на годишњем одмору, може да престане радни однос (ако одбије закључење анекса), јер не ужива посебну заштиту од отказа. Стога, нема сметњи да послодавац понуди анекс уговора запосленом и у тренутку када је одсутан са рада због привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању или за време коришћења годишњег одмора.¹⁵³⁵ Дакле, нема сметњи да запосленом који одсуствује са рада због напред наведених разлога послодавац достави писано обавештење о понуди за закључење анекса уговора, без потребе да чека да се запослени врати на рад, и у том смислу тече рок од осам радних дана од дана пријема понуде за закључење анекса док је запослени одсутан са рада по овим основима.¹⁵³⁶ Када је у питању начин достављања обавештења са понудом за закључење анекса уговора, достава се врши на исти начин као и упозорење и решење о отказу уговора о раду, у складу са одредбом члана 185. а у вези са одредбом члана 193. Закона, којом је прописано да се запосленом у писаном облику доставља решење о остваривању права, обавеза и одговорности, са образложењем и поуком о правном леку, осим у случају понуде за закључење анекса, те да се одредбе члана 185. Закона односе и на поступак достављања ових решења.¹⁵³⁷

У складу са важећом законском регулативом, решење мора да се достави запосленом лично, у просторијама послодавца, односно на адресу пребивалишта или боравишта запосленог, ако послодавац запосленом није могао да достави решење на овај начин, дужан је да о томе сачини писмену белешку и у том случају решење се објављује на огласној табли послодавца и по истеку осам дана од дана објављивања сматра се достављеним.¹⁵³⁸ Како је за достављање других решења послодавца којим се одлучује о правима, обавезама и одговорностима запослених из радног односа прописан исти поступак, изузетак да се то не односи на понуду за закључење анекса, се своди на то да се код анекса уговора о раду не примењује одредба о форми решења којим послодавац одлучује о правима, обавезама и одговорностима запосленог, него се искључиво тиче разлике коју законодавац прави између обавезне садржине решења и обавезне садржине понуде. Због тога се достављање понуде за

¹⁵³⁵ На наведеном ставу стоје и мишљења надлежног министарства које се по овом питању изјашњавало више пута: „Послодавац може да закључивање анекса уговора понуди запосленом и док је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад. Међутим, тек прихватањем понуде у смислу члана 172. Закона може да се закључи анекс уговора са запосленим. Ако запослени одбије понуду послодавац може да му откаже уговор о раду у смислу члана 179. тачка 7) Закона“. Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-843/2005-02 од 29.9.2005. године. „Послодавац може закључивање анекса уговора о раду понудити запосленом и док је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад. Међутим, тек прихватањем понуде, у смислу члана 172. Закона, може да се закључи анекс уговора са запосленим“. Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-602/2010-02 од 9.8.2010. године. „Послодавац може да закључивање анекса уговора понуди запосленом и док је запослени одсутан са рада због привремене спречености за рад у смислу прописа о здравственом осигурању. Ако запослени одбије понуду, послодавац може да му откаже уговор о раду у смислу члана 179. тачка 7) Закона. Према томе, привремена спреченост за рад није сметња за отказ уговора о раду, сагласно члану 179. тачка 7) Закона“. Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-629/2010-02 од 23.9.2010. године.

¹⁵³⁶ С. Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 363.

¹⁵³⁷ *Ibid.*

¹⁵³⁸ Закон о раду, чл. 185. ст. 2. до 4.

измену уговорених услова рада и анекса уговора врши на исти начин као и решење које за предмет има остваривање права, обавеза и одговорности запосленог, посебно што одредбе које уређују поступак закључења тзв. анекса уговора о раду не садрже ближу одредницу о начину достављања овог акта.¹⁵³⁹

Имајући у виду наведено, ове одредбе се односе на достављање свих решења и писмена послодавца, па аналогно и на начин достављања понуде са анексом, а овакав став је заузео и Уставни суд.¹⁵⁴⁰ Када је у питању достављање анекса уговора за време неплаћеног одсуства, ситуација је другачија. Пре свега, за време неплаћеног одсуства запосленом мирују права и обавезе из радног односа, ако за поједина права и обавезе законом, општим актом и уговором о раду није друкчије одређено, како је прописао домаћи законодавац.¹⁵⁴¹ За време мировања радни однос траје, али права и обавезе из радног односа се не остварују све док не престану разлози за мировање. У том смислу, послодавац запосленом може понудити анекс уговора тек након што се запослени врати са неплаћеног одсуства.¹⁵⁴² За време мировања радног односа због неплаћеног одсуства послодавац не може запосленом отказати ни уговор о раду, самим тим би понуда за закључење анекса уговора коју запослени одбије да закључи била без правног дејства.¹⁵⁴³ Имајући у виду наведено, послодавац може да запосленом који је на боловању односно годишњем одмору достави анекс уговора о раду са понудом, на начин прописан одредбама Закона о раду, док достављање ове понуде са анексом уговора о раду и њено потписивање за време неплаћеног одсуства не би имало правно дејство, све док се запослени

¹⁵³⁹ Закон о раду, чл. 172 и чл. 193.

¹⁵⁴⁰ „Уставни суд констатује да се оспорене пресуде другостепеног и ревизијског суда заснивају на јединственом ставу да је тужени послодавац на законом прописан начин извршио достављање понуде за измену уговорених услова рада, те да су се протеклом рока за изјашњење, чији се почетак рачунао након осмог дана од дана објављивања понуде на огласној табли, стекли услови за отказ уговора о раду, сагласно одредби члана 179. тачка 7) Закона о раду. Уставни суд је оценио да се овако дата образложења оспорених пресуда заснивају на уставноправно прихватљивој примени материјалног права. По схватању Уставног суда, тумачењем по аналогији се може извести закључак да се достављање понуде за измену уговорених услова рада врши на исти начин као и решење које за предмет има остваривање права, обавеза и одговорности запосленог, посебно из разлога што норме које регулишу поступак закључења тзв. анекса уговора о раду не садрже ближу одредницу о начину достављања овог акта. Изузетак предвиђен у члану 193. став 1. Закона о раду, да се у случају из члана 172. истог закона не примењује одредба о форми решења којим послодавац одлучује о правима, обавезама и одговорностима запосленог, по оцени Уставног суда односи се искључиво на разлику коју закон прави између обавезне садржине решења и обавезне садржине понуде. Наиме, решење мора садржати образложење и поуку о правном леку, док понуда за измену уговорених услова рада обавезно садржи разлоге за понуду, рок у коме запослени треба да се изјасни о понуди, као и правне последице које могу да настану одбијањем понуде. С тим у вези, понуда за измену уговорених услова рада не садржи образложење и поуку о правном леку, на начин како је то прописано за решења која доноси послодавац. Уставни суд налази да се у односу на достављање понуде за закључење анекса уговора о раду, у свему осталом, сходно примењују одредбе о достављању из члана 185. ст. 2 - 4. Закона о раду. Уставни суд такође констатује да Закон о раду, у својим одредбама, не ограничава послодавца да понуду за измену уговорених услова рада упуту запосленом за време коришћења годишњег одмора, из ког разлога је уставноправна прихватљива констатација редовних судова да је без утицаја на другачију одлуку чињеница да се подносиатељка у време покушаја уручења понуде налазила на годишњем одмору“. Одлука Уставног суда бр. Уж 637/2011 од 31.10.2013. године.

¹⁵⁴¹ Закон о раду, чл. 78. став 2.

¹⁵⁴² „...Првостепени суд губи из вида да за време мировања радни однос траје, али права и обавезе из радног односа се не остварују све док престанком разлога за мировање не постану поново активна“. Решења Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 904/2015 од 23.7.2015. године.

¹⁵⁴³ „...То значи да су за време мировања радног односа права и обавезе из тог односа „ван употребе“ све док не престане разлог за мировањем. У конкретном случају тужилац је био упућен на рад код другог послодавца до 30.6.2010. године, па имајући у виду да је тужени за време мировања радног односа тужиоца код њега, донео решење којим је тужиоцу отказао уговор о раду, то је исто незаконито, тако да је правилно поступио првостепени суд када је наведено решење поништио и обавезао туженог да тужиоца врати на послове и радне задатке који одговарају његовој стручној спреми“. Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1. 2501/2011 од 18.11.2011. године.

не врати на рад код послодавца односно док се поново не активирају његова права и обавезе из радног односа.¹⁵⁴⁴

2.3.3. Премештај због потребе процеса и организације рада

Послодавцу се даје могућност да врши прилагођавања функција радника потребама предузећа у сврхе постизања боље организације рада и производње, као и уштеде трошкова који ће побољшати биланс успеха компаније и њену конкурентску позицију на тржишту. Пословна слобода организације рада и трансформације послова правно је условљена продуктивном функционалношћу.¹⁵⁴⁵ Уставом гарантована слобода предузетништва се у пословном пољу кристалише у овлашћењу које оснажује послодавца да врши реорганизацију мреже радних односа који настају у предузећу зарад постизања боље конкурентности и продуктивности. Може се рећи да је сваки акт управљања од стране послодавца прожет економских мотивима.¹⁵⁴⁶

Импулс флексибилизације довео је до смањења државног интервенционизма и ширења управљачких овлашћења послодаваца. Трансформација послова је, стога, мера која је интегрисана у право привредника да организује, реструктурира, контролише и усмерава пословање. Дакле, флексибилност подразумева могућност прилагођавања послодаваца и запослених новим условима рада, што се огледа у лакшем приступу тржишту рада, бржем кретању радника и променама у природи радног ангажовања (прелазак са стандардног радног односа на нестандартни рад ван радног односа и обрнуто).¹⁵⁴⁷ Према томе, послодавац ствара услове за рад које запослени морају да прихвате због чега се предлаже да се организационе и друге промене врше на основу преговора. У случају одсуства колективног преговарања због недостатка синдикалног организовања код послодавца, флексибилност ће се свести на једнострану вољу послодавца оличену у општим актима, где ће прилагодљивост запослених бити изузетно висока у условима рада скројеним да одговоре интересима послодавца.

Термин „флексибилан рад“ значи рад која је прилагодљив и променљив у погледу услова и организације рада (радно време, организација радних задатака, флексибилност у погледу зараде итд.). Флексибилност схваћена на тај начин оставља простор послодавцима да врше одговарајућа прилагођавања, с тим да се измена уговора о раду може вршити само на бази споразума, упућивањем понуде од стране послодавца у којој се наводе разлози за измену који могу бити економске природе. Економски разлози су разлози који нису инхерентни личности запосленог, као што су специфични разлози везани за менаџмент предузећа, делимично или потпуно затварање предузећа, еволуцију производних техника, реструктурирање, рационализацију пословања итд.¹⁵⁴⁸ У упоредном праву, да би представљала стварни и озбиљан разлог за отказ економске природе, измена уговора о раду не сме бити својствена личности запосленог. Неретко се дешава да је разлика између разлога везаних за личност запосленог и разлога везаних за економску ситуацију послодавца тешко видљива, посебно у случају отказа уговора због професионалне неспособности и у ситуацијама када постоји коегзистенција личног и економског разлога, када је од одлучујуће важности тражити прави и одлучујући узрок, односно онај који преовлађује.¹⁵⁴⁹

¹⁵⁴⁴ Закон о раду, чл. 185 и чл. 193.

¹⁵⁴⁵ M^a Benavente Torres, „Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario“, *Temas Laborales*, бр. 126, 2014, 256

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

¹⁵⁴⁷ Slađana Gligorić, Sanja Škorić, „Flexible forms of work and work engagement“, *LAW - theory and practice*, бр. 4, 2021, 92.

¹⁵⁴⁸ Juan Carlos Álvarez Cortés, Juan José Plaza Angulo, „Crisis empresarial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y protección por desempleo: determinación de la involuntaridad del cese“, *Temas Laborales*, бр. 99, 2009, 336.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, 338.

У француском праву се економски разлози процењују тако што се у првој фази утврђује да ли се одређени отказ може квалификовати као отказ из економских разлога (тзв. квалификовани економски разлог), док се у другој фази испитује да ли је економски узрок „оправдавајући“, тачније, да ли отказ има стваран и озбиљан разлог.¹⁵⁵⁰ Отказ који је резултат одбијања анекса може бити оправдан, ако је понуда настала као резултат економских потешкоћа које послодавац настоји да превазиђе на тај начин. Дакле, рестриктивна дефиниција отказа из економских разлога указује да није довољно да се покаже да је измена уговора неопходна за добро управљање предузећем, већ она мора бити резултат економских потешкоћа, технолошких промена или реорганизације предузећа. Под економском тешкоћом подразумева се да предузеће има претрпљене финансијске губитке, озбиљне потешкоће у новчаном току и приливу средстава, погоршање промета и сл.¹⁵⁵¹ С друге стране, тежња за уштедом трошкова не може бити изједначена са економском тешкоћом предузећа, будући да жеља послодавца да смањи трошкове рада и оствари већи профит, сами по себи, нису ваљани разлози за предлагање измене уговора о раду.

Швајцарски законодавац помиње економски разлог на два места.¹⁵⁵² Прво, када се колективно отпуштање врши у оквиру предузећа у року од 30 дана из разлога који немају везе са личношћу запосленог. Друго, „ако је послодавац отказао радни однос из економских разлога могу се уговорити краћи отказни рокови споразумом, стандардним уговором о раду или колективним уговором о раду“.¹⁵⁵³ Дакле, послодавац не може наметнути запосленом измене елемената уговора о раду због економских потешкоћа, јер је послодавац дужан да сноси ризик посла. Ово је изазвало бројне коментаре међу швајцарским правницима „посебно у ситуацијама када се послодавац позива на овај оправдани разлог како би раскинуо уговор о раду са тренутним дејством“, то јест, без примене отказног рока.¹⁵⁵⁴ С тим у вези, примећује се да је ранија пракса швајцарског Савезног суда прихватала правичан узрок, ако су тешкоће наступиле услед рата или макроекономске кризе.¹⁵⁵⁵ Ипак, релативно новија пракса не прихвата више да једноставне економске тешкоће овлашћују послодавца да одмах откаже уговор о раду.¹⁵⁵⁶ Инхерентни поремећај пословања, као и стечај, не може представљати правичан разлог за раскид уговора са тренутним дејством.

Према ставу 20 Резолуције Пленума Врховног суда Републике Белорусије од 29. марта 2001. године број 2 оправдани производни, организациони или економски разлози могу бити изражени нарочито у рационализацији радних места, структурна реорганизација производње која није погоршала положај запослених, промене у опреми и технологији производње, увођење нових облика организације рада, унапређење послова на основу сертификације.¹⁵⁵⁷ Иако рационализација трошкова има за циљ боље функционисање предузећа, интерес предузећа не постоји када је рационализација трошкова спроведена у предузећу које се није нашло у економским потешкоћама. Отпуштање из економских разлога је предмет француске законске регулативе још од Закона од 3. јануара 1975. године који је притиске конкурентног тржишта наводио као једини разлог који оправдава отказ.¹⁵⁵⁸ У судској пракси је тај разлог разрађена, те се тако захтева значајније смањење активности или промета компаније, а не присуство краткорочне тешкоће која се може брзо превазићи адекватном реакцијом. Отказ који је резултат одбијања запосленог да прихвати измену варијабилне стопе зарада коју је предложио послодавац у жељи да повећа продајни простор, а без навођења да је

¹⁵⁵⁰ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, op. cit., 78.

¹⁵⁵¹ L. Reyes Mendoza, *Derecho Laboral*, op. cit., 112.

¹⁵⁵² K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit, 244.

¹⁵⁵³ Нав. према: R. Rideout, *Rideout's Principles of Labour Law*, op. cit., 59.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵⁵ Bruno Veneziani, "Formation, Modification and Termination of Employment Contracts", op. cit., 81.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁵⁷ Y. Kryvoi, „Belarus“, op. cit., 55.

¹⁵⁵⁸ P. Lokiec, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, op. cit., 78.

реорганизација настала услед економских потешкоћа или технолошких промена или да је била од суштинског значаја за очување конкурентности предузећа, нема ваљани основ.¹⁵⁵⁹

У украјинском праву, послодавац може у изузетним случајевима да измени услове уговора о раду, попут радне функције и висине зараде запосленог, када се те измене спроводе у вези са променама у организацији производње и рада.¹⁵⁶⁰ Анализирајући листу услова уговора о раду које је послодавцу дозвољено да мења долази се до закључка да наведени услови могу истовремено бити битни услови уговора о раду и последично, ти услови се могу мењати само споразумом уговорних страна. Ипак, као што се примећује из наведеног, послодавац је обдарен правом да изврши једнострану промену услова уговора о раду.¹⁵⁶¹ Да би се отклониле негативне стране овог традиционалног решења украјинског права, предлага се као опција отпуштање запосленог у случају одбијања да настави да ради под условима који су у значајној мери промењени, ако промене претпостављају смањење броја запослених или реорганизацију кадровске структуре. Следствено томе, поједини украјински аутори наводе да слобода предузетништва мора бити ограничена потребом за друштвено одговорним понашањем и пословањем.¹⁵⁶²

Српски законодавац предвиђа да послодавац може да понуди запосленом закључење анекса због потребе процеса и организације рада, с тим да законом нису индуковани разлози који би оправдавали понуду. У пракси су послодавци често користили начелну формулацију како би оправдали измене што се косило са дугогодишњом праксом која је ишла у супротном смеру, са јасним указивањем да је послодавац дужан да конкретизује разлоге који ближе одређују „потребу процеса и организације рада.“¹⁵⁶³ Истовремено, ни аутономним изворима радног права на националном и гранском нивоу ова регулатива није била својствена. Изузетак је био Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије, у којем је прописано да за време трајања радног односа, запослени може бити премештен да обавља све послове који одговарају врсти и степену стручне спреме за које је засновао радни однос, ако то захтевају потребе процеса и организације рада, и то у једном од следећих случајева: када је у процесу рада потребно успешније и ефикасније обављање одређених послова; 2. ради потпунијег коришћења стручне спреме, односно радне способности запослених; 3. када привремено или трајно престане потреба за радом запосленог на одређеном пословима; 4. када се трајније смањи обим рада на одређеним пословима на којима има више извршилаца; 5. када дође до промене у организацији и технологији рада; 6. када се отворе нови послови у процесу рада; 7. када запослени то захтева, ако се тиме задовољавају потребе процеса рада и 8. због замене одсутног запосленог.¹⁵⁶⁴

Због тога, идентификација оправданих разлога премештаја прешла је у сферу правне теорије и судске праксе, које су дефинисале две основне категорије разлога: објективне и субјективне.¹⁵⁶⁵ На формирање ставова судске праксе у погледу квалификације потреба процеса рада, као услова премештаја по важећем Закону о раду, неумитно су утицала ранија законска решења и судске одлуке, будући да је овај услов премештаја, како је претходно разматрано, егзистирао и у радном законодавству из периода самоуправног социјализма.¹⁵⁶⁶ У удруженом раду се распоређивање радника вршило услед захтева процеса рада и потребе

¹⁵⁵⁹ Chambre sociale 28 mai 2019, BICC n°911 du 15 novembre 2019.

¹⁵⁶⁰ B. Veneziani, “Formation, Modification and Termination of Employment Contracts”, *op. cit.*, 81

¹⁵⁶¹ *Ibid.*

¹⁵⁶² Y. Kryvoi, „Belarus“, *op. cit.*, 55.

¹⁵⁶³ S. Gligorić, S. Škorić, „Flexible forms of work and work engagement“, *op. cit.*, 93. Парафразирање законских одредби без јасно опредељеног разлога који оправдава анекс чини отказ уговора о раду незаконитим. Врховни суд Републике Србије, Рев2 4118/2022. од 12.7.2023. године.

¹⁵⁶⁴ Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије, *Службени гласник РС*, бр. 11/11, 50/11, чл. 13 ст. 2.

¹⁵⁶⁵ С. Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 363.

¹⁵⁶⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 51.

радика да ради на пословима и задацима за које је удружио рад. Основни услов, у том погледу прописан, био је да се запослени може преместити на други посао због потреба процеса рада која се не могу на други начин обезбедити.¹⁵⁶⁷ До распоређивања радника у процесу рада је долазило када је то било потребно ради нормалног и оптималног одвијања процеса рада уз обезбеђивање одговарајућих права радника. Осим тога, наглашавана је потреба за избалансираним приступом у материји премештаја радника где ће се заштити радници, али не на уштрб уважавања потреба организације рада за адекватним прилагођавањем процеса рада.

Објективним разлозима сматрају се нарочито: 1) промена акта о организацији и систематизацији послова, којом се уводе нови, односно укидају стари послови, односно спроводе статусне или организационе промене,¹⁵⁶⁸ 2) попуњавање упражњених послова интерним трансферима уместо екстерним запошљавањем, 3) промене у организовању процеса рада, које се састоје превасходно у применама мера за унапређење технологије рада и других поступака, отклањања узрока застоја у раду и увођења мера за боље функционисање делова система рада,¹⁵⁶⁹ као и 4) повећање, односно смањење обима посла. Субјективним разлозима сматрају се нарочито: 1) напредовање запослених у каријери,¹⁵⁷⁰ 2) отклањање лоших односа међу запосленима,¹⁵⁷¹ 3) размештај запослени зависно од њихових способности, као и 4) премештај запосленог због несавесног рада, односно пропуста у раду на претходним пословима.¹⁵⁷² Притом, треба имати у виду да категоризација на објективне и субјективне разлоге није строга, као и да сваки субјективни разлог има и објективни аспект, а то је интерес процеса и организације рада. Поред тога, наведени разлози су у јуриспруденцији начелно препознати као легитимни, што значи да суд у сваком појединачном случају утврђује ваљаност разлога понуде на основу свеукупних околности конкретног случаја.

Закон о удруженом раду је такође наводио разлоге који морају произилазити из потреба процеса рада, а који се односе на: проширење или смањење обима рада, утврђивање нових послова и задатака или престанак потребе да се обављају одређени задаци и послови, увођење нових технологија и организације рада, у случају изненадног квара или нестанка сировина, застоја у раду, замене одсутног радника и сл.¹⁵⁷³ У сваком случају, да би било који од разлога у функцији потребе процеса и организације рада био законит неопходно је било да тај разлог производи стварну, а не претпостављену потребу рада.¹⁵⁷⁴ Неопходно је реално постојање потреба процеса рада који је утврђен законом или самоуправним општим актом. Испуњеност услова се није могла претпостављати мада се то чинило у пракси, већ је морао бити утврђен исто као што се испуњеност услова у погледу стручне спреме запосленог оцењивао понаособ. Коначно, поред постојања легитимних и стварних разлога, мотив понуде не сме бити шиканирање запосленог. Наиме, судови су у својим одлукама заузимали став да је неопходно испитати присуство ових разлога, те ако се они утврде, премештај је незаконит, без обзира на

¹⁵⁶⁷ Т. Поповић, *Радно право*, *op. cit.*, 53.

¹⁵⁶⁸ Из угла судске праксе, промена акта о организацији и систематизацији није *per se* разлог за премештај, већ мора произвести стварне промене у организацији рада и структури послодавца, како би могла бити разлог законите понуде за премештај. Одлука суда Удруженог рада Србије, бр. 3705/84.

¹⁵⁶⁹ Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж1. 2131/2011 од 4.11.2011. године; Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж1, 2852/2010 од 4.2.2011. године; одлука суда Удруженог рада Војводине, Сж. 1331/87.

¹⁵⁷⁰ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 250.

¹⁵⁷¹ У погледу нарушене радне атмосфере и дисконтинуитета у међусобним односима радника наилазимо на другачије схватање судова. Тако по једном гледишту због „личних околности“ које се емитују на плану међуљудских односа и сарадње не може бити вршен премештај. Одлука бр. У-13/70 од 5.10.1970. године. Десетак година касније суд одступа од наведеног, на начин да се сукоб и немогућност сарадње у нешто другачијој формулацији користе као оправдани разлози за премештај. „Потреба да се отклоне поремећени односи у основној организацији може бити разлог за распоређивање на друге послове, без обзира на кривицу за настали догађај“. Одлука Суда удруженог рада Србије бр. 1904/81.

¹⁵⁷² Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 9107/82; Одлука Округног суда у Београду, Гж. 1136/2000.

¹⁵⁷³ Закон о удруженом раду (1976), чл. 177 и чл. 213.

¹⁵⁷⁴ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 164.

то што је заснован на легитимним субјективним и/или објективним разлозима и формално оправдан потребама процеса и организације рада.¹⁵⁷⁵

2.4. Услови за премештај на други одговарајући посао

2.4.1. Одговарајући посао у погледу стручности запосленог

Заснивање радног односа има вишеструки значај, како за запосленог и послодавца, тако и за друштво у целини. Он омогућава запосленом да себи и члановима своје породице обезбеди материјалну и социјалну сигурност, а послодавцу да обезбеди људске ресурсе са потребним знањима, вештинама, способностима и другим потенцијалима за обављање послова из његове делатности.¹⁵⁷⁶ Приликом разматрања значаја посла, као елемента уговорног односа и практичне импликације у примени, треба имати у виду да у редовним околностима, запослени заснива радни однос не с обзиром на послодавца, његову тржишну репутацију, финансијску инфраструктуру и услове рада које нуди. У светлу тога, запослени не исказује спремност да обавља све или било које послове код послодавца, већ тачно одређен посао за који не само да има потребне квалификације, већ и посебна каријерна интересовања.¹⁵⁷⁷ Сходно томе, упутства послодавца која се односе на вршење задатака који нису у домену квалификација запосленог су „квантитативно недопустива“ (*quantitative unzulässig*), јер прелазе границе добре вере.¹⁵⁷⁸ Начелно, под одговарајућом стручном спремом сматра се школска спрема одређене струке која је иначе утврђена и правилником о систематизацији радних места код послодавца.

Ако је на основу јасне и изричите клаузуле предвиђено да запослени ради на одређеним пословима, послодавац нема право да намеће друге послове. Насупрот томе, ако је активност запосленог одређена уговором о раду на релативно широк начин, запослени може очекивати да ће бити распоређен на различите позиције у складу са захтевима организације посла. Несумњиво је да у већини случајева премештај на друге послове, вертикално навише, конвенира очекивањима и амбицијама запосленог и редовно се очекује, а да премештај вертикално наниже може имати низ негативних импликација и представља негативну појаву, због чега је неопходно да премештај буде условљен престанком запосленог на промену одређеног елемента уговора о раду.¹⁵⁷⁹ Но, у контексту премештаја на други посао није важна утврђена хијерархија послова код послодавца, тако да запослени може бити премештен како на послове вишег, тако и на послове нижег ранга, под условом да има стручну спрему потребну

¹⁵⁷⁵ Одлука Врховног суда Србије, Рев. 3896/93. Нав. према: Д. Симоновић, *Радноправна читанка – књига права*, *op. cit.*, 550.

¹⁵⁷⁶ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 164.

¹⁵⁷⁷ У хрватском праву, пре увођења института отказа са понудом измењеног уговора о раду, послодавац је могао да распореди запосленог на било који слободан посао у предузећу, ако је тај посао компатибилан са његовим степеном стручне спреме, способностима и професионалним интересовањима. Andrijana Bilić, *Radno pravo*, Impresum, Zagreb, 2021, 19.

¹⁵⁷⁸ W. Däubler, *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis and Studium*, *op. cit.*, 285. Штавише, таква поступања послодавца се могу окарактерисати као злостављање на раду, имајући у виду сложеност послова и услова потребних за рад на њима. Отуда је у страној судској одлуци поступање послодавца окарактерисано као незаконито понашање када је квалификованом електричару наложио да прекине са активностима на терену и да почне да мери комадиће жице, пребројава и сортира завртње у складишту у којем није било ниједно грејно тело. Изречена му је једнодневна дисциплинска мера, те је малтретирање довело до тога да је запослени постао депресиван. Инспекторат за рад је констатовао кршење правила о безбедности и здравља на раду, а у судском поступку је утврђено да су услови рада супротни достојанству запосленог и представљају типичан пример психичког узнемиравања на раду. Paul Bouaziz, „Harcelement moral dans les relation de travail. Essai d’approche juridique”, *Droit ouvrier*, mai 2000, 201.

¹⁵⁷⁹ У домаћој судској пракси се среће пример премештаја квалификованог радника на неквалификоване послове који је означан као својеврсни мобинг на раду. Наиме, запослена је одбила закључење анекса уговора о раду који је предвиђао обављање простих задатака који не одговарају њеној радној способности. М. Поповић, *Престанак радног односа – општи режим*, *op. cit.*, 72.

за рад на тим пословима. Стога, послодавац може запосленом да понуди анекс ради премештаја на други посао само ако је тај посао одговарајући.¹⁵⁸⁰

Притом, једине одреднице које је српски законодавац поставио као репер за квалификовање другог посла као одговарајућег су врста и степен стручне спреме, по терминологији Закона о раду или степен квалификација по новој терминологији Закона о националном оквиру квалификација.¹⁵⁸¹ Ипак, ваља приметити да није реч о стручној спреми коју запослени објективно поседује, већ је у питању услов који се за потребе законитости премештаја сагледава кроз лупу стручне спреме прописане за тај посао. Другим речима, реално стање ствари у погледу стручне спреме није од значаја колико чињеница да запослени испуњава услове за рад на пословима који су предмет понуде. Дакле, полази се од тога да нису битне квалификације које запослени заиста има, већ оне за које се сагласио да их поседује за потребе вршења одређеног посла код послодавца.

Отуда, квалификације у оквиру којих је запослени развио код послодавца своја професионална знања и искуства су једино што обавезује послодавца током трајања уговора о раду у смислу да послодавац није дужан да понуду запосленом премештај на други посао који одговара реалном степену и врсти стручне спреме, без обзира на то да ли је стручна квалификација постојала у тренутку закључења уговора о раду или је касније стечена специјалном обуком, школовањем, праксом или на други начин.¹⁵⁸² Но, запослени може у случају унапређења радних способности да упути понуду послодавцу за премештај на други посао, без обзира на то да ли је професионални развој уследио као последица специјализације или обуке организоване код послодавца. Наиме, обука радника, као превентивна мера, предвиђена је као посебна обавеза послодавца и то за конкретизовано радно место, односно посао који радник обавља.¹⁵⁸³ Обука радника је обавезна пре почетка рада, при премештају радника или промени посла, при увођењу нове опреме или замене постојеће и при увођењу нове технологије.

Када је реч о премештају на други посао, црногорски законодавац, такође, користи формулацију да то мора бити „други одговарајући посао“, иако није изричито наведено да посао мора одговарати радним способностима запосленог то се, ипак, подразумева.¹⁵⁸⁴ Тако, на радним местима с посебним условима рада уговор о раду се може закључити само са запосленима који испуњавају посебне здравствене услове за рад на овим местима, те се ни анексом уговора о раду не може предвидети другачије решење. Но, ако се вратимо на чињеницу да се одговарајућим послом сматра посао за чије се обављање захтева иста врста и степен стручне спреме који су утврђени уговором о раду, што је експлицитно прописано Законом о раду Републике Србије постаје упитно колико је такво решење правично и целисходно и да ли се тиме ограничавају запослени у могућности свог професионалног напредовања и *a priori* демотивишу да инвестирају у своје образовање и професионално усавршавање?¹⁵⁸⁵ Приликом разматрања овог питања неопходно је сагледати могуће импликације аутоматског повезивања реалне стручне спреме запосленог и посла за који се захтевају те квалификације из угла оба субјекта радног односа. Из угла послодавца, такво решење није погодно, јер ствара обавезу да послодавац приликом измене уговора о раду понуди запосленом одређене послове који се формално преклапају са његовим образовним и стручним квалификацијама, а које запослени својим реалним знањима и способностима није подобан да квалитетно обавља.

¹⁵⁸⁰ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, *оп. cit.*, 78.

¹⁵⁸¹ Закон о националном оквиру квалификација Републике Србије, *Сл. Гласник РС*, бр. 27/2018, 6/2020, 129/2021 и 76/2023.

¹⁵⁸² А. Bilić, *Radno pravo*, *op. cit.*, 78.

¹⁵⁸³ *Ibid.*

¹⁵⁸⁴ Весна Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, *op. cit.*, 149.

¹⁵⁸⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 50.

Узмимо једноставан пример дипломираног правника који се запослио у банци на послу сарадника за банкарске кредите или сарадника за рад са становништвом за које је захтевано поседовање дипломе средње школе или гимназије. Реч је о томе да запослени који ради годинама на тим пословима у филијали банке која редовно пружа те услуге стиче одређене вештине, знања и искуства за рад на тим пословима. То значи да ако се у банци, након одређеног периода, отвори нова позиција или упразни посао за које је потребно високо образовање правне струке (нпр. специјалиста за нормативне акте у сектору за правне послове, менаџер за људске ресурсе), али и стручна експертиза коју службеник после неколико година рада ван струке, ако је икада и поседовао, више не поседује, будући да се практично али и теоријско знање претоклом времена, по природи ствари губи.¹⁵⁸⁶ Обрнуто постављено, запослени који се са четвртим степеном стручне спреме запослио на пословима референта у служби рачуноводства код послодаваца где се управо тај степен стручне спреме тражи, самоиницијативно, током трајања радног односа заврши економски факултет и упути захтев да га послодавац унапреди сходно стеченом степену стручне спреме, али послодавац нема упражњене послове или сматра адекватнијим да на тим пословима запосли некога са релевантнијим искуством или већ изграђеном репутацијом у одређеном пословном окружењу. Из тога се јасно види да би за профитабилност и слободу предузетништва било штетно захтевати да послодавац по инерцији обезбеди послове који формално одговарају реалном степену стручне спреме запосленог која није узета у обзир приликом закључења уговор о раду (осим, можда као чињенична констатација ирелевантна за заснивање радног односа).¹⁵⁸⁷

Осим тога, то би било штетно и за запослене јер би послодавци због бојазни од аутоматизма, одбијали да уговор о раду закључују са кандидатима за запослење који већ поседују високу стручну спрему или би пак опструирали покушаје запослених да се током радног односа дошколују или унапреде своје вештине додатном обуком.¹⁵⁸⁸ Анализирајући ово са аспекта запосленог, не може се извести недвосмислен закључак о предности императивног нуђења послова који одговарају степену стручне спреме, ако се запослени, након вишедеценијског рада на пословима који нису ускостручни, осећа нелагодно да преузме послове који имају виши ниво сложености, и последично, повлаче већу одговорност. Такође, можда због својих породичних обавеза запослени не жели да преузме обавезе које повлачи рад на захтевнијим пословима, који истовремено претпостављају већу ангажованост и мањак слободног времена.¹⁵⁸⁹

То значи да је постојеће законске решење најоперативније у организацији рада, али је свакако преуско. Као што се може видети из хипотетичких примера, формални степен и врста образовања не могу увек чинити запосленог компетентним за обављање одређеног посла, већ су за то потребна и нека друга знања и способности, као што су, на пример, године радног искуства на одређеним пословима, добро познавање страних језика, напредно коришћење различитих компјутерских програма и алата, поседовање стручних лиценци и сертификата. Штавише, Закон о раду императивно прописује да се правилником о раду, поред врсте и степена захтеване стручне спреме утврђују и други услови за рад на конкретним пословима.¹⁵⁹⁰ Насупрот томе, када прописује обавезну садржину уговора о раду, законодавац елиминише наведену флоскулу „и други услови за рад,“ те као обавезне елементе третира искључиво врсту и степен стручне спреме, а на истоветан начин поступа и када прописује услове за премештај, ограничавајући појам одговарајућег посла само на истоветности врсте и степена стручне спреме.¹⁵⁹¹ Овакво законско решење је дефинитивно неадекватно и није у духу радноправних норми, уз то што у пракси ствара потешкоће, јер ставља запосленог у нелагодну позицију да

¹⁵⁸⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 53.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ W. Däubler, *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis and Studium*, *op. cit.*, 286.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*

¹⁵⁹⁰ Закон о раду, чл. 3.

¹⁵⁹¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 53.

буде обавезан, под претњом отказа, да ради послове за које је формално, али не и суштински компетентан.¹⁵⁹² Груб, али врло сликовит је пример у коме дипломирани економиста запослен код послодавца у сектору спољне трговине, који говори енглески језик, треба да буде из одређених, оправданих разлога, премештен на послове са истим степеном и врстом стручне спреме, за које је, међутим, због сарадње са специфичним иностраним партнером потребно знање другог језика, на пример, немачког језика, што је утврђено правилником о организацији и систематизацији, а који запослени не говори.¹⁵⁹³ У наведеном примеру, запослени нема потребне квалификације за обављање посла који је предмет премештаја. Из угла законске регулативе посао је у потпуности одговарајући, будући да страни језик не спада у домен степена, а ни врсте стручне спреме дипломираног економисте, што значи да су се стекли законски услови за премештај и формалноправно послодавац је дужан да тај посао понуди запосленом, а запослени је дужан да прихвати, под претњом отказа.¹⁵⁹⁴ Овај пример наизглед баналан пример јасно показује преускост и следствену неодрживост законског решења у пракси.

Стога је судска пракса, у складу са раније важећим законским решењима која су узимала у обзир не само стручну спрему, већ и конкретна знања и способности запосленог, заузела став да приликом оцене одговарајућег посла није довољно посматрати одговарајући посао само са аспекта стручне спреме запосленог, већ да је неопходно утврдити да ли запослени располаже потребним знањем и способностима за обављање понуђених послова. Отуда се указује да је незаконито распоређивање на послове који су одговарајући у погледу стручне спреме и радног искуства, уколико се из описа нових послова види да је за рад на њему неопходно стручно знање које у оквиру своје стручне спреме запослени не поседује.¹⁵⁹⁵ Како судска пракса у правном систему Србије иако индикативна, није извор права, неопходно је да законодавац изврши потребно додатно прецизирање, односно продубљивање појма одговарајућег посла, будући да одсуство ове регулативе ствара правну несигурност. Апстрахујући за моменат претходну дискусију у погледу недовољне прецизности одређивања појма одговарајућег посла, потпуно је јасно да послодавац не може понудити запосленом послове који се по захтеваном степену и врсти стручне спреме разликују од послова које запослени обавља на основу уговора о раду.¹⁵⁹⁶ Супротно, у периоду самоуправног социјализма постојала је могућност да се општим актом одреде случајеви и услови под којима је радник обавезан да ради на пословима и задацима који не одговарају стручној и радној способности радника, најдуже у трајању до 60 дана без пристанака, а уз дат пристанак и дуже од тог периода.¹⁵⁹⁷ Према садашњем решењу то није случај, будући да се и привремени премештај врши на одговарајуће послове, додуше, без прописивања листе околности у којима до тога може доћи (нпр. обављање послова за време ремонта или кvara, хитна замена одсутног радника) најдуже 45 радних дана у периоду од 12 месеци.¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹² С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 249.

¹⁵⁹³ *Ibid.*

¹⁵⁹⁴ С. Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 361.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, 362.

¹⁵⁹⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 53.

¹⁵⁹⁷ В. Брајић, *Радно право: Радни односи, други односи рада и социјално осигурање, законско и самоуправно уређивање*, *op. cit.*, 285.

¹⁵⁹⁸ Закон о раду, чл. 172а. Поређења ради, у посебном режиму радних односа државни службеник је дужан да прихвати привремени премештај на пословима који нису у опису његовог радног места, ако испуњава законске услове за рад на тим пословима. То се чини писменим налогом претпостављеног у две ситуације: када је привремено повећан обим посла и када је потребно извршити замену због одсуства са рада другог службеника или ако на том положају тренутно не ради нико, јер је, примера ради, претходни службеник разрешен. Премештај је временски лимитран на период од највише 30 радних дана, с тим да је потребно да се у налогу изричито наведе врста послова и њихово трајање како би премештај био допуштен. Исто тако, када наступе непредвидиве околности (виша сила, елементарне непогоде и сл.) службеник је дужан да ради на нижем радном месту, уз задржавање претходне плате и других погодности. Остаје отворено шта се подразумева под непредвидивим околностима, због чега се критикује законска регулатива као непотпуна, јер оставља простор за злоупотребе и

У руском праву, послодавац је дужан да запосленом чије је радно место угашено понуди како послове који одговарају његовим квалификацијама, тако и послове које може да обавља узимајући у обзир постојеће образовање, практичне вештине и искуство. Резолуција Пленума Врховног суда Руске Федерације од 17. марта 2004. године број 2 садржи важно појашњење у вези са применом Законика о раду Руске Федерације.¹⁵⁹⁹ У случају редукције послова и применом уставног принципа једнакости, послодавац је дужан да запосленом понуди посао (слободно радно место) у истој организацији које одговара његовом стеченом нивоу образовања или друго упражњено ниже радно место или мање плаћено, које је доступно у организацији, а које запослени може да обавља на основу радног искуства које поседује и узимајући у обзир његово здравствено стање. Посебна правила су посвећена премештајима у складу са медицинским индикацијама и налозима, а у сврху обезбеђења здравствене заштите радника, када је послодавац дужан да на основу лекарског извештаја о здравственом стању радника прилагоди послове или премести запосленог на други посао ако је то могуће или у супротном откаже уговор о раду.¹⁶⁰⁰

2.4.2. Проблематика појма одговарајућег посла

Сврха права давања радних налога је да се послодавцу омогући распоређивање запосленог у складу са променљивим оперативним захтевима. Без таквог права не би било могуће уредно пословање које контролише послодавац. Остваривање права на издавање радних налога прецизира радну обавезу запосленог на правно обавезујући начин што значи да запослени мора да се придржава упутства која му даје послодавац.¹⁶⁰¹ У великим компанијама, право давања инструкција се обично делегира од врха до дна, тако да запослени добијају конкретна упутства за рад од својих непосредно претпостављених. Према немачком Трговинском закону, послодавац може садржај, место и време рада детаљније утврдити по разумном нахођењу, осим ако ови услови рада нису предвиђени уговором о раду, важећим колективним уговором или законским прописима.¹⁶⁰² Послодавац мора да користи своје дискреционо право правично што значи да он мора на одговарајући начин водити рачуна о интересима запосленог када користи своје право да даје упутства. Да бисмо боље разјаснили узмемо хипотетичку ситуацију да је уговором о раду са непуним радним временом прописано да запослени ради 20 сати недељно од понедељка до среде. На конкретном примеру то би значило да у случају да је недељни радни дан утврђен уговором о раду послодавац не може издати инструкције да запослени дође на посао у четвртак или петак, а ако то учини, одбијање запосленог да ради тим данима не би било противправно. Наравно, радни задаци се могу прецизирати упутствима послодавца, иако су посебно наведени у уговору о раду. Међутим, што је детаљнији опис послова у уговору о раду, то је мањи простор за дискреционо право послодавца да усмерава запосленог у раду.

Примера ради, у тејлористичком систему послодавац прецизира садржај посла листом задатака коју требе запослени да обавља, док се у постфордистичком систему користи општа формулација, која је махом усмерена на циљеве који се требају постићи. У потоњем случају, послодавци преферирају индивидуалну интервенцију и међусобно прилагођавање у односу на

различита тумачења од стране претпостављеног. Александра Илић Петковић, *Правни положај државних службеника у условима реформе државне управе у републици Србији, са посебним освртом на органе у области заштите животне средине*, докторска дисертација (необјављена), Мегатренд Универзитет Факултет за право, јавну управу и безбедност, Београд, 2014, 58-59.

¹⁵⁹⁹ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, ор. cit., 78.

¹⁶⁰⁰ Ibid.

¹⁶⁰¹ David Marsden, *A Theory of Employment Systems: micro-foundations of societal diversity*, Oxford University Press, Oxford, 1999, 119.

¹⁶⁰² Немачки Трговински законик (*Handelsgesetzbuch*), чл. 106.

поштовање упутстава и хијерархијску контролу.¹⁶⁰³ С друге стране, у модернијим радним окружењима се користи успостављена веза субординације за одређивање обима послова које послодавац може захтевати од запосленог. Тачније, што су обавезе запосленог ближе дефинисане уговором о раду, то је мање простора за једнострано прецизирање од стране послодавца.¹⁶⁰⁴

Ако индивидуални уговор о раду предвиђа посвећеност запосленог извршавању конкретних послова, послодавац, у начелу, нема право да намеће раднику друге послове или да га деградира. Изузетак је предвиђен у изузетним околностима када послодавац може распоредити запосленог на други посао (и нижег ранга), али само на одређено време и када је то у интересу предузећа. У супротном, потребно је утврдити да ли послодавац има право, у складу са начелом добре вере, да захтева од запосленог да се повинује таквој директиви, у складу са својом дужности лојалности послодавцу.¹⁶⁰⁵ Послодавац је, у начелу, слободан да своје запослени распореди на позиције и додели им радне функције које сматра најделотворнијим за најбоље функционисање предузећа и најбољи радни учинак. С друге стране, када је уговором о раду предвиђено на општи начин шта је радна функција запосленог, без прецизирања задатака који запослени треба да извршава, запослени не може одбити промену положај запосленог ако то спада у оквир његових квалификација.

Ако је уговором о раду прецизирано да ће радник бити запослен као „шеф одељења продаје“ или „менаџер филијале“, не може по упутству послодавца да буде премештен на друго интерно радно место. У таквим случајевима, уколико послодавац жели да промени садржај посла, мора инсистирати на промени уговора односно обавестити запосленог о намеравању промени, те доставити анекса на потпис.¹⁶⁰⁶ Уговори о раду често садрже одредбу да послодавац има право да запосленом додели друге еквивалентне послове или да га распореди на други еквивалентан посао. Са оваквим клаузулама уговора о раду, послодавац задржава право да запосленом додели друге (еквивалентне) послове поред главног задатка, задирући чак и у другу област рада. Према решењу руског права премештај је карактерисан као „додељивање запосленом посла који не одговара његовој специјалности или области рада“, уз назнаку да је реч о измени битних елемената уговора о раду.¹⁶⁰⁷

Ради бољег разумевања, поменућемо појединости још једног немачког случаја премештаја радника у другу оперативну јединицу предузећа за малопродају текстила које је у бранши Ф запошљавало 40 запослених, од којих је већина радила пола радног времена. Огранак Ф је био подељен на три области и структуриран „мушко одељење“, „дечје одељење“ и „женска одећа“. Филијалом је руководио управник експозитуре, док је помоћник подружнице био одговоран за излагање робе и припрему планова дежурства и одмора. Репрезентација производа и радни процеси су били готово исти за сва три одељења, с тим да су запослени били премештани из једног у друго одељење око десет до петнаест пута годишње, у трајању дужем од месец дана. Послодавац је све до 2005. године тражио сагласност радничког савета за премештај радника у друга одељења, да би те године планирао премештај двоје запослених са дечијег одељења у одељење за женску одећу и обратно и о томе само обавестио раднички савет, без молбе за давање пристанка на премештај, иако је премештај био осмишљен да траје на неодређено време. Послодавац је износио аргумент да у огранку Ф предузећа нема организационо независних области са самосталном кадровском структуром и да премештање запослених са једног спрата (огранка) на други није задатак другог радног подручја будући да је реч о радним подручјима који су повезани. Област рада, поред локације

¹⁶⁰³ Peter Chandler, *An a-z of employment law: a complete reference source for managers*, Fourth edition, Peter Chandler, London, 1997, 366.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*

¹⁶⁰⁵ W. Däubler, *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium*, op. cit., 287.

¹⁶⁰⁶ J. Jüttner, *Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung*, op. cit., 197.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*

рада, обухвата и врсту делатности и дато место у организацији предузећа.¹⁶⁰⁸ Тачније, нова делатност може проистећи из промене садржаја радних задатака и одговорности у вези са њима,¹⁶⁰⁹ промене врсте делатности и начина како се радни задатак треба извршити, те може укључивати промену положаја и место у организацији предузећа распоређивањем запосленог у другу оперативну јединицу.¹⁶¹⁰ У овом предмету је поновљено неколико закључака до којих је дошла немачка судска пракса, те тако „место рада није одређено просторним положајем радног места у оквиру зграде предузећа и просторије у целини, већ преко оперативног седишта предузећа“,¹⁶¹¹ а у конкретном случају запослени настављају да раде у истој згради као и раније.¹⁶¹² Њихови задаци остају непромењени, у смислу да пружају купцима у вези са продајом текстила потребну практичну помоћ, као што је поспремање и представљање робе, при чему се ни начин на који се радни задаци врше такође не разликује, будући да се исти концепт продаје примењује у свим одељењима (углавном самоуслуживање купаца). Стога, важно је оценити да ли промена спрата (одељења) доводи до промене места рада у другу оперативну јединицу. Пракса Савезног радног суда инсистира да премештај који захтева учешће радничког савета постоји ако промена утиче на организационо окружење, у смислу да запослени мора да ради са новим колегама без обзира на природу радних задатака које обавља.¹⁶¹³

У науци немачког радног права се, такође, покушава дефинисати појам премештаја, али међу ауторима нема консензуса.¹⁶¹⁴ У савременој литератури уобичајене су дефиниције према којима је премештај промена природе (радне функције или услова у погледу врсте посла) и места рада утврђених уговором о раду.¹⁶¹⁵ Назив је начин екстерног изражавања садржаја радне функције, при чему радно место запосленог може бити преименовано, али се сам садржај радне функције (опсег права, дужности, одговорности) неће променити.¹⁶¹⁶ Технички опис активности запосленог обухвата само послове који спадају у уобичајени профил посла, те тако послодавац може бити премештен из једног одељења у друго, ако се његова делатност додатно не прецизира, као и радник у производњи који може бити премештен у одељење за поправку у зависности од својих вештина, али квалификовани радник не може бити премештен на баштованске послове.¹⁶¹⁷ Такође, могућ је премештај са руководећег на извршилачку позицију, ако се за оба посла захтевају иста врста и степен стручне спреме. Тако, ако дипломирани радник заснује радни однос како би био на челу одређене организационе јединице (на пример, шеф службе за људске ресурсе), послодавац може касније да га премести на посао за који се такође захтева висока стручна спрема правне струке, без обзира да ли је то ново радно место руководеће и без обзира на то да ли је зарада нижа или не.¹⁶¹⁸

Када је реч о пословима са повећаним ризиком, треба указати на неколико чињеница. Радни однос за обављање послова са повећаним ризиком може трајати све док запослени који га је засновао испуњава посебне услове за рад на тим пословима. Уколико се утврди да је дошло до губитка способности за обављање ових послова, тада послодавац запосленом треба

¹⁶⁰⁸ BAG 10. April 1984 - 1 ABR 67/82 - AP BetrVG 1972 § 95 Nr. 4 = EzA BetrVG 1972 § 95 Nr. 8.

¹⁶⁰⁹ BAG 26. Oktober 2004 - 1 ABR 45/03 - BAGE 112, 251.

¹⁶¹⁰ BAG 10. April 1984 - 1 ABR 67/82.

¹⁶¹¹ BAG 27. Juni 2006 - 1 ABR 35/05 - Rn. 13, BAGE 118, 314.

¹⁶¹² J. Jüttner, *Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung*, *op. cit.*, 197.

¹⁶¹³ F. X. Wallner, *Die Änderungskündigung*, *op. cit.*, 200.

¹⁶¹⁴ R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, *op. cit.*, 340.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*

¹⁶¹⁶ „Сви послови, сви занати и све вештине су у добитку завођењем принципа поделе рада. Јер, сваки човек не ради све послове и по свом начину рада прилично се међусобно разликују, па свако мора да се ограничи на одређени посао, како би га обављао са највећом савршеношћу и са знатном лакоћом. Где се послови не одвијају на тај начин и нису расподељени, где је свако многоструки вештак, ту се занати још налазе у највећем варварству“. Именуел Кант, *Заснивање метафизике морала*, Дерета, Београд, 2008, 7.

¹⁶¹⁷ F. X. Wallner, *Die Änderungskündigung*, *op. cit.*, 168.

¹⁶¹⁸ Гордана Миловић, „Услови за закључивање уговора о раду у радном законодавству Републике Српске“, *Годишњак Правног факултета*, год. V, бр. 1, 2014, 109.

да обезбеди други посао, јер запослени не може да ради досадашњи посао. Неиспуњавањем услова за рад на радном месту са повећаним ризиком не може бити разлог за отказ уговора о раду. Суштина промене радног места мотивисана је заштитом здравља запосленог, пошто се ризик на досадашњем послу не може отклонити применом мере заштите.¹⁶¹⁹

У пракси постоји могућност да запослени код послодавца ради на пословима који нису са повећаним ризиком, а да му послодавац понуди анекс уговора о раду где се он премешта на посао са повећаним ризиком. У том случају запослени нема право да одбије рад на послу са повећаним ризиком уколико служба медицине рада утврди да он испуњава прописане здравствене услове. У овој ситуацији постоји јасна обавеза послодавца да запосленог упути на претходни лекарски преглед ради утврђивања да ли запослени испуњава прописане здравствене услове.¹⁶²⁰ Уколико запослени испуњава услове, а одбије премештај на радно место са повећаним ризиком, послодавац има могућност да му откаже уговор о раду или да га новчано казни у виду смањења зараде највише до три месеца.

2.4.3. Послови за које је као услов предвиђен распон стручних спрема

Неопходно је да послодавац унесе сва могућа занимања која долазе у обзир при запошљавању на одређено радно место. Када је у питању степен стручне спреме, Закон о раду прописује да за рад на одређеним пословима изузетно могу да се предвиде највише два узастопна степена стручне спреме, односно образовања.¹⁶²¹ То би значило да је опште правило да се за одређено радно место предвиди само један степен стручне спреме одређеног образовања, а изузетно, ако је то у складу са одређеним радним местом, могу да се предвиде највише два и то узастопна степена. Пре увођења овог законског ограничења новелом Закона о раду из 2014. године, постојала је готово неограничена слобода прописивања распона стручних спрема за обављање једног истог посла.¹⁶²² Ту могућност послодавци су максимално користили, те су у правилницима о организацији и систематизацији као услов за обављање једног истог посла прописивали не један, већ распон од више степена стручне спреме.

Нажалост, у великом броју случајева интерни акти послодавца су за послове који нису захтевали посебне квалификације предвиђали распон од три или четири степена стручне спреме, што је заиста било неприхватљиво.¹⁶²³ Такво поступање послодавца било је мотивисано двоструким разлозима. Први је био стихијског карактера и састојао се у прилагођавању нормативних аката реалној кадровској структури запослених код послодавца.¹⁶²⁴ Наиме, уместо да планира процес рада и кадровску структуру према карактеристикама и потребама конкретних послова, већина послодавца је правилнике о организацији и систематизацији правила у стилу *tailor made* (кројене по мери), односно према личним квалификацијама конкретних запослених који су те послове обављали, што је неминовно доводило до распона, често без икакве логике.¹⁶²⁵

Други је био разлог флексибилности, односно резултат настојања послодавца да олакшају интерне трансфере запослених, будући да је фиктивно, креирањем распона, стваран

¹⁶¹⁹ *Ibid.*

¹⁶²⁰ R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, *op. cit.*, 340.

¹⁶²¹ Нав. према: А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 54.

¹⁶²² *Ibid.*

¹⁶²³ То је чињено у производњи и логистици кроз распон од трећег до петог степена на свим пословима, док се у администрацији и продају углавном користио распон од четвртог до седмог степена. А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 54.

¹⁶²⁴ С. Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 361; В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 772.

¹⁶²⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 54.

велики број одговарајућих послова, а истовремено се олакшавало и дисциплинско санкционисање запослених, тако што је запослени, уместо дисциплинске санкције, био премештен на привидно одговарајуће, а суштински деградирајуће послове, по правилу са нижом зарадом.¹⁶²⁶ У тако постављеном нормативном окружењу основано је упитати да ли је законита понуда у којој се запосленом нуди премештај са послова на којима није предвиђен распон стручних спрема на послове на којима јесте и *vice versa*, као и премештај са послова за које је предвиђен распон стручних спрема на послове за које је такође предвиђен распон различитих степена. Практично посматрано, дакле, било је важно утврдити (не)законитост понуде за премештај, уколико се запосленом који ради на пословима на којима је прописан одређени степен стручне спреме који укључује и нижи степен стручне спреме од прописаног за посао који обавља?¹⁶²⁷ Илустрације ради, запосленом који ради на пословима са седмим степеном стручне спреме нуди се посао за који су алтернативно предвиђени шести и седми степен стручне спреме.¹⁶²⁸ Штура законска дефиниција одговарајућег посла навела је послодавце на закључак да је таква понуда могућа и правно допуштена, упркос другачијем схватању судова, што је имало за последицу законодавну интервенцију не би ли се отклониле недоумице и самим тим решили проблеми. Судови су изложили гледиште по којем се законитост премештаја на послове код којих је интерним актом послодавца прописан распон стручних спрема, оцењује најпре сагледавањем садржине уговора о раду, што значи да ако је уговор о раду закључен за највиши степен стручне спреме у распону, према њему се процењују и да ли су послови на које је запослени премештен одговарајући.¹⁶²⁹

Похвално је решење изграђено у судској пракси, имајући у виду комплексност феномена премештаја, нарочито у ситуацијама када се премештај врши на послове за чије је успешно обављање потребан степен стручне спреме који није јединствен. Тако, код распона степена стручне спреме сложеност посла одређена је управо најнижим степеном стручне спреме за тај посао, будући да посао може у целости да обавља просечни извршилац са тим степеном стручне спреме, која је сама по себи потребна и дозвољена за обављање тог посла.¹⁶³⁰ Но, чињеница да је распон за одређени посао прописан и непосредно виши степен стручне спреме не чини тај посао комплекснијим, већ само указује да могу да га обављају и запослени са вишим степеном стручне спреме од најниже прописане, што је уосталом и логично, јер ако је неко едукован за рад на сложенијим радним задацима, по природи ствари, може радити и једноставније.

У словеначком праву, ако послодавац откаже уговор о раду из пословних разлога или разлога спречености радника за рад, а истовремено понуди запосленом да закључи нови уговор

¹⁶²⁶ *Ibid.*

¹⁶²⁷ Интересантан је случај у којем је запослени закључио уговор о раду са послодавцем за рад на радном месту „саветника за развој“, које је каснијим изменама Правилника о унутрашњој организацији и систематизацији послова код послодавца укинута. Уместо тога, запосленом је понуђен премештај на послове техничког руководиоца објекта за који је одређен нижи степен стручне спреме и последично нижи коефицијент. Дакле, услови за рад на новом радном месту су постављени блаже, тако да се захтевало поседовање високе (VII) или више (VI) стручне спреме машинског смера за разлику од рада на радном месту „саветника за развој“ који је подразумевао поседовање магистарске или докторске дипломе техничке струке. Премда је то било радно место са највишим степеном стручне спреме код послодавца премештај није извршен у складу са законом који поставља услов да до премештај може доћи само ако је посао на који је запослени премештен одговарајући у смислу степена стручне спреме који се за тај посао захтева. Другим речима, да би посао био одговарајући за његово обављање се мора захтева иста врста и степен стручне спреме као и за рад на радном месту за који је првобитно потписан уговор о раду. Чињеница да код послодавца није постојало радно место са осмим степеном стручне спреме је једино могла бити основа за коришћење института вишка запослених, али не и за премештај на други посао установљен новим Правилником. Следствено томе, Апелациони суд у Београду је оценио да је отказ незаконит, јер је запослени оправдано одбио потписивање анекса уговора. Апелациони суд у Београду, Гж1 2367/12, дана 03.04.2013. године.

¹⁶²⁸ Нав. према: А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 54.

¹⁶²⁹ *Ibid.*

¹⁶³⁰ Слободан Дражић, „Два спорна питања из радних спорова“, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 3/2009, 189.

о раду, примењују се одредбе које се односе на редовни отказ уговора о раду.¹⁶³¹ Запослени који прихвати понуду послодавца мора у року од 15 дана од дана пријема писмене понуде да закључи нови уговор о раду. Без обзира да ли је прихватио понуду да закључи нови уговор о раду или не запослени губи право на отпремнину, али задржава право на правну заштиту пред надлежним судом.¹⁶³² Међутим, од тог правила постоји изузетак ако запослени прихвати неадекватан нови посао када остварује право на сразмеран део отпремнине у висини споразумно одређеној са послодавцем у уговору. Притом, адекватан радни однос је радни однос за који се тражи иста врста и степен стручне спреме који је био потребан за обављање послова за које је радник имао ранији уговор о раду са истом дужином трајања радног времена. Додатни услов да би се радни однос сматрао адекватним је и то да ново место рада није удаљено више од три сата вожње у оба смера јавним превозом или организованим превозом послодавца од места пребивалишта запосленог.¹⁶³³

2.4.4. Неиспуњење услова за обављање послова за које је закључен уговор о раду

Поред наведених проблема, изразито је деликатна ситуација када запослени заснује радни однос за рад на одређеном послу за који не испуњава формалне услове. Наиме, када послодавац изражава стварну економску потребу за туђим радом, а на тржишту рада не може да пронађе довољан број квалификованих радника за рад на одређеном послу за који исказује потребу, може обављање тих послова поверити новом раднику који нема одговарајуће стручне способности са надом да ће се то лице временом оспособити за рад и бити продуктивно у мери у којој је то потребно.¹⁶³⁴ Оваква размишљања послодавца нису ретка у пракси, због чега се све више срећу проблеми да радник обавља послове за које не испуњава услове сходно правилнику о организацији и систематизацији послова које је утврдио послодавац, премда ваља приметити и да се и правилници код послодавца формулишу на бази кадровске структуре коју послодавац објективно има, а не на основу реалне комплексности и тежине послова, што је проблем више. То доводи до тога да се захтевана стручност за рад одређује на бази просечне стручне спреме већине извршилаца на одређеним пословима, што значи да се и посао систематизује супротно подели рада у предузећу. Отуда и не чуди контрадикторна и готово апсурдна правна ситуација да на одређеним систематизованим пословима раде запослени са стручном спремом испод нивоа захтеване стручне спреме за обављање послова за које су закључили уговоре о раду.¹⁶³⁵ То, даље, значи да, иако је послодавац у моменту закључења уговора о раду прихватио ситуацију да запослени фактички нема потребан степен и/или врсту стручне спреме због немогућности да пронађе адекватног радника, он, свакако, морати запосленом да понуди премештај на други посао.

С обзиром на то да други посао мора бити одговарајући, да би премештај био законит, у овом случају се јавља као проблематично како уопште ценити тај услов. Из претходних редова је јасно указано да проблема нема када запослени има виши ниво стручне спреме од оне предвиђене за рад на одређеном послу и када се споразумно премешта на послове за који је предвиђен исти степен стручне спреме као и за послове за које је закључио уговор о раду.¹⁶³⁶ Дакле, да ли је одређени посао одговарајући мора бити цењено са аспекта уговора о раду, у смислу да посао који је предмет премештаја захтева исте квалификације као оне које су наведене у уговору о раду. Дакле, није важна чињеница што запослени нема потребну

¹⁶³¹ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 364.

¹⁶³² Ibid.

¹⁶³³ В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, op. cit., 772.

¹⁶³⁴ Ibid.

¹⁶³⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, op. cit., 54.

¹⁶³⁶ Ibid.

образовну и/или стручну квалификацију и што је није поседовао ни у моменту закључења уговора о раду, а послодавац је то из разлога нужности прихватио. Но, да ли такав заузет став има правне реперкусије, у смислу да једном изражена воља у одређеном правцу обавезује послодавца, тако да послодавац непостојање потребног степена образовања и/или стручности мора да „трпи“ током трајања радног односа, односно док не истекне уговор о раду? Додатно, да ли је таква инерција опасна са аспекта безбедности и здравља на раду и, као таква, недопустива?¹⁶³⁷

Одговори на ова важна питања не могу се, нажалост, наћи у позитивноправној регулативи. Несумњиво је да се логика одредбе повећана овој теми не може прихвати *ad hoc* без дубље анализе, јер се ситуација када запослени има виши степен образовања од захтеваног по уговору о раду не може изједначити са ситуацијом у којој је запослени неквалификован за послове за које је засновао радни однос, а да послодавац начелно не би ни смео да издаје налоге који не одговарају његовој радној способности.¹⁶³⁸ Ради појашњења, реч је о бизарној ситуацији у којој је потребно преместити запосленог на нове послове, за које ако се појам одговарајући посао схвати на начин на који је уређен чланом 171 став 2 Закона о раду запослени не испуњава услове. Дакле, услови у погледу потребних квалификација, специфичних знања и искуства који би рад учинили ефикасним и безбедним изостају, а рад на пословима који не одговарају радној способности запосленог могу угрозити уредно и сигурно обављање послова у одређеној радној средини, те тако нису ни у интересу послодавца ни у интересу запосленог.

С друге стране, језичко тумачење исте норме наводи само на један закључак да је захтевани степен знања, стручности и вештина за рад на послу који је назначен у уговору о раду, а са којим је упознат запослени у поступку заснивања радног односа апсолутна вредност, те би свако одступање премештај чинило незаконитим.¹⁶³⁹ Ово нарочито имајући у виду да је послодавац дужан да запосленог распореди на послове који одговарају његовим вештинама, способностима, знањима и умешима, што је у корелацији са додатном обавезом организације рада на продуктиван и безбедан начин. Другим речима, послодавац је дужан да обезбеди обављање послова за које запослени испуњава формалне услове и да организује рад поштујући правила заштите безбедности и здравља на раду.¹⁶⁴⁰ С тим у вези, није могуће по аналогији узети одлуке највише судске инстанце у Србији у предметима где је дошло до промена у погледу нивоа квалификација који запослени треба да испуњава током трајања радног односа. Тако се Уставни суд Србије неколико пута изјашњавао да ако запослени нема више степен стручне спреме, након што је одлуком послодавца дошло до промена услова за рад на одређеном радном месту, те је сада повећан степен стручне спреме, запослени би ипак могао да настави да ради ако се испуне други услови.¹⁶⁴¹ Коначно, направимо паралелу између две ситуације које су различите. Прва ситуација у којој је запослени испуњавао услове за рад на одређеном послу у моменту закључења уговора о раду, али је накнадно изгубио потребне професионалне и стручне квалитете услед повећане комплексности посла који по новој систематизацији послова обухвата додатне радне задатке који захтевају суптилније вештине, а које запослени не поседује. Друга ситуација у којој запослени није од самог почетка имао потребну образовну и формалну стручност, а послодавац је то прихватио као датост и укључио запосленог у рад. Из наведеног следи да је због недовољно прецизне регулативе потребно да се уочи овај проблем и да се, сходно томе, представи законодавцу као тема приликом наредног нивелирања прописа у области рада.¹⁶⁴²

¹⁶³⁷ *Ibid.*, 56.

¹⁶³⁸ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 490.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, 491.

¹⁶⁴⁰ У супротном се послодавац суочава са прекршајном и кривичном одговорношћу.

¹⁶⁴¹ Одлука Уставног суда Србије, У-29/85. Одлука Уставног суда Србије, У-527/86.

¹⁶⁴² У немачком праву, ако се утврди да запослени не испуњава услове за рад послодавац му може отказати уговор о раду из личних разлога или понудити премештај на друге послове. Ово је обично случај ако запослени нема професионалне квалификације, не положи потребне тестове односно нема одговарајућа знања и вештине. Ако се

2.5. Утицај премештаја на зараду запосленог

Да ли се премештај запосленог на друге послове директно рефлектује на његову зараду или запослени има право да зараду задржи као стечено право? Да ли смањење висине зараде утиче на законитост премештаја? Ово су питања која још увек остављају одређене недоумице,¹⁶⁴³ иако је у судској пракси одавно заузет став да премештај запосленог на друге послове има непосредан утицај на промену износа зараде, будући да запосленом припада зарада утврђена за посао на који се запослени премешта, те да евентуално умањење износа зараде, због ниже вредности посла на који је запослени премештен није ни од каквог утицаја на законитост премештаја.¹⁶⁴⁴

Наведени афирмативан став у погледу законитости промене зараде приликом премештаја на друге послове у целости кореспондира регулативи српског Закона о раду. Наиме, услови које законодавац поставља у погледу законитости премештаја су да је премештај извршен на одговарајући посао и да је индукован потребама процеса и организације рада. Закон не поставља никакав услов у погледу задржавања износа зараде коју је запослени имао на претходном послу, нити прописује обавезу послодавца да запосленом, коме за нове послове припада умањена зарада, исплаћује разлику до пуног износа зараде на претходном послу. Легислатор зараду запосленог у случају премештаја није поставио као заштићену категорију, нити као одређено стечено право, те се промена зараде у случају премештаја мора посматрати у складу са општом законском регулативом која се односи на зараду.

Запосленима се гарантује једнака зарада за исти рад или рад исте вредности коју остварује код послодавца, при чему се под радом једнаке вредности подразумева рад за који се захтева исти степен стручне спреме односно образовања, знања и способности, у коме је остварен једнак радни допринос уз једнаку одговорност. Отуда, другачија одлука послодавца или споразум са запосленим су ништави. Зарада се састоји, између осталог, из зараде за обављени рад и време проведено на раду, зараде по основу доприноса запосленог пословном успеху послодавца и других примања, а зарада за обављени рад и време проведено на раду састоји се од основне зараде, дела зараде за радни учинак и увећане зараде.¹⁶⁴⁵ Основна зарада одређује се на основу услова утврђених правилником потребних за рад на пословима за које

ти недостаци могу отклонити, послодавац мора да затражи од запосленог да заврши даљу обуку или да понови тест пре него што му откаже уговор о раду. Друга ситуација је када до недостатка подобности за рад на одређеним пословима дође зато што запослени не прати технички развој. Пасивно поступање запосленог на предложене мере обуке које му је понудио послодавац, могу довести до отпуштања из дисциплинских разлога, с тим да се претходно мора проверити да ли је нови садржај посла обухваћен уговором о раду. R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, *op. cit.*, 340.

¹⁶⁴³ У предмету пред Апелационим судом у Новом Саду утврђена је незаконитост анекса уговора о раду. Наиме, утврђено је да су послови радног места на које је тужилац премештен одговарајући послови врсти и степену стручне спреме тужиоца, те да тужилац на пословима на које је премештен има већи коефицијент за обрачун зараде, међутим, ове чињенице немају значај, јер је утврђено да тужилац у односу на остале елементе прима мању зараду у односу на послове са којих је премештен. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду бр. Гж. 1725/12 од 25.6.2012. године.

¹⁶⁴⁴ Одлука суда удруженог рада Србије, бр. 904/78; одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 329/78; одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 3252/78. Супротно, у предмету пред Апелационим судом у Новом Саду утврђена је незаконитост анекса упркос томе што су су послови радног места на које је тужилац премештен одговарајући у погледу врсте и степена стручне спреме тужиоца, због тога што је послу на који је премештен имао већи коефицијент за обрачун зараде, али је се то показало без суштинског значаја на положај запосленог, јер је утврђено да тужилац у односу на остале елементе за обрачун зараде прима мању зараду у односу на раније послове са којих је премештен потписивањем анекса уговора о раду. С. Ковачевић Периф, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 361.

¹⁶⁴⁵ Закон о раду, чл. 105.

је запослени закључио уговор о раду и временаведеног на раду, при чему се елементи за обрачун и исплату основне зараде утврђују општим актом.

Наведена законска регулатива сасвим јасно уређује да запослени има право на зараду која се одређује према конкретним пословима за које је закључио уговор о раду, а вреднује према условима за обављање тих послова. Притом, Закон о раду поставља као императив обавезу послодавца да свим запосленима за рад једнаке вредности обезбеди једнаку зараду, под претњом последица ништавости.¹⁶⁴⁶ Према томе, не постоји правни основ да се запосленом који обавља један посао призна право на зараду која би му припадала за други послова, које је некада обављао. Законска регулатива једноставно не оставља простор за такав закључак, штавише, такво поступање било би супротно императивним законским нормама и обухваћено последицама ништавости. Дакле, запосленом који је премештен на други одговарајући посао припада зарада утврђена општим актом послодавца за тај посао, а чињеница да ли је та зарада нижа, виша или једнака заради који је запослени остваривао на претходним пословима ни на који начин не утиче на законитост премештаја.

У енглеском предмету *Marriott v Oxford and District Cooperative Society* тужилац је био запосленим на месту руководиоца (оператора) електротехничких уређаја у тренутку пристизања понуде за измену уговора у раду у којој се наводи да послодавац више не може да задржи запосленог на истом радном месту, због чега му се нуди премештај на друго радном месту са нижом зарадом.¹⁶⁴⁷ Запослени је то одбио, при чему је послодавац поново упутио понуду за измену уговора о раду, с тим да се разлика у односу на ранију понуду састојала једино у незнатно вишој заради коју ће запослени остварити ако пристане да ради на другом радном месту. Запослени је уложио протест на предлог измене уговора о раду, настављајући да ради код послодавца под новим условима. Када је нашао други посао, запослени је отказао уговор о раду истакавши да је у питању отказ који је последица неприхватања измењених услова рада, те да ужива иста права као да је уговор о раду престао на иницијативу послодавца.¹⁶⁴⁸ У том смислу, суд закључује да једнострано деградирање услова рада праћено смањењем зараде без пристанка запосленог може представљати раскид уговора о раду од стране послодавца. Притом, одсуство сагласности на предлог измене уговора о раду може бити изражено и посредно у форми протеста, независно од тога што запослени наставља да ради код послодавца и то на другом радном месту. Из тога следи да се невољни наставак рада под измењеним условима сматра пристанком на понуду, осим ако није уложен протест или приговор којим се изражава несагласност.

Следствено томе, унутрашње незадовољство запосленог у погледу измењених услова рада не утиче на пуноважност измена уговора о раду, ако су обе стране изразиле свој пристанак потписивањем измењеног уговора. То је потврђено у још једном предмету, у којем се преиспитивало да ли је послодавац незаконито поступио када је умањио запосленом уговорену накнаду за рад.¹⁶⁴⁹ Прецизније, бруто зарада запосленог је била умањена јер је политика компаније била да се трошкови превоза надокнађују у редукованом износу запосленима који користе службене аутомобиле за путовање, у поређењу са запосленима који користе сопствена возила. Апелациони трибунал за запошљавање у Енглеској је дао коментар да је Трибунал за запошљавање пропустио да размотри суштинско питање да ли је запослени, настављајући да ради без протеста, потврдио анекс који је саставио послодавац. Уз то, на основу клаузуле уговора о раду, послодавац је имао право да „направи разумне измене било којег од услова запослења који ће ступити на снагу након писаног обавештења“.¹⁶⁵⁰ Дакле, ако запослени не прихватају једностране измене уговора, посебно оне које имају непосредан утицај на основне

¹⁶⁴⁶ Закон о раду, чл. 104 ст. 3.

¹⁶⁴⁷ *Marriot v Oxford and District Co-operative Society Limited* No. 2 [1970] 1 QB 186.

¹⁶⁴⁸ P. Chandler, *An a–z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 366.

¹⁶⁴⁹ *GAP Personnel Franchises Ltd v Robinson* EAT.

¹⁶⁵⁰ P. Chandler, *An a–z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 367.

услове рада, треба то јасно да наведу, по могућности писмено. У супротном, може се сматрати да је запослени имплицитно прихватио понуду за измену уговора.

Запослени може радити и ван граница пословних просторија послодавца. То је готово правило за представнике продаје, инсталатерско особље, возаче и сл., који већи део својих радних задужења обављају на терену. Исто тако, запослени може бити распоређен у друго место рада под условом да неће доћи до смањења зараде као резултат те промене. У појединим правним системима послодавац може једнострано мењати посао као битан елемент уговора о раду, под условом да нови посао спада у исту категорију послова за који је предвиђена иста зарада.¹⁶⁵¹ Према решењу турског Касационог суда, ако се запосленом у другом месту рада исплаћује зарада нижа од оне коју је имао за претходни рад, запослени може тражити од послодавца да му исплати разлику између раније и тренутне зараде.¹⁶⁵²

У француском праву, послодавац има начелно право да распореди запосленог у оквиру поделе и организације рада на посао који највише одговара способностима и интересовањима запосленог, под условом да такво распоређивање не прати смањење зараде и да не представља неоправдану дисциплинску меру.¹⁶⁵³ У случају предузећа које има више пословних јединица и установа, у недостатку супротног споразума, усвојено је становиште да запослени има обавезу да ради само у некој од тих јединица или установа, с тим да послодавац има право да га премести у другу јединицу или установу, ако се на она налази на истој локацији. Када је запослени премештен на другу локацију, а у оквиру истог предузећа или након пресељења седишта компаније у исти град (нпр. из центра на периферију), сваки пут суд утврђује да ли је то учињено у доброј намери. Дакле, према околностима конкретног случаја да би се квалификовала измена уговора, потребно је узети у обзир: могућу промену цене возне карте, продужење времена путовања, трошкови смештаја итд.¹⁶⁵⁴

2.6. Заштита радника од дискриминације и других негативних појава код интерног премештаја

Поступак интерног премештаја се врши на начин и под условима предвиђеним законом. То значи да до премештаја долази након што се испуни материјална претпоставка, у смислу постојања стварне потребе за премештајем. Другим речима, потреба за премештајем мора бити објективно заснована и не сме бити мотивисана разлозима који су дискриминаторе природе. Тако, премештај на други посао био је тема разматрања немачког Савезног радног суда у пресуди од 9. маја 2006. године. Предузеће које се бавило производњом шинских возила запослило је референткињу за људске ресурсе и закључило са њом уговор о раду.¹⁶⁵⁵ У августу 2002. године дошло је до тензија у одељењу за људске ресурсе због чега је послодавац најавио да ће запослену из сектора за људске ресурсе преместити у сектор за производњу. Послодавац је сматрао да је сукоб, између осталог, последица чињенице да је изостао неопходан однос поверења између менаџера људских ресурса и запослене. Послодавац се позивао на своје управљачко овлашћење и на одредбе трговинских прописа, у којима је предвиђено да послодавац може по свом разумном нахођењу одредити садржај посла и преместити запосленог на други посао.¹⁶⁵⁶ Уз то, уговор о раду је садржао клаузулу о премештају, те уколико је потребно послодавац може променити локацију и врсту рада, након што се усагласе интереси обе стране. Савезни радни суд је установио да постоје две врсте „нових“ активности. Наиме, нова делатност постоји ако послодавац измени активност која се дугује уговором о

¹⁶⁵¹ Италијански Грађански законик, члан 2201.

¹⁶⁵² P. Chandler, *An a-z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 367.

¹⁶⁵³ Ibid.

¹⁶⁵⁴ Ch. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 70.

¹⁶⁵⁵ R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, op. cit., 340.

¹⁶⁵⁶ Ibid.

раду. То би био случај када би поштару било наложено да своја писма доставља у округу Б уместо у округу А као раније, иако стварни посао (испорука поште) остаје исти. Нова делатност се може састојати и од тога да послодавац захтева од запосленог потпуну другачију службу од оне која је део уговора о раду. Ова варијанта би била када би поштар, уместо да доставља писма као до тада, радио на одржавању поштанских бицикала, будући да се активности које се дугују по уговору о раду мењају. Стога, Суд заузима став да се послодавац не може ослонити на своје право да тужиљу упутити из кадровске службе у одељење производње, јер би тада тужилца радила сасвим другачији посао од оног на који је обавезана по уговору о раду.¹⁶⁵⁷

Додатно, Суд испитује присуство дискриминације узроковано клаузулом о премештају у стандардним уговорима о раду и њихову ефикасност, ако неоправдано доводе у неповољан положај запослене. Према унапред формулисаном тексту клаузуле уговора о раду тужиоца, послодавац би има право да тужиоцу додели и посао мање вредности, чиме послодавац једностраним одлучивањем покушава да оствари своје интересе на рачун интереса запослених. Према оцени Суда, таква клаузула представља озбиљно мешање у законом обезбеђену заштиту слабије стране, при чему се у довољној мери не води рачуна о интересима запослених. Дакле, клаузула о премештају у уговору о раду ставља запослену у неразумно неповољнији положај због чега је неважећа.¹⁶⁵⁸ У том смислу, послодавац их не може користити да оправда премештај радника на други посао, али би, с друге стране, била законита клаузула о премештају која би отварала могућност премештаја на нове активности које су еквивалентне.

Штавише, Закон о раду Белорусије намеће посебне услове како би једнострана измена уговора о раду била оправдана, са циљем да се пружи заштита запосленима од дискриминације и других негативних појава. Отуда се предлаже у литератури формулисање начелног правила о уговорном (билатералном) поступку измене уговора о раду, како у члану 291 Закона о раду Белорусије, тако и у члану 711 Закона о раду Руске Федерације који су посвећени општим одредбама о изменама уговора о раду.¹⁶⁵⁹ Дискриминаторне измене елемената уговора о раду, у шпанском праву, рађају право за запосленог да захтева у судском поступку успостављање ранијих услова рада. Коришћење послодавчевог *ius variandi* мора бити благовремено, уз поштовање права радника, а пре свега, право на законити измену услова рада, унапређење и стручно усавршавање на послу, као и поштовање приватности и достојанства личности, а свакако не сме бити дискриминаторно нити усмерено да нашкоди запосленом.¹⁶⁶⁰

На слично решење наилазимо у италијанског праву које је познавало могућност распоређивања радник једностраном одлуком послодавца за вршење послова различитих од уговорених због новонасталих потреба предузећа. Међутим, мобилност радника је била могућа једино у хоризонталном правцу у смислу вршења еквивалентних послова без суштинске промене положаја у радној хијерархији. Ипак, у литератури се критикује да је за ограничавање управљачке власти коришћена законодавна техника којом се погодује интересима послодавца, те да се због неодређености опште клаузуле садржина ограничења мора дефинисати од случаја до случаја.¹⁶⁶¹ Према преовлађујућем судском мишљењу, еквивалентност се односи како на посао који мора бити истог нивоа сложености и исто плаћен,

¹⁶⁵⁷ P. Chandler, *An a–z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 367.

¹⁶⁵⁸ На овом месту ваља поменути да у немачком праву послодавац може прецизирати садржај уговора о раду на темељу принципа правичности. Овај критеријум се процењује на основу интереса обе стране, уставних начела, обичаја, личних околности (оптерећења са којим се запослени може суочити услед премештаја на други посао или у друго место рада) тако да није допуштено сужавање радних задатака са циљем спречавања професионалног напредовања радника, што последично води његовој дискриминацији. S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 364.

¹⁶⁵⁹ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, op. cit., 78

¹⁶⁶⁰ Carmen Moreno de Toro, M^a José Rodríguez Crespo, „Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario“, *Temas Laborales*, бр. 98, 2009, 210.

¹⁶⁶¹ P. Chandler, *An a–z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 367.

тако и на професионални профил радника. У том смислу, овлашћења послодавца у погледу измене организације и поделе послова у предузећу су била подвргнута судској контроли са циљем заштите личности и достојанства радника.

Законодавне реформе у Италији су извршене са циљем спречавања уговарања посебне клаузуле којом се допушта функционална мобилност радника, у смислу замена задатака који се сматрају уговорно еквивалентним како би се задовољиле непредвиђене потребе предузећа. У швајцарском праву се ваљаност измена уговора о раду утврђује на основу критеријума прихватљивости, док се француски законодавац ограђује објективизацијом применљивих критеријума.¹⁶⁶² Када је клаузулом уговора о раду (нпр. клаузула географске мобилности) дато овлашћење послодавцу да мења одређене елементе уговора, запослени је дужан да прихвати нове услове рада, под претњом отказа. Кривица запосленог због неизвршења уговора се оцењује имајући у виду личне околности, а посебно последице промене на његов приватни живот. Тако, није утврђена кривица запосленог који је одбио привремени премештај на други посао због здравственог стања супруге која је у седмом месецу трудноће.¹⁶⁶³ Штавише, клаузулу географске мобилности понекад прати и клаузула пребивалишта, што може да омета избор личног и породичног пребивалишта. Наиме, француски Законик о раду прописује да „нико не може постављати ограничења на људска права и индивидуалне и колективне слободе која нису оправдана природом задатка који треба да се изврши, нити сразмерна циљу који се жели“.¹⁶⁶⁴ Отуда, услов да је клаузула од суштинског значаја за заштиту легитимних интереса предузећа и да је сразмерна циљу, није испуњен када се од правника тражи да има пребивалиште близу предузећа, под изговором потребе запослених за бољом интеграцији у локално окружење.¹⁶⁶⁵

2.7. Премештај на друге послове по повратку са породичног одсуства и одсуства ради неге детета

Нормативна заштита материнства отпочела је од момента оснивања Међународне организације рада, када је усвојена прва конвенција посвећена томе - Конвенција бр. 3.¹⁶⁶⁶ Међународни стандарди у овој области су се ширили, у складу са промењеном улоге жене у друштву и породици. Првенствено треба поменути Конвенцију УН о елиминисању свих облика дискриминације, која ради спречавања дискриминације жена због ступања у брак или материнства и осигуравања њиховог стварног права на рад, подстиче државе чланице да предузму одговарајуће мере ради увођења плаћеног породичног одсуства или сличних социјалних престајања, без губљења права на раније радно место, примања по основу стажа и социјална давања.¹⁶⁶⁷

На концептима једнакости и недискриминације, као централним идејама Универзалне декларације, засновани су сви међународни споразуми, те се тако у Конвенцији МОР бр. 156 наводи потреба достизања стварне једнакости у остваривању права на рад који претпоставља

¹⁶⁶² R. Schwarze, M. Eylert, P. Schrader, *Kündigungsschutzgesetz*, op. cit., 340.

¹⁶⁶³ P. Lokiec, *Droit du travail: Les relations individuelles de travail*, Tome I, op. cit., 225.

¹⁶⁶⁴ Француски Законик о раду, L1121-1.

¹⁶⁶⁵ P. Chandler, *An a-z of employment law: a complete reference source for managers*, op. cit., 367.

¹⁶⁶⁶ Конвенција бр. 3 више није отворена за ратификацију али је и даље на снази за државе коју су је већ ратификовале под услов да нису накнадно отказале ратификацију. International Labour Organization, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, Interantional Labour Office, Geneva 2012, 8

¹⁶⁶⁷ Тијана Ковачевић, „Забрана премештаја на ниже рангиране послове по повратку са породичног одсуства“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, Год. XI, 2022, 250.

одсуство сукоба између запослења и породичних обавеза.¹⁶⁶⁸ Изузетно је важно поменути и међународну конвенцију која има за циљ промовисање заштите материнства (Конвенција бр. 183) у којој се експлицитно наводи да жена има право да се по истеку породилског одсуства врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом платом.¹⁶⁶⁹ Следствено томе, до премештаја на други посао може доћи само ако је нови посао одговарајући, у смислу квалификација које поседује запослена, и еквивалентан ранијем послу по висини зараде/плате.

Уз Конвенцију бр. 183 донета је пратећа препоруке којом се даље прецизира садржина заштите, с тим да она представља свеобухватнији инструмент, будући да додаје да се период одсуства у односу на права жене из радног односа има сматрати као да га је провела на ефективном раду, уз мандаторно задржавање ранијег радног места.¹⁶⁷⁰ Имајући у виду потешкоће остваривања радних права жена које су остварене као мајке, формулација коришћена у Препоруци бр. 191. настоји да обезбеди вишеслојну заштиту, путем креирања обавеза да се жени обезбеди 1) исти хијерархијски ниво (енг. *seniority in the company*) код послодавца, као битан чинилац за обрачун зарада и напредовање на послу; 2) да ниједан критеријум за напредовање не буде ускраћен као последица одсуства; 3) да јој сва увећања зараде и друга примања доспела за време одсуства буду исплаћена као да је ефективно радила и 4) да јој сва права на пензијско осигурање, као и здравствено и инвалидско осигурање буду призната као да је радила.¹⁶⁷¹

Планирање породице не може бити повод за другачији третман од стране послодавца који ће по повратку са породилског одсуства запослене преместити на друге послове који су хијерархијски нижи или заузимају исто место у структури послова, али их прати мањи коефицијент који се узима као основица за обрачун зарада.¹⁶⁷² Неоправдано је поступање послодавца који запосленој по повратку са породилског одсуства упућује понуду за премештај на друге послове који су само формално одговарајући али који суштински представљају слабије плаћене послове.¹⁶⁷³ Притом, онемогућавање напретка у каријери или премештај на друге послове који нису еквивалентни ранијим пословима које је обављала запослена може бити коришћено од стране послодавца као средство притиска на запослену да сама иницира престанак радног односа. Таква незаконита поступања послодавца могу утицати на запослене да одлажу стварање потомства или да у случају непланиране трудноће размишљају о њеном насилном прекиду.¹⁶⁷⁴ Да би се то избегло мора се водити рачуна о психолошком и физичком здрављу жене у периоду трудноће, али и након порођаја, због чега запослена не сме бити суочена са неповољним променама у сфери рада које ремете њен начин живота или доводе до забринутости о финансијама. Како је у периоду након порођаја потребно и више новца за бригу о новорођенчету и издржавање остале деце, ако их запослена има, неопходно је обезбедити економску сигурност, у смислу задржавања истих услова рада код послодавца. Отуда се у појединим правним системима наглашава да услови рада по повратку

¹⁶⁶⁸ Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156). Исто тако, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена предвиђа предузимање одређених мера од стране држава потписница како би се спречила дискриминације жена у области рада, међу којима, се посебно наводи увођење плаћеног породилског одсуства уз право на задржавање ранијег посла. Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. Лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81, чл. 11.

¹⁶⁶⁹ Maternity Protection Convention, 2000 (No. 183). У упоредном праву се могу наћи повољнија решења од прихваћених међународних стандарда, имајући у виду да се захтева да нови посао буде не само исто плаћен као и претходни, него и да су ти послови суштински најсличнији или хијерархијски најближи у структури послова код послодавца. ILO, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, *op. cit.*, 10.

¹⁶⁷⁰ Јована Мисаиловић, „Посебна радноправна заштита материнства“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 86, 2020, 238.

¹⁶⁷¹ Maternity Protection Recommendation, 2000 (No. 191).

¹⁶⁷² Премда право на одсуство са рада у укупном трајању од 365 дана има и отац детета у ситуацијама које то оправдавају, ово право у пракси најчешће користе жене.

¹⁶⁷³ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 100.

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*

на рад морају бити исти односно не мање повољни од оних који су постојали раније, осим ако то „није разумно изводљиво” за послодавца.¹⁶⁷⁵

Упркос моралним и социјалним разлозима који говоре у прилог задржавања истих услова рада пре и након породичног одсуства, послодавци настоје да своја супротна поступања оправдају економским захтевима пословања и природом посла који не трпи одлагања и промену извршиоца. Штавише, послодавци најчешће користе аргумент да је пронађен други одговарајући запослени који постиже одличне резултате и која неће имати прекиде у раду за разлику од запослене која ће сигурно поново одсуства са рада имајући у виду узраст детета, инфекције, проблеме са обдаништем, али и могућу нову трудноћу.¹⁶⁷⁶ Осим бојазани да ће у блиској будућности запослене поново користити одсуство са рада због бриге о детету, присутне су предрасуде да жене по повратку са ове врсте одсуства остварују недовољан радни учинак, због мање ефикасности и веће фокусираности на децу и породицу.¹⁶⁷⁷

У којој мери је овај проблем узео маха, говори и податак да је дискриминација жена након повратка са породичног одсуства најчешћи облик дискриминације на основу пола.¹⁶⁷⁸ Притом, треба имати у виду да је право на планирање породице основно људско право, које таквим поступањем послодавац озбиљно повређује.¹⁶⁷⁹ С циљем да се то спречи нуде се предлози који би требало да мотивишу послодавце да улажу у каријеру свих запослених, укључују и запослене са породичним дужностима. Један од предлога је да држава финансијски растерети послодавце који запосленима гарантују повратак на исту позицију по повратку са породичног одсуства или одсуства са рада ради неге детета, тако што ће их ослободити дела пореза и умањити доприносе за социјално осигурање за тај период. Премда је реч о солидном предлогу у праву Велике Британије се заштита запослених се обезбеђује и без додатних финансијских подстицаја за послодавце. Тако се запосленима по повратку са одсуства са рада ради неге детета у трајању од четири недеље обезбеђује исто радно место или друго које је истог или бољег статуса у односу на претходно. Поређења ради, у мађарском Закона о раду прописана је обавеза за послодавца да понуди запосленој по повратку са родитељског одсуства измену уговор о раду ради усклађивања зарада свих запослених који се налазе на истим функцијама у предузећу.¹⁶⁸⁰

Ипак, измене у организација послова код послодавца погађају све запослене укључујући и запослене на породичном одсуству који су по повратку на рад дужни да им се повинују. Такође, за време родитељског одсуства радни однос се не прекида, већ мирују

¹⁶⁷⁵ Stefan Clauwaert, Sabine Harger, *Analysis of the Implementation of the Parental Leave Directive in the EU Member States*, European Trade Union Institute, Brussels 2000, 102

¹⁶⁷⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷⁷ Из тог разлога се запосленима по повратку са рада додељују мање креативни задаци како би се олакшала позиција послодавца у поступку проналаaska нове замене. У упоредној литератури се распоређивање младих жена на стандардизоване послове који мање погодују развоју вештина описује као „статистичка дискриминација“. Anton Nivorozhkin, Laura Romeu-Gordo, „How Do Longer Parental Leaves Affect Women’s Workplace Tasks? Evidence from Germany“, *Feminist Economics*, Vol. 25, бр. 3, 2019, 121. Уз то, ако је губитак вештина током одсуства са рада разлог ускраћивања могућности напредовања онда се исти закључак мора извести и у случају незапослености или одсуства са рада из неког другог разлога, када такође долази до прекида у раду. Сходно томе, од непроцењиве је важности развијање свести код послодаваца да знање, вештине и квалитет нису нестали оног тренутка кад је жена одлучила да роди. Напротив, жене су тада обogaћене новим знањем које могу да примене у свом раду.

¹⁶⁷⁸ На основу података добијених у једном британском истраживању, жене су биле изложене различитим облицима дискриминација због трудноће у 45 одсто случајева, док је 14 одсто жена због коришћења законских права по основу материнства било изложено финансијским губицима, немогућношћу напредовања у каријери, умањењем основне зараде, губитком права на увећане зараде или годишње бонусе, као и губитке других примања. International Labour Organization, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, Interantional Labour Office, Geneva, 2012, 10.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*

¹⁶⁸⁰ Закон о раду Мађарске, чл. 59. Више вид.: Iftikhar Ahmad, Szilvia Borbély, *Decent Work Check: Hungary*, WageIndicator Foundation, Amsterdam, 2023, 22.

уговорне обавезе које се поново активирају по окончању одсуства са рада.¹⁶⁸¹ Након периода одсуства мајка или отац се враћају на своје раније радно место са истим или идентичним радним обавезама. С тим у вези, потребно је створити услове да се запослена у потпуности реинтегрише у радно окружење и да обавља исте послове које је радила раније код послодавца. Ваља поменити да се у Италији пружа финансијска помоћ послодавцима који обезбеде програм обуке за реинтеграцију запослених након одсуства са рада ради неге детета.¹⁶⁸² Штавише, проблем реинтеграције запослених у смислу укључивања у рад након периода одсуства уочава се у Француској где се предлажу бројне мере за реинтеграцију запослених.¹⁶⁸³ Наиме, реч је о специфичним програмима обуке за запослене који се враћају на посао након дуге паузе у каријери. Додатне погодности за запослене током трајања одсуства са рада могу се наћи у аустријском, праву које обавезује послодавце да информишу запослене о догађајима који могу утицати на њихова права, укључујући могућност унапређења и стручног усавршавања.¹⁶⁸⁴

Право да се по истеку одсуства са рада ради неге детета запослени врате на исти или еквивалентни посао за који ће бити једнако плаћени, постоји у готово свим државама чланицама Европске уније, са изузетком Португала. Нажалост, штуру заштиту запослених налазимо у португалском праву које не пружа ни минимум гаранција запосленима да ће по повратку са породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета радити на истим пословима, са изузетком родитеља који се раније врати са одсуства због смрти детета, када је послодавац обавезан да понуди запосленом први слободни посао сврстан у исту категорију као и претходни. Ипак, ова гаранција може бити временски лимитирана као што је примера ради случај у праву Белгије, где се враћање на исти посао обезбеђује само у трајању од шест месеци. Дакле, проблем настаје ако је одсуство са рада ради неге детета трајало дуже од шест месеци, јер запослену може, али и не мора чекати исти посао. Право на повратак на исти или једнако плаћени посао постоји без обзира на то што је током одсуства са рада посао запослене обавља неко други на основу уговора о раду на одређено време или неког другог уговора, при чему запослена није дужна да о повратку на рад унапред обавести послодавца.¹⁶⁸⁵ Међутим, ово право нема запослена са уговором о раду на одређено време који је престао за време трајања породилског одсуства, осим ако самим уговором није другачије одређено.

Запослена има право да се врати на исти посао код послодавца са којим је закључила уговор о раду, с тим да се то право „протеже“ и на послодавца следбеника ако је предузеће променило власништво током трајања породилског одсуства. У случају да то није „разумно изводљиво“, послодавац следбеник је дужан запосленој понудити одговарајуће алтернативно запослење. И поред наведене гаранције, у пракси је тешко утврди да ли је понуђени посао заиста еквивалентан ранијем послу који је обављала запослена, с тим да ако таквих послова нема послодавац може отпустити запослену. Надаље, реинтеграција се односи на посао који

¹⁶⁸¹ За разлику од већине земаља, у Шведској и Аустрији не долази до суспензије права и обавеза из радног односа за време одсуства са рада. С друге стране, у француској судској пракси се наглашава да зараде запослених остају непромењене без обзира на евентуалну промену њиховог радног статуса. *Arret de la Chambre sociale de la Cour de cassation*, 27 octobre 1993.

¹⁶⁸² Белгија је једна од ретких држава у којој се услови коришћења одсуства са рада ради неге детета уређују колективним уговором. С друге стране, у Ирској ову врсту одсуства са рада могу користити само родитељи детета рођеног након одређеног датума. S. Clauwaert, S. Harger, *Analysis of the Implementation of the Parental Leave Directive in the EU Member States*, op. cit., 19 et seq.

¹⁶⁸³ S. Clauwaert, S. Harger, *Analysis of the Implementation of the Parental Leave Directive in the EU Member States*, op. cit., 34.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, 54.

¹⁶⁸⁵ У појединим правним системима се обавештење захтева у ситуацијама када запослена намерава да се врати на рад пре истека породилског одсуства, када о тој чињеници обавештава послодавца најмање осам недеља раније. Исти захтев се поставља и када је запослена одустала од ранијег повратка са породилског одсуства, с тим да се рок од осам недеља рачуна од датума законског истека породилског одсуства или од датума намераваног враћања на рад, ако је тај датум ранији. International Labour Organization, *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, Geneva, 2014, 9.

је запослена обављала пре премештаја ако је до премештаја на безбедно радно место дошло током трајања трудноће или непосредно пред одлазак на породилско одсуство. Такође, ако је радно време због трудноће запослене скраћено, по повратку са породилског одсуства запослена ће ради на пословима са уобичајеним радним временом. Изузетак у том погледу постоји ако враћање на ранију позицију није могуће због организационо - техничких промена код послодавца. То је потврђено у пракси југословенских судова који су пружали сигурност запосленој да ће по повратку са породилског одсуства радити на истом радном месту на којем је претходно радила у организацији и да ће до прераспоређивања доћи само ако су послови на којима је радила у међувремену укинута.¹⁶⁸⁶ Сличан приступ користи и аустријски законодавац који налаже послодавцу да запосленој предложи нови посао који је идентичне природе, исто плаћен и са истим бројем радних сати ако радно место на којем је радила запослена више није расположиво.¹⁶⁸⁷

С друге стране, у немачком праву се посебно наглашава да се овлашћења које има послодавац, као носилац управљачке власти, односе и на распоређивање запослених. Сходно томе, послодавац може у складу са уговором о раду, распоредити запослену након породилског одсуства на еквивалентну позицију са различитим задацима који се врше на другој локацији, под условом да тиме не доводи запослену у лошији положај.¹⁶⁸⁸ Дакле, уколико послодавац по истеку породилског одсуства жели да распореди запосленог на друго радно место од претходног, то може учинити водећи рачуна о границама конституисаним у уговору о раду у погледу садржаја, места и времена вршења рада. Супротно, место рада и друге одреднице везане за престацију рада могу бити грубо наведене у уговору о раду, што оставља већу слободу послодавцима у вршењу управљачке власти. Из тога следи да се гаранција задржавања истог посла односи само на наставак запослења под истим условима садржински, просторно и временски одређеним.¹⁶⁸⁹ У суштини, послодавац ни тада не може одлучивати арбитарно, већ мора узети у обзир и интересе запосленог и одмерити их са својим интересима. Уз то, релевантна је и лична ситуација запосленог који не може бити премештен на друге послове који укључују већи број службених путовања ако се запослени брине о деци млађег узраста.¹⁶⁹⁰

Осим тога, време током којег је запослена одсуствовала са рада због трудноће, породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета неће се узимати у обзир приликом процене квантитатива и квалитатива рада који врши послодавац. Додатно, Директива 2006/54/ЕУ о примени принципа једнаког третмана мушкараца и жена у погледу приступа запошљавању, стручној обуци и напредовању, као и условима рада,

¹⁶⁸⁶ Одлука Суда удруженог рада Србије, број 2655/84, нав. према Д. Симоновић, *Радноправна читанка I*, *op. cit.*, стр. 349.

¹⁶⁸⁷ Susanne Burri, „Protection and rights related to pregnancy and maternity in EU law“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, бр. 4, 2019, 22.

¹⁶⁸⁸ Кристина Балножан, „Посебна заштита запослених с породичним дужностима од отказа уговора о раду“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 1, 2021, 161.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*

¹⁶⁹⁰ Тако се пред радничким судом у Бранденбургу на Хавелу отворило питање да ли је послодавац дужан да мајку двоје деце узраста годину и три године врати на на претходни посао, у граду Бранденбургу после вишегодишњег породилског одсуства. Ово из разлога што је запослену по повратку са одсуства чекало обавештење да је њено ново радно место у граду Вердеру који је 36 km даље од њеног ранијег места рада и тренутног пребивалишта. Наиме, Суд је прибегаво свеобухватној процени која укључује, између осталог, близину места становања месту рада, мере рестрикције приликом путовања на посао, продужено породично време потребно за бригу о рођацима или чување мале деце. Те чињенице активирају „право првенства“ на стари посао, тако да остали запослени код послодавца који немају породичне дужности могу бити уместо ње премештени. С тим у вези, ваља поменути пресуду Радног суда у Берлину, којом је мајци додељена накнада од 9.000 евра јер је, након забране рада због трудноће и једногодишњег породилског одсуства, премештена из Потсдама у Франкфурт на Мајни (пресуда од 16. јуна 2017, Az. 3 Са 123/17).

наглашава да такве одредбе у националним законодавствима не могу довести у питање поштовање принципа једнаког третмана.¹⁶⁹¹

У једном предмету који се водио пред француским Касационим судом запослена је тврдила да је неоправдано и дискриминаторно поступање послодавца који је одбио да процени њен радни учинак, због коришћења породилског одсуства, што је имало за последицу губитак могућности за напредовање.¹⁶⁹² Наиме, измењена верзија француског колективног уговора о раду од 13. новембра 1975. године садржала је правило да се у сврху класификације радних места мора узети у обзир „професионално искуство“ које се увећава стварним радом, а умањује током неактивног периода.¹⁶⁹³ Под периодом радне неактивности сматрају се краткотрајна и ванредна одсуства, годишњи одмори, државни празници, као и породилско одсуство. По истеку друге године од ступања у службу, запосленима се годишње, ако напредују по основу радног стажа, одобрава додатак од 2% на зараду, који се сваке наредне године увећава за још 2%.¹⁶⁹⁴ Напредовање је могуће једино на основу процене о поседовању довољног „професионалног искуства,“ које врши послодавац, под условом да је запослени стварно радио најмање шест месеци. Тужилца је у два маха одсуствовала са рада, прво због болести, а затим због трудноће који су узети скупа трајали дуже од шест месеци, због чега она није испуњавала услов за спровођење евалуације њеног рада, те самим тим ни за унапређење.¹⁶⁹⁵ Суд је закључио да је њено породилско одсуство требало да се третира као стварно присуство на раду, те да свакако супротно поступање послодавца представља дискриминацију. Жена не сме бити лишена погодности у погледу услова рада које имају мушкарци, јер да запослена није била трудна и да није користила породилско одсуство на које је имала право, била би оцењена за предметну годину и самим тим квалификована за унапређење.¹⁶⁹⁶

Интересантан је и предмет који се тичао спора између госпође Хереро (Sarkatzis Herrero) и Института за здравље у Мадриду (*Imsalud*), у вези са урачунавањем периода проведеног на породилском одсуства за израчунавање укупног радног стажа у сврхе одређивања права по основу сениората.¹⁶⁹⁷ Наиме, госпођа Хереро је именована на место административног помоћника, с тим да је према решењу о именовању она била у обавези да у року од месец дана отпочне са радом, на новом радном месту на којем је распоређена. Како се она у том периоду налазили на породилском одсуству, затражила је да се рок за преузимање функције продужи до њеног повратка са породилског одсуства, као и то да се период трајања породилског одсуства узме у обзир приликом утврђивања дужина радног стажа. Национални институт за здравље је уважио захтев запослене за продужењем рока за именовање, без помињања начина на који ће се вршити обрачун њеног радног стажа. С тим у вези, запослена је тврдила да се за израчунавање радног стажа мора узети датум њеног именовања на место јавног службеника, иако је она у том периоду била на породилском одсуству. Истицан је контрааргумент да не постоји правни континуитет између узастопних позиција односно да се

¹⁶⁹¹ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) OJ L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

¹⁶⁹² Пресуда Европског суда правде у предмету бр. C-136/95 – *Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault*, 30.4.1998.

¹⁶⁹³ J. Duddington, *Employment Law*, op. cit., 123.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*

¹⁶⁹⁵ S. Burri, „Protection and rights related to pregnancy and maternity in EU law“, op. cit., 23.

¹⁶⁹⁶ Овај закључак се изводи на основу решења садржаног у француском Законику о раду који истиче да ниједна мера коју послодавац користи у погледу награђивања, обуке, распоређивања, квалификације, унапређења или трансфера запослених не може бити конституисана на начин којим се дискриминишу жене (члан L 123-1). Такође, период породилског одсуства треба да се третира као период стварног рада, у циљу утврђивања права радника која се остварују на основу дужине радног стажа. Француски Законик о раду, члан L 122-26-2.

¹⁶⁹⁷ Пресуда Европског суда правде у предмету бр. C-294/04 – *Carmen Sarkatzis Herrero v Instituto Madrileño de la Salud (Imsalud)*.

запослена није враћала на раније радно место, већ да је засновала нови радни однос.¹⁶⁹⁸ Ипак, Суд правде Европске уније је установио да такво понашање послодавца представља непосредну дискриминацију по основу пола у светлу Директиве 76/207 ЕЕЗ, која има општу примену тако да се односи и на запошљавање у јавној служби.¹⁶⁹⁹ Циљ њеног доношења био је имплементација начела равноправности мушкараца и жена с обзиром на могућност запошљавања, стручног оспособљавања и професионалног напредовања. Ускраћивање више позиције у служби негативно утиче на професионални положај жене и омета мирење породичног живота са нормалним напредовањем професионалне каријере. То у конкретном случају значи да се не може узети као релевантан датум када је запослена доиста преузела своју функцију, без обзира на то што национално право остваривање права по основу радног односа суспендује до тренутка када запослена стварно не отпочне са радом.¹⁷⁰⁰ Наиме, шпанске законске одредбе о попуњавању радних места у јавним службама предвиђају да је преузимање функције предуслов за остваривање права на унапређење у виши платни разред. Додатно, одлука Националног института за здравље о додељивању сениората у делу које се тиче именовања и преузимања дужности предвиђа да су кандидати који су именовани дужни да преузму своје дужности у року од месец дана од дана објављивања одлуке о именовању.

Ваља поменути и да је Влада Уједињеног Краљевства с правом истакла, да је судска пракса Европског суда потврдила да државе чланице имају дискреционо право у погледу социјалних мера које усвајају како би гарантовале, у оквирима предвиђеним Директивом, заштиту у вези са трудноћом и материнством. Суд је додатно појаснио да је резултат којем тежи Директива 76/207 (сада Директива 2006/54) суштинска а не формална једнакост. Дакле, у погледу узимања у обзир периода породилског одсуства ради стицања вишег степена у професионалној хијерархији неопходна је доследна примена принципа једнаког третмана мушкараца и жена.¹⁷⁰¹ На овом месту треба навести и Директиву 92/85 која предвиђа да жена на породилском одсуству има право да се по истеку овог одсуства врати на свој посао или на еквивалентно радно место под условима који нису ништа мање повољни за њу и да користи свако побољшање услова рада на које би имали право за време њеног одсуства.

Када је реч о домаћем праву, Закон о раду предвиђа да други посао на који је запослени премештена мора бити одговарајући у смислу вештина и способности које поседује запослени, при чему се услов еквивалентности послова у контексту зараде на новим пословима не спомиње.¹⁷⁰² Нажалост, матични закон у области рада је пропустио да имплементира међународне и европске стандарде у овој области, јер се породилјама на изричит начин не гарантује право на рад на истим или идентичним пословима. Ипак, поменути недостатак отклања Закон о родној равноправности који налаже послодавац да запослену по повратку са одсуства са рада због трудноће односно породилског одсуства и одсуства ради неге детета врати на исте или друге еквивалентне послове.¹⁷⁰³ Дакле, одсуство са посла због трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета не може бити разлог за ускраћивање права на стручно усавршавање, напредовање и стицање вишег звања односно премештаја на непосредно више извршилачко место. Притом, време током којег је запослена одсуствовала са

¹⁶⁹⁸ C. Barnard, *EU employment law*, op. cit., 405.

¹⁶⁹⁹ С друге стране, нема дискриминације ако је запослена премештена на други посао током родитељског одсуства као резултат реструктурирања предузећа. *Ibid.*

¹⁷⁰⁰ Nicole Busby, „The Evolution of Gender Equality and Related Employment Policies: The Case of Work-Family Reconciliation“, https://pure.strath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/85198185/Busby_IJDL_2018_The_evolution_of_gender_equality_and_related_employment_policies.pdf, 14.12.2023.

¹⁷⁰¹ У ранијој пракси британских судова се постојање полне дискриминације утврђивало на основу поређења запослених на породилском одсуству са запосленима који користе одсуство са рада због болести, да би се у каснијим одлукама одступило од тражења „хипотетичког упоређивача“, будући да само жене могу остати у другом стању, због чега није могуће вршити адекватно упоређивање са запосленима супротног пола. Jenifer Ross, *Employment law*, Dundee University Press, 2010, 165.

¹⁷⁰² Закон о раду, чл. 171.

¹⁷⁰³ Закон о родној равноправности, *Службени гласник РС*, бр. 52/2021, чл. 33. ст. 1.

рада због трудноће, породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета не узима се у обзир приликом процене квантитатива и квалитатива рада који врши послодавац. Такође, послодавац је дужан да након породилског одсуства породилју врати на послове, односно радно место на коме је радила пре одсуства или на одговарајуће послове, али не под неповољнијим условима (у погледу зараде, услова рада и сл.). Закон о родној равноправности одлази корак даље тако што изричито забрањује не само премештај на друге послове који нису исти или еквивалентни ранијим пословима, него и забрањује упућивање на рад код другог послодавца уколико је то за запосленог неповољније.¹⁷⁰⁴ Притом, ово правило не важи ако је упућивање на рад код другог послодавца извршено у складу са налазом надлежног здравственог органа, односно другог надлежног органа или због организационих промена код послодавца, односно промене унутрашњег уређења државног органа, органа аутономне покрајине и органа јединице локалне самоуправе. То је велики напредак у поређењу са ранијим Законом о равноправности полова који је угрубо формулисао обавезу послодавца да породилју након одсуства врати на исти или одговарајући посао. Ранија заштита запослених по повратку са породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета била је делимична и у форми декларације којом се забрањују одређена поступања послодавца, која су иначе забрањена Законом о раду.¹⁷⁰⁵ Штавише, Закон о равноправности полова је, у делу који се тиче распоређивања и напредовања, упућивао на закон у области рада када је реч о забрани отказа и премештаја на неодговарајуће послове по основу одсуства са посла због трудноће и родитељства. Поред тога, наглашавало се да припадност полу не може бити сметња за напредовање на послу и да одсуствовање са посла због трудноће и родитељства не сме бити сметња за избор у више звање, напредовање и стручно усавршавање.¹⁷⁰⁶

У случају дискриминације по повратку на посао са породилског одсуства, запослена може да поднесе пријаву Инспекцији за рад, тужбу надлежном суду или притужбу Поверенику за заштиту равноправности. Због страха од губитка посла запослене ређе прибегавају заштити својих права пред судом или Повереником за заштиту равноправности. Ипак, ваља поменути случај у којем је запослена са места пословног секретара у банци премештена на радно место благајнице након повратка са породилског одсуства.¹⁷⁰⁷ Ово, из разлога што је измењеним и допуњеним Правилником о систематизацији послова смањен број извршила на пословима пословног секретара, због чега је породилја премештена на други посао. Ту одлуку донео је послодавац на основу резултата рада за период када је запослена користила породилско одсуство. У поступку по притужби због дискриминације на основу пола и породичног статуса у области рада и запошљавања Повереник за заштиту равноправности донео је мишљења да послодавац мора применити објективне критеријуме и мерила на основу којих ће свеобухватно проценити радне вештине, знања и способности запослених, при чему не сме жене које нису оцењиване током трудноће и породилског одсуства доводити у неједнак положај у односу на остале запослене.

2.8. Премештај на друге послове са клаузулом пробног рада

Неретко у пракси послодавци приликом понуде запосленом за премештај на друге послове, у текст анекса уговора о раду имплементирају клаузулу о пробном раду. Наиме, на овај начин се оставља простор у оквирима закона да послодавац запосленом откаже уговор о раду по поједностављеном поступку који се односи на пробни рад, у случају да запослени не

¹⁷⁰⁴ Закон о родној равноправности, *Службени гласник РС*, бр. 52/2021, чл. 33. ст. 2.

¹⁷⁰⁵ Т. Ковачевић, „Забрана премештаја на ниже рангиране послове по повратку са породилског одсуства“, *op. cit.*, 260.

¹⁷⁰⁶ Закон о равноправности полова, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, чл. 16.

¹⁷⁰⁷ Equal Rights Trust, *Ravnopravnost u praksi: Primena antidiskriminacionih zakona u Srbiji*, London, 2019, 97.

задовољи очекивања и стандарде послодаваца на пословима који су предмет премештаја.¹⁷⁰⁸ Правни основ овакве праксе налази се у чињеници да српски Закон о раду не елиминише на експлицитан начин могућност уговарања пробног рада током радног односа. Наиме, Закон о раду прописује да послодавац и запослени могу да унесу клаузулу пробног рада у уговор о раду када је кроз практичан рад неопходно извршити процену знања и способности запосленог.¹⁷⁰⁹ Како се термин „уговор о раду“ у претежном делу текста закона генерички користи и за анекс уговора о раду, ово служи као основ за тумачење да стипулирање пробног рада није забрањено када се запослени премешта на друге послове за које закључује анекс. Са теоријског аспекта анализирано, у овој ситуацији се не ради о анексу ранијег уговора већ, заправо, о новом уговору о раду који суштински мења природу облигације запосленог и успоставља нове услове рада. Реч је о томе да је запослени првобитним ступањем у радни однос са послодавцем био оцењен као најбољи кандидат, на основу оцена компетенција и увида у биографију и претходно радно искуство запосленог. Супротно, послодавац одлучује да проверу способности изврши кроз тест практичног рада који везују за нову понуду уговора о раду. Следствено томе, опстанак уговора о раду зависи од резултата пробног рада што код претходног уговора о раду није био случај.

Ипак, код анекса уговора о раду то не би требало да буде случај, јер би пуноважност измена требало да буде везана за чињеницу да запослени по истеку пробног рада остане у радном односу код послодаваца само на новим пословима који су настали реорганизацијом пословања. Штавише, пробни рад се може уговорити за обављање једног или више повезаних или сродних послова, док се под применом посла не може сматрати ситуација у којој радни задаци не излазе изван поља квалификација запосленог. Основно је правило да ако послодавац има потребу да процени стручне компетенције запосленог, може приликом закључивања уговора о раду са њим, да уговори пробни рад, али не дуже од шест месеци. Уговарањем пробног рада радни однос се заснива под условом, који може бити одложни или раскидни, зависно од резултата пробног рада у смислу да ако пробни рад буде успешан наступа одложни услов и запослени остаје у радном односу, у супротном, наступа раскидни услов, те радни однос престаје.¹⁷¹⁰ Ситуацију измене уговора о раду која је праћена уношењем клаузуле пробног рада која првобитно није била договорена мења драстично услове рада, јер се запослени суочава са двоструким изменама с обзиром на то да му се поред премештаја на други посао нуде неповољнији услови рада који се огледају у поновној провери способности запосленог за рад на одређеним пословима који се од ранијих послова могу разликовати. То може бити оправдано, али исто тако може утицати и на запосленог који се суочава са страхом да пробни рад буде изговор за отказ уговора о раду што се не сме допустити.

Суштина пробног рада је да, када запослени једном заснује радни однос, након позитивне оцене пробног рада, његов радни однос постаје безуслован. Овакав закључак произлази из општих правила уговорног права, с тим да овакву интенцију законодавца на несумњив начин демонстрира и позиција члана који уређује пробни рад у структури Закона о раду.¹⁷¹¹ Наиме, реч је о одредбама које се налазе у поглављу које се односе искључиво на заснивање радног односа, те се може изнети аргумент да послодавац није овлашћен да понуду за премештај снабдева клаузулом пробног рада, већ само да ако након премештаја оцени да запослени нема потребна знања и способности за обављање послова на којима ради, односно да не остварује резултате рада, покрене поступак из члана 181а Закона о раду и запосленом откаже уговор о раду сагласно регулативи отказа. Из наведеног разлога послодавац не би био овлашћен да откаже уговор о раду запосленом који одбије понуду за закључење анекса за

¹⁷⁰⁸ Александар Петровић, „Пробни рад“, 363. Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z13/21z13.pdf>, 3.2.2024.

¹⁷⁰⁹ Закон о раду, чл. 36.

¹⁷¹⁰ Ana Vidat, „The modification of the individual employment contract assuming unpredictability“, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 1, бр. 1, 2012, 305.

¹⁷¹¹ Боровоје Живковић, „Измена уговора о раду“, *Судска пракса*, бр. 10-11, 2005, 8.

премештај на други посао, за који је предвиђен пробни рад, без обзира на то да ли је пракса послодавца да уговарање пробног рад управо везује за рад на тим пословима на које се запослени премешта. *De lege ferenda*, с обзиром на број злоупотреба у пракси, законом би требало експлицитно искључити могућност стипулисања пробног рада након заснивања радног односа.

Ако се изврши кратак преглед законске регулативе која уређује материју измена уговора о раду, изводи се закључак да постоје две групе ситуација, у смислу да се отказ као санкција у случају одбијања понуде анекса уговора о раду везује за премештај на друге одговарајуће послове где се нигде не спомиње пробни рад. Осим премештаја на други одговарајући посао који може бити санкционисан отказом, законодавац наводи и премештај у друго место рада, упућивање на рад код другог послодавца, измену зараде и остваривања права запослених у случају вишка.¹⁷¹² Чини се да је ова одредба сувишна ослањајући се на принцип слободе уговора који важи у материји измена уговора о раду, будући да послодавац свакако може, ако сматра целисходним, упутити понуду за измену елемента уговора о раду, али последице одбијања понуде неће увек резултирати отказом. Отуда, ако запослени не прихвати измене, послодавац не може захтевати од запосленог да поступа на начин који се коси са важећим уговором о раду, јер би то могло да се квалификује озбиљно кршење права и флагрантно нарушавање уговорних принципа за шта су предвиђене не само грађанскоправне, него и јавноправне санкције.¹⁷¹³

Све наведено се може посматрати из другачијег угла, у смислу да је законодавац имао жељу да обезбеди додатну заштиту запосленима јасним прописивањем случајева у којима се може изменити уговор о раду, поступак измене уговора и санкције када се понуда одбије, правећи у потоњем случају разлику између случајева који оправдавају отказ од оних где се отказ као последица одбијања сматра незаконитим. Ово из разлога што послодавац може нудити измене уговора о раду ван случајева који су експлицитно прописани законом, ако постоји сагласност запосленог и послодавца. Поређења ради, у Закону о раду Црне Горе наводи се дужи списак разлога за измену уговора о раду: 1) распоређивање на други одговарајући посао; 2) распоређивање у друго место рада на одговарајући посао код истог послодавца; 3) измене које се односе на зараду; 4) трансформација уговора о раду са одређеног на неодређено време; 5) продужење уговора о раду са запосленим на одређено време у периоду до 36 месеци; 6) измену уговора о раду са запосленим са непуног на пуно радно време, односно са пуног а непуно радно време; 7) распоређивање запосленог на радно место са вишим нивоом квалификације образовања у односу на постојећу квалификацију, на основу образовања, стручног оспособљавања и усавршавања; 8) утврђивање забране конкуренције; 9) продужење уговора о раду са запосленим који користи право на привремену спреченост за рад по основу одржавања трудноће, породилско, родитељско, усвојитељско и хранитељско одсуство, у складу са законом и 10) продужење уговора о раду после навршених 67 година живота ако запослени није навршио 15 година стажа осигурања до испуњења тог услова.¹⁷¹⁴ С тим у вези, уочава се да није презирано које су последице одбијања понуде у наведеним случајевима који, додуше, нису једини могући, јер се круг разлога може проширити колективним уговором раду, индивидуалним уговором о раду или споразумом. Из тога разлога је неопходно у српском праву изричито навести да се ван груписаних случајева, отказ као последица одбијања има сматрати ништавим, те разјаснити значење и функцију одредбе, нарочито у контексту уговарања пробног рада. У том смислу, коришћена формулација се не може похвалити, јер отвара простор за различита тумачења, а не даје одговор на кључна питања, као што је могућност уговарања пробног рада приликом премештаја запосленог на други посао.

На овом месту ваља указати на разлику између уговарања клаузуле пробног рада у анекс уговора о раду и измене уговора о раду током трајања пробног рада. У потоњем случају

¹⁷¹² *Ibid.*

¹⁷¹³ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 44.

¹⁷¹⁴ Закон о раду Црне Горе, чл. 47.

се током трајања пробног рада запослени премешта на други посао тако што му послодавац упућује понуду за измену уговора о пробном раду. Пробни рад може се уговорити и код радног односа на неодређено време и код радног односа на одређено време. Запослени који ради по основу уговора о пробном раду има иста права као и други запослени (право на зараду, одморе, уплату доприноса за социјално осигурање итд.), што значи да му се као и осталим запосленима може упутити понуда од стране послодавца у којој ће се предложити измена неких од услова рада (нпр. висина зараде).¹⁷¹⁵ У француској јуриспруденцији је прихваћен став да у оквиру уговорне слободе, стране могу изменити елементе уговора и током трајања пробног рада.

2.9. Привремени премештај

Привремени премештај носи обележје временске привремености и углавном се везује за наступање ванредних околности, због чега се користи изузетно, у случају, на пример, недостатка сировина или других материјала потребних за рад, нескривљеног прекида рада због несреће на послу, елементарних непогода и сл., ради замене одсутног радника, у случају више силе, непосредне опасности од стихијских појава, хаварије итд. Сходно томе, привремени премештај радника може трајати само док трају те изузетне околности. У појединим правним системима премештај може трајати највише неколико месеци (три или шест), док се у домаћем праву он ограничава на највише 45 радних дана у периоду од 12 месеци.¹⁷¹⁶ То значи да привремени премештај може бити коришћен само једном у једној календарској години, при чему се у решењу о премештају наводе разлози и изузетне околности које су наступиле. Дакле, ово је једини ситуација у којој српски законодавац предвиђа изричито одсуство анекса, будући да се премештај врши једнострано, без упућивања понуде за измену уговора од стране послодавца. Притом, до премештаја може доћи ако је потребно да се одређени посао изврши без одлагања, при чему запослени задржава основну зараду утврђену за посао са којег се премешта, ако је то повољније за њега.¹⁷¹⁷ Из тога следи да се запослени може преместити на послове узимајући у обзир његове стручне квалификација, али и не зависно од тога, уз обавезу задржавања претходне зараде. У случају више силе, када је већ наступила спољна околност која се није могла спречити, послодавац може распоредити запосленог на други посао, али само за време за које је потребно да се отклоне последице деловања више силе, да се спасу људски животи и осигура спречавање штете услед наступања пожара, поплаве, потреса, изненадних кварова на средствима за рад и тсл.¹⁷¹⁸ У руском праву у случају непогоде, удеса, пожара и других изузетних случајева који угрожавају живот или нормалне услове живота становништва, запослени може бити премештен без његове сагласности на период до месец дана на радно место које није било предвиђено уговором. Такође, привремени премештај запосленог је дозвољен у случајевима привременог застоја, обустава рада из економских или

¹⁷¹⁵ A. Nicolescu, „Implications of modifying individual employment contracts in the light of current Romanian legal provisions“, *op. cit.*, 61.

¹⁷¹⁶ Закон о раду, 172а.

¹⁷¹⁷ Закон о раду, чл. 172а. Запослени који одбије привремени премештај може бити отпушен због непоштовања радне дисциплине. Сентенца из решења Врховног касационог суда Рев2 636/2017 од 11.5.2017. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 24.4.2018. године.

¹⁷¹⁸ Ако погледамо социјалистичко доба, у случајеве привременог премештаја радника са једног на друго радно место није се убрајала проблематична ситуација „када због особних околности, радник долази у сукоб и немогућност да сарађује са радницима са којима је та сарадња нужна, те није у положају да са успехом обавља задатке радног места.“ Одлука Уставног суда Југославије, У 13/70 од 5.10.1970. Наиме, круг дисциплинских мера био је у закону таксативно наведен, тако да се мера премештаја из наведених разлога није могла изрећи, премда је према одредбама посебних закона постојала могућност дисциплинског кажњавања радника на овај начин. Премештај, начелно, није био допустив, али је изузетно постојала могућност да се радник премести привремено ако за то постоји правни основ у посебном закону, док траје изречена казна.

организационих разлога.¹⁷¹⁹ Другим речима, привремени премештај се реализује без сагласности запосленог и могућ је ако производне потребе и застој у послу то изискују.

Премештај може бити трајни (без навођења периода) и привремени (на одређени период). За привремени премештај налози (упутства) послодавца о премештају морају да садрже назнаку одређеног временског периода, у коме ће запослени обављати друге послове или датум до којег је премештај ефективан. Дакле, привремени премештај је још једна манифестација управљачке моћи послодавца у односу на запослене. Законска дефиниција производне нужде садржи отворену и широку листу случајева који припадају овој категорији. Наиме, „производна потреба је потреба да послодавац спречи катастрофу, индустријску несрећу или одмах отклони њихове последице или последице природне катастрофе, спречи несреће, застоје,¹⁷²⁰ уништење или оштећење имовине и у другим изузетним случајевима, као и да замени недостајућег радника.“¹⁷²¹ Дакле, недостаје описна дефиниција производне потребе, али се даје листа случајева која није затвореног типа. С тим у вези, користи се евалуативни концепт „изузетних случајева“, што се широко тумачи, чиме се крши принцип извесности радне функције запосленог.¹⁷²² Штавише, законодавац је раније дозвољавао да се листа прошири и у другим случајевима ако су утврђени на споразумној основи. Из тог разлога је потребно да се производна потреба ограничи на изузетне, ванредне и непредвиђене ситуације. Када је реч о привременом премештају ради замене одсутног запосленог, послодавац има право да запосленог премести без његове сагласности на период до месец дана неограничени број пута у току календарске године, што може резултирати постајањем принудног рада у пракси. Из тог разлога је Закон о раду Белорусије из 1972. године увео гаранцију против неоправдано честих премештаја ради замене привремено одсутног запосленог ограничавајући овај премештај на један месец у току календарске године.¹⁷²³ Иначе, премештај ради замене привремено одсутног запосленог није самосталан по природи, већ врста привременог премештаја из производних разлога. Коначно, белоруско право не садржи правило које ограничава прелазак на ниже квалификоване послове у току застоја или за замену привремено одсутног радника.¹⁷²⁴ С друге стране, Законик о раду Руске Федерације садржи норму којом се може ограничити привремени премештај, у смислу да запослени не може бити премештен на посао који захтева ниже квалификације, без његовог пристанка.¹⁷²⁵ Ово је учињено првенствено са циљем да се заштити достојанство радника и спречи професионална и материјална деградација. Захтев да се радна функција узме у обзир приликом премештаја због застоја не решава проблем, јер непостојање упражњеног радног места са сличним квалификацијама није само по себи препрека за премештај висококвалификованих запослених на нискоквалификоване послове. Када разматрају случајеве привременог премештаја судови морају да провере како присуство наведених услова, тако и усклађеност са целокупном процедуром за такве премештаје.¹⁷²⁶

Закон о раду Црне Горе познаје особен разлог распоређивања запосленог на радно место с вишим нивоом квалификације образовања у односу на постојећу, на основу образовања, стручног оспособљавања и усавршавања чиме му се омогућава да без раскидања

¹⁷¹⁹ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, *op. cit.*, 78.

¹⁷²⁰ Застој је привремена обустава рада из економских, организационих, техничко-технолошких разлога. Закон о раду Белорусије по први пут пружа правну дефиницију застоја, као привремено (не дуже од шест месеци) одсуства са посла због производног или економског разлога (квар опреме, недостатак материјала, сировина, струје итд.). Штавише, у случају привременог премештаја у вези са застојем, послодавац може извршити премештај водећи рачуна о радној функцији запосленог. *Ibid.*, 113.

¹⁷²¹ Y. Kryvoi, „Belarus“, *op. cit.*, 55.

¹⁷²² *Ibid.*

¹⁷²³ A. Vidat, „The modification of the individual employment contract assuming unpredictability“, *op. cit.*, 306.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, 307.

¹⁷²⁵ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, *op. cit.*, 78.

¹⁷²⁶ P. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 176.

постојећег уговора о раду обави приправнички стаж.¹⁷²⁷ У конкретном случају, ради се о привременом распоређивању, у периоду од шест или девет месеци (зависно од нивоа квалификације за коју се стручно оспособљава). Након истека поменутог периода (шест или девет месеци) запослени ће бити „враћен“ на претходно радно место, а уколико постоји сагласност послодавца може бити новим анексом распоређен на радно место које је у складу с накнадно стеченим нивоом квалификације образовања.

У недостатку законских одредби у француском праву, правила која се односе на премештај запослених у друго место рада дефинисана су у богатој судској пракси. Тако, француски Касациони суд сматра да у недостатку уговорне клаузуле мобилности, промена радног места, у сектору различитом од оног у коме запослени ради, у принципу представља измену уговора о раду за коју је потребна сагласност запосленог.¹⁷²⁸ Такође, Суд је имао прилику да разјасни специфичан режим који регулише привремени премештај запосленог, те је у том смислу потврђено да наметнута повремени путовања ван географског сектора у којем запослени обично ради не представљају измену уговора о раду.¹⁷²⁹ Према ранијем решењу привремени или повремени премештај запосленог могао је бити ван географског сектора и без измене елемената уговора о раду, под условом да је мера оправдана интересом компаније и да специфичне функције запосленог захтевају његову мобилност. Но, поменути правни режим је преиначен 2010. године, тако да привремени премештај запосленог неће повлачити измену елемената уговора о раду ако су испуњена три кумулативна услова: 1) нови привремени распоред запосленог мора бити мотивисан интересом компаније; 2) то мора бити оправдано изузетним околностима и 3) запослени мора бити унапред и у разумном року обавештен о привременој природи свог новог задатка, као и о његовом оквирном („предвидивом“) трајању.¹⁷³⁰ У предметном случају који је представљао окосницу у изградњи другачијих правила запослена је отпуштена јер је одбила нови привремени распоред о чему је обавештена два дана пре него што је ступио на снагу и без икаквих детаља о његовом трајању. Заправо, Суд је сматрао да је отказ без стварног и озбиљног разлога због тога што је запослени био непотпуно информисан, имајући у виду дужност послодавца да прецизно наведе трајање новог задатка и његово оквирно трајање. Из тога следи да је послодавац, у ствари, повредио уговор о раду, јер уместо да прибави сагласност запосленог за измену тог елемента, он га је једноставно обавестио о чињеници да је распоред рада привремено измењен.

Коначно, треба се осврнути и на питање односа службеног путовања и премештаја. Службено путовање је путовање запосленог по налогу послодавца на одређено време ван места његовог сталног рада ради обављања службеног задатка. Наиме, службено путовање је путовање запосленог по налогу шефа удружења, предузећа, установе и организације на одређено време у циљу извршетка повереног задатка. Током службеног пута стране остају исте, за разлику од привременог премештаја код другог послодавца, али се индивидуални услови рада запосленог неко време мењају. Дакле, може се говорити о привременој промени услова уговора о раду за време службеног путовања, када се у уговору о раду одређује друго радно место и/или посебан распоред радног времена.¹⁷³¹ За време службеног путовања, запослени обавља посао, по правилу, на другом месту ван места сталног рада, с тим да упућени запослени не обавља читав низ својих радних обавеза, већ се концентрише на обављање одређеног службеног задатка. У руском праву се не могу наћи ограничења броја службених путовања у било ком календарском периоду.¹⁷³² Приликом ангажовања запосленог на пословима који подразумевају бројна службена путовања, послодавац је дужан да обавести запосленог о путујућем карактеру његовог будућег рада, будући да непостојање таквих

¹⁷²⁷ Закон о раду Црне Горе, чл. 49.

¹⁷²⁸ Cass. Soc., 20 octobre 1998, n°96-40.757.

¹⁷²⁹ Cass. Soc., 22 janvier juin 2003, n°00-43.826; Cass. Soc., 15 mars 2006, n°04-47.368

¹⁷³⁰ P. Waquet, „Variations sur le thème de la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 176.

¹⁷³¹ Бранко А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 900.

¹⁷³² К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 78.

информација доводи до повреде права запосленог да буде информисан о важним аспектима рада. Упућивање запосленог на службени пут послодавац врши једнострано (изузев службеног пута у трајању дужем од 30 дана, када је потребна сагласност запосленог) издавањем наредбе и путног налога. С друге стране, у аустријском праву, ако службено путовање које је одредио послодавац траје дуже од 13 недеља, онда се врши премештај радника који захтева одобрење радничког савета.¹⁷³³

2. Премештај у друго место рада

Место рада представља физичку или географску област у којој послодавац послује, док се радним местом означава конкретна позиција запосленог у којој се врши рад. Узето скупа, места рада је „простор у којем радник обавља послове свог радног места, према уговору о раду“.¹⁷³⁴ Уз то, радно место се одређује и као „организационо-техничка јединица, коју чини један или више сродних, међусобно повезаних послова, на које се може распоредити један или више радника с одређеним стручним и другим способностима“.¹⁷³⁵ Одређивање места рада је значајно из разлога што је контрола послодавца временски и просторно „омеђена“, док је присуство запосленог на месту рада услов за делотворно вршење управљачких и других овлашћења у циљу постизања ефикасне организације рада и максималне продуктивности. Отуда се и појам места рада конструише кроз три конститутивна елемента: 1) намена, 2) доступност запосленима и 3) могућност послодавчеве контроле која може лимитирана у зависности од природе посла.¹⁷³⁶ С друге стране, елемент географске (просторне) одређености није у теорији једногласно прихваћен као есенцијалан, премда оправдан његова поузданост се доводи у питање у случајевима када не може бити прецизно одређен.

У италијанском праву премештај радника регулисан је у петом делу Грађанског законика.¹⁷³⁷ Нажалост, не постоји законска одредба која уопштено дефинише шта је „место рада“ као правна категорија. Притом, у том правном систему се место рада користи упоредо са термином производна јединица, тако да запослени може бити премештен из једне у другу производну јединицу која припада истом послодавцу.¹⁷³⁸ Како се у ранијој домаћој литератури указивало, премештај радника у друго место рада у којем се налази погон (радна јединица) исте радне организације не значи промену једног субјекта радног односа, ако сви ти организациони делови потчињени централном органу и чине саставни део јединственог система.¹⁷³⁹ Производна јединица у оквиру предузећа је најшири корпоративни ентитет или организациона целина, која је технички и административно самостална и подобна за обављање у целини или делимично делатности производње или пружања услуга предузећа. Дакле, производна јединица мора располагати ресурсима за успешно вршење читавог производног циклуса.¹⁷⁴⁰ Постојање техничких, организационих или производних разлога мора се утврдити у тренутку премештаја и може се односити на једну или обе производне јединице укључене у поступак премештаја запосленог.

Место рада је битан елемент уговора о раду, а присуство запосленог на месту рада представља извршавање уговора. С тим у вези, енглески Закон о радним правима из 1996. године предвиђа да писана изјава послодавца обавезно садржи место рада односно ако

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ Љ. Ковачевић, *Заснивање радног односа*, *op. cit.*, 490.

¹⁷³⁵ П. Јовановић, *Радно право*, *op. cit.*, 185.

¹⁷³⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 465.

¹⁷³⁷ Италијански грађански законик, чл. 2103.

¹⁷³⁸ Michele Tiraboschi, „Recent changes in the Italian Labour Law“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 88.

¹⁷³⁹ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 268.

¹⁷⁴⁰ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 249.

запослени ради на различитим местима назнаку о томе и адресу послодавца.¹⁷⁴¹ У новелираној верзији хрватског Закона о раду је обавезна садржина уговора о раду делимично измењена и допуњена новим елементима, те се тако може ставити податак о различитим местима на којима се рад обавља или би се могао обављати.¹⁷⁴² Неопходно је да то изричито буде наведено у уговору о раду или да су конкретне околности довољно јасне и прецизне да запослени схвати да природа његовог посла укључује такву мобилност. То што је уговором о раду заправо предвиђено да извођење радова може, у зависности од потреба предузећа, бити на другом месту рада у односу на место рада на које је распоређен, не подразумева постојање клаузуле географске мобилности.

Извршавање престације рада се везује за место рада, с тим да појам места рада може бити једнострано одређен од стране послодавца, док промена места рада подлеже споразуму.¹⁷⁴³ У недостатку јасне и експлицитне клаузуле која утврђује место рада на стабилан начин, измена места рада се у упоредном праву процењује из угла принципа добре вере. Како је оправдано примећено такве клаузуле стварају антиномију између мобилности као друштвене и правне чињенице и обавезујуће снаге уговора.¹⁷⁴⁴ Клаузула о радном месту која означава да ће запослени обављати своју делатност на одређеној локацији није битан елемент уговора о раду, ако вршење престација рада претпоставља покретљивост радника. Запослени стога неће моћи да одбије промену места рада коју му је наложио послодавац. Међутим, ако је јасном и прецизном клаузулом предвиђено да ће запослени обављати свој посао искључиво на одређеној локацији, онда ће послодавац бити у обавези да затражи сагласност запосленог у случају измене.¹⁷⁴⁵ У вези са местом рада ваља указати на два могућа сценарија да место рада није у уговору прецизно одређено или је предвиђена могућност рада на различитим радним местима који чине део организационе јединице предузећа.

Примера ради, италијански Краљевски законодавни декрет од 31. маја 1946. године, број 511, пружао је гаранције судијама и заменицима јавног тужиоца да не могу бити премештени на други посао или у друго место рада без њиховог пристанка, осим у случајевима када се по мишљењу Вишег савета судства налазе у положају који је неспојив са вршењем јавне функције, те када не могу вршити своје дужности независно и непристрасно из разлога који им се не може приписати у кривицу. Мишљење Вишег савета судства је обавезујуће када је реч о судијама за прекршаје (магистратима).¹⁷⁴⁶ Према важећем решењу италијанског права радник који је сродник особе са инвалидитетом има право избора места рада које је најближе пребивалишту лица о којем се брине, уколико је то реално изводљиво и објективно могуће, и не може једностраном одлуком послодавца бити премештен у друго место рада.¹⁷⁴⁷ На тај начин законодавац настоји да афирмише развој заштите особа са инвалидитетом, као најосетљивијег елемента социјалне политике уз истовремено уважавање економских слобода. Слично томе, промена места рада, чак и у оквиру клаузуле географске мобилности, мора бити предмет преговора између запосленог и послодавца, како би се избегло да запослени буде премештен у земље са другачијим правним уређењем, традицијом и културом, што може довести запосленог у нелагодну ситуацију. Тиме ће се, примера ради, избећи слање хомосексуалне особе у земљу у којој је хомосексуалност кривично дело, што би представљало дискриминацију дотичне особе.¹⁷⁴⁸

¹⁷⁴¹ M. Irving, *The contract of employment*, op. cit., 289.

¹⁷⁴² Више о овом решењу и законским новинама вид.: Andrijana Bilić, *Radno pravo*, Impresum, Zagreb, 2021, 58.

¹⁷⁴³ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, op. cit., 66.

¹⁷⁴⁴ Ibid.

¹⁷⁴⁵ Cass. soc., 15 mars 2006, n° 02-46.496.

¹⁷⁴⁶ Michele Tiraboschi, „Recent changes in the Italian Labour Law“, op. cit., 89.

¹⁷⁴⁷ Carmen Nenu, Carmina Popescu, Ilona Zenker, *Guide for Romanian and German Labour Law: Basics of the Employment Relationship*, Studies on Romanian and German Law, Herstellung und Verlag, Norderstedt, 2014, 71.

¹⁷⁴⁸ То решење је прихваћено у француском праву. Вид.: Француски Законик о раду, чл. Л. 1132-3-2.

У румунском праву се прави разлика између премештаја у друго место рада за које се може уговорити географска клаузула мобилности и „делегације“ односно упућивања у друго место рада до које може доћи на основу једностране одлуке послодавца. У другој наведеној ситуацији долази до једностране измене уговора о раду која је привременог карактера и траје најдуже 60 календарских дана у 12 узастопних месеци.¹⁷⁴⁹ Након истека 60 календарских дана могуће је накнадно продужење трајања „делегације“ искључиво уз сагласност запосленог. Притом, „делегација“ подразумева вишеструку измену услова рада јер се односи не само на место рада (тзв. географска мобилност), него и на дужности запосленог (тзв. функционална мобилност). Трошкове премештаја који укључују смештај и превоз сноси послодавац, уз обавезу једнократне исплате накнаде запосленом на име премештаја, у складу са законом или колективним уговором о раду. То је неповољније решење у односу на одредбе српског Закона о раду, који изузетно допушта привремени премештај на друге послове ако се стекну материјални услови, у смислу неодложности послова који треба да се изврше. Осим тога, трајање премештаја је краће и износи 45 радних дана у једној календарској години без могућности продужења за разлику од 60 календарских дана које прописује румунски законодавац. Наравно, треба имати у виду да се према домаћем праву рок трајања одређују у оквиру радних дана, а не календарских дана као у румском праву, што ублажава разлику у погледу дужине трајања премештаја.

Да би се успешно ослонили на клаузулу географске мобилности за увођење значајних промена у погледу радне локације, послодавци треба да обавесте запослене што је могуће пре о предложеној измени, обезбеде детаље у вези са изменом и образложење на предлог измене, ако је потребно ради правилног и потпуног сагледавања положаја запослених и услова рада који се мењају. Такође, неопходно је да послодавци пруже прилику запосленима да дају изјаве у вези са променама пре увођења било каквих мера или отказивања уговора. У једном случају, ирски Врховни суд је утврдио да је послодавац прекршио уговор о раду када је настојао да се ослони на општу клаузулу мобилности да би преместио запосленог из јужног у северозападни део предграђа Даблина без икаквог претходног обавештења или консултације.¹⁷⁵⁰

На други интересантан пример наилазимо у богатој немачкој пракси. Мера „Будућа интерна служба“, која је дефинисана као део усаглашавања интереса и друштвеног плана, обухватала је пресељење 59 запослених унутар урбаног подручја Берлина на другу локацију.¹⁷⁵¹ Удаљеност између локација аутомобилом је 12,1 km, а време путовања између локација јавним превозом је најмање 46 минута. Послодавац је спровео планирану меру без претходног укључивања радничког савета у поступак одлучивања о премештају радника. Сви запослени у оперативној јединици су погођени премештајем у друго место рада, при чему им нису додељена друга радна места.¹⁷⁵² Функционални односи између запослених, природа њиховог посла, њихова интеграција у радне процесе компаније и одговорности руководећих запослених нису се променили. С друге стране, „не ради се о премештају погођених запослених, ако се оперативне јединице у седишту компаније измештају неколико километара унутар организационе заједнице без промена на конкретном радном месту запосленог и његовом односу према радном окружењу“.¹⁷⁵³

Што се тиче места рада, француска судска пракса је значајно еволуирала. У мери у којој уговором о раду није изричито прецизирано да се посао мора обављати искључиво на одређеној локацији или ако уговор не садржи клаузулу географске мобилности, географски сектор премештаја ће одредити природу измене радног односа. Тако, у две пресуде од 2003.

¹⁷⁴⁹ C. Nenu, C. Popescu, I. Zenker, *Guide for Romanian and German Labour Law: Basics of the Employment Relationship*, op. cit., 71.

¹⁷⁵⁰ M. Irving, *The contract of employment*, op. cit., 289.

¹⁷⁵¹ C. Nenu, C. Popescu, I. Zenker, *Guide for Romanian and German Labour Law: Basics of the Employment Relationship*, op. cit., 71.

¹⁷⁵² M. Fleck, *Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland und Chile*, op. cit., 141.

¹⁷⁵³ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 177.

године, суд сматра да помињање места рада у уговору о раду има само информативну вредност.¹⁷⁵⁴ Послодавац може чак и у одсуству клаузуле географске мобилности, да мења место рада у оквиру истог географског сектора, а да се ова измена не сматра изменом уговора. Када се премештај одвија у истом географском сектору у коме је запослени био обавезан да обавља своје дужности, ради се о једноставној промени услова рада којој се запослени не може противити. Притом, да би се горе поменути правила применила неопходно је да се промена односи искључиво на радно место. Дакле, ако премештај утиче на неки други елемент уговора о раду, то ће бити измена уговора о раду за који је потребна сагласност запосленог.

С тим у вези, ваља поменути да место рада у зависности од начина на који је формулисано може имати информативан значај. То важи у случају када у уговору о раду није назначено на јасан и прецизан начин да ће запослени обављати посао искључиво на прецизно одређеној локацији. Као део реорганизације својих истраживачких и развојних активности компанија *Aventis Pharma* је планирала да повери трима главним организационим јединицама управљање једном или више области процеса истраживања или развоја, што би требало да доведе до трансфера активности и особља унутар Париског региона.¹⁷⁵⁵ Уз то, информативно-консултативни поступак са централним радничким саветом је покренут и донет социјални план, али су се запослени преко синдиката успротивили трансферу. Како је закључено надлежност синдиката за предузимање правних радњи не може бити већа од опсега територијалног деловања синдиката, као што је наведено у статуту, те да синдикат једне од оснивачких јединица предузећа није надлежан да оспорава поступак спроведен у оквиру пројекта компаније који је поднет Централном радничком савету и свим релевантним одборима за оснивање. Иако су изричитом одредбом странке уговориле места рада, према оцени француског Касационог суда „навођење места рада има информативну вредност, осим ако није јасно и прецизно предвиђено да ће запослени обављати посао искључиво у том месту“.¹⁷⁵⁶

2.1. Услови за премештај у друго место рада

Клаузула географске мобилности, која омогућава послодавцу да једнострано измени место рада, постаје све чешћа у уговорима о раду, како из практичних разлога, јер послодавци инсистирају на већој мобилности радника, тако и из разлога несигурности у смислу шта кишобран појам „географски реон“ обухвата. Тако је у француској јуриспруденцији потврђено да клаузула географске мобилности мора прецизно дефинисати географску област своје примене, те да је „клаузула мобилности неодређена,“ ако је послодавац уговором резервисао могућност измене радног места запосленог у складу са потребама службе.¹⁷⁵⁷ Из тога произлази да „неодређена клаузула мобилности“ не дозвољава послодавцу да изврши премештај запосленог без његовог пристанка. У сваком случају, на запосленом је да докаже да је одлука послодавца, у ствари, донета из разлога који нису повезани са интересом предузећа или је послодавац прекршио принцип поступања у доброј вери.

У једном предмету, доведена је у питање валидност клаузуле географске мобилности према којој је послодавац задржао право да измени реон, тражећи од запосленог да борави у том реону у периоду од шест месеци од настанка промене уговора. Пре неколико година,

¹⁷⁵⁴ Cass. soc., 3 juin 2003, 2 arrêts, n° 01-40.376. Као пример може се навести случај у којем је запослени радио као директор агенције у Поатјеу, док је његова супруга радила као административни радник, али је након три године објављено затварање те јединице и њено премештање у Фонтниј. Тада је утврђено да радно место које је одредио послодавац не представља измену уговора о раду, јер уговором није јасно опредељено да ће запослени радити искључиво на тој локацији. Cass. soc., 15 mars 2006, n° 02-46.496.

¹⁷⁵⁵ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 21 janvier 2004, 02-12.712.

¹⁷⁵⁶ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 107.

¹⁷⁵⁷ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 17 juillet 2007, 06-41.630.

француски Касациони суд, је позивајући се на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, по први пут, узео у обзир чланове наведене конвенције, према којој свако има право на поштовање пребивалишта и да је слободан избор пребивалишта један од атрибута тог права, те да је ограничење тог права једино могуће ако је то неопходно ради заштите легитимних интереса предузећа.¹⁷⁵⁸

Особа са инвалидитетом или запослени о којем се стара родитељ, супружник или рођак са тешким инвалидитетом има право да бира место рада најближе његовом дому или пребивалишту лица коме се пружа помоћ и не може бити премештен у друго место рада без његовог пристанка. Шпански закон о радним односима из 1976. године је увео концепт преференцијалних гаранција за случај да оба супружника раде код истог послодавца, у смислу да један супружник може да тражи премештај у место рада где је распоређен други супружник, под условом да у траженом месту рада постоје слободни послови.¹⁷⁵⁹ Ради очувања породичног живота, шпанско право предвиђа да ако супружници раде код истог послодавца а један од супружника буде премешен, други супружник може упутити понуду за измену уговора о раду у случају постојања слободних послова на истом месту рада. У случају привременог премештаја који траје највише 12 месеце за период од три године, запослени има право на плаћено одсуство са рада у трајању од четири дана и то за свака четири месеца рада ван свог пребивалишта.

Када место рада није унапред одређено, нити је у уговор о раду укључена клаузула географске мобилности, запослени може бити премештен у друго место рада, ако се оно налази у оквиру истог географског сектора. Због озбиљних последица на живот и рад запосленог, клаузуле географске мобилности подлежу ограничењима која могу имати последице у тренутку уметања клаузуле или током њене примене. Ово посебно важи када су у питању клаузуле које имају за циљ измену радне функције или географску алокацију, будући да то слаби утврђену или одредиву природу предмета уговора о раду, због чега је њихова валидност доведена у сумњу међу француским теоретичарима.¹⁷⁶⁰ Штавише, француска судска пракса је поставила услове важења клаузуле којом се послодавци овлашћују да мењају расподелу радног времена у уговорима о раду са непуним радним временом. Примера ради, то могу бити ограничења која се тичу навођења ситуација у којима је то допуштено, ако се тиме не изазивају пометње у породичном и приватном животу запосленог, не злоупотребава управљачка моћ и извршено је у доброј вери.¹⁷⁶¹ Надаље, ако одлука послодавца није заснована у интересу компаније, позивање на клаузулу мобилности је ништа друго до злоупотреба права према оцени највишег суда у Француској, с тим да је запослени дужан да пружи доказе којима се та тврдња потврђује. Исто тако, постоји злоупотреба права када послодавац није поштовао отказни рок или услове које се тичу обавештења предвиђених колективним уговором у вези примене клаузуле.¹⁷⁶² Притом, када је клаузула мобилности предвиђена колективним уговором о раду, послодавац не врши измену индивидуалног уговора о раду распоређујући запосленог у друго место рада. Такође, ваља поменути да швајцарски законодавац предвиђа да, ако недостатак утиче само на поједине делове уговора, онда су само ови делови ништави све док се не може претпоставити да уговор уопште не би био закључен без ништавог дела.¹⁷⁶³ Ипак, остају многа питања отворена када је у уговору о раду тачно назначена радно место или локација, или је уз одређено место рада или локацију додата клаузула географске мобилности

¹⁷⁵⁸ Нав. према: E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 107.

¹⁷⁵⁹ J. I. García Ninet, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, op. cit., 67 et seq.

¹⁷⁶⁰ Наиме, чланови 1108 и 1129 француског Грађанског законика садрже одредбу којом су неодређене клаузуле ништаве.

¹⁷⁶¹ Cécile Thepot-Olagne, „Transfert des contrats de travail en cas de transmission d’entreprise: une analyse économique du droit d’opposition du salarié“, *Management & Avenir*, No. 79, 147.

¹⁷⁶² Henrik de Brier, *La mobilité du salarié*, Avignon Université Faculté de Droit, Avignon, 2015, 328.

¹⁷⁶³ *Ibid.*

односно да ли се клаузула мобилности може правно нападати иако странке нису постигле јасан договор о месту рада.¹⁷⁶⁴

Начелно посматрано, клаузуле уговора о раду којима се делом или у целини мења уговор о раду вољом једне стране су ништаве у француском праву, у складу са чл. 1134. ст. 2 Грађанског законика, који прописује да се запослени не може пуноважно одрећи права које има по закону. Ипак, поједине клаузуле су у пракси Касационог суда прихваћене као допуштене, премда се легитимност тих клаузула може оспоравати.¹⁷⁶⁵ Контрола легитимитета подразумева проверу да ли клаузула, противно функцијама које су поверене запосленом, доводи до ограничења индивидуалних и колективних слобода. Ипак, полази се од претпоставке да је услов легитимности испуњен односно да није дошло да злоупотребе права или признатих овлашћења, те да је послодавац поступио у доброј вери. Злоупотреба права се утврђује на основу услова примене клаузуле, па тако послодавац није поступио у доброј вери када је наметнуо запосленом да изврши нови задатак у року од 24 сата на локацији која је удаљена 150 km, а средства јавног превоза не функционишу.

Флексибилно уговарање места рада није предмет дебате у домаћем праву, али су се зато копља дуго ломила око тога да ли су Законом побројани услови за премештај кумулативно или алтернативно постављени. Према једном схватању, послодавац, који због специфичне делатности (грађевинарство, телекомуникације, електродистрибуција, саобраћај, обављање монтажних радова) послове обавља ван матичног седишта, има право да запосленог премести у друго место рада, независно од удаљености тог другог места рада и спремности послодавца на накнаду трошкова превоза.¹⁷⁶⁶ Наиме, ово неприкосновено право гарантовано послодавцу се објашњава особеном делатношћу послодавца која то оправдава. Дакле, када је разлог премештаја специфична делатност послодавца, ниједан други услов за премештај не мора бити испуњен, будући да се природа делатности послодавца сматра *per se* довољним разлогом за законити премештај, без могућности запосленог да се томе успротиви улагањем приговара.

У другом случају, када разлог премештаја у друго место рада није специфична делатност послодавца, запослени може бити премештен само ако су кумулативно испуњени услови да је удаљеност од места у коме запослени ради до места у које се премешта мања од 50 km и да је организован редован превоз и обезбеђена накнада трошкова истог.¹⁷⁶⁷ Тада није потребно да буде испуњен услов обављања делатности послодавца ван седишта и ван организационог дела, тако да у радијусу од 50 km запослени може бити премештен било где, ако је организован и плаћен превоз. С друге стране, илустративна судска пракса стоји на становишту да сви законом прописани услови за премештај у друго место рада морају бити кумулативно испуњени, без обзира да ли је реч о послодавцима који обављају специфичну делатност или не. У том смислу, наведена три услова морају бити испуњена у сваком случају, како би послодавац мога захтевати премештај у друго место рада, чије одбијање може резултирати отказом. Није у складу са Законом о раду тумачење да послодавци, у зависности од делатности могу одступити од услова који се тичу удаљености и накнаде трошкова превоза. Другачије сагледавање ствари је последица непрецизне законске норме која подваја „специфичне“ и „неспецифичне“ делатности, а која се као и свака клаузула мора тумачити *in favorem laboratoris*.¹⁷⁶⁸

¹⁷⁶⁴ E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du travail*, op. cit., 107.

¹⁷⁶⁵ Примера ради, мобилност праћена променом пребивалиштва. Штавише, поједини колективни уговори искључују могућност примене клаузуле географске мобилности за одређене професионалне категорије.

¹⁷⁶⁶ Б. Живковић, „Отказ уговора о раду због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, op. cit., 61.

¹⁷⁶⁷ У немачком праву, измена уговора о раду није потребна ако је реч о „мањем премештају“ који се мери у зависности од километраже, те тако премештај на друго место рада које је од ранијег удаљено више од 100 km излази изван оквира управљачке власти, ако место рада није прецизно одређено уговором о раду или није утврђено јединствено место рада. Maren Fleck, *Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses in Deutschland und Chile*, Peter Lang, Berlin, 2018, 141.

¹⁷⁶⁸ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, op. cit., 63.

2.2. Значење појма „друго место рада“

Наиме, Закон о раду Републике Србије, иако прописује место рада као обавезан елемент уговора о раду, не дефинише појам места рада, те су могућа два закључка: 1) да је место рада заправо радно место запосленог, пункт намењен за редовно обављање посла за који је закључио уговор о раду (канцеларија, фабрички погон, шалтер) или 2) да је место рада заправо насеље, место у географском смислу, у коме се налази организациони део у коме запослени обавља своје послове (град, село).¹⁷⁶⁹ На предметно питање је свакако потребно одговорити, јер од њега зависи могућност послодавца да запосленог у оквиру једног географског места премешта без закључења анекса и утврђивање раздаљине релевантне за премештај у друго место рада, будући да се полазна и долазна тачка разликују зависно од тога како се квалификује место рада.¹⁷⁷⁰ Приликом одређивања места рада и регулисања начина његове измене, неопходно је истовремено постићи два циља: 1) заштита запосленог од *mala fides* поступања послодавца, услед чега је потребно обезбедити да запослени буду премештени само у случају стварних потреба процеса рада и 2) омогућити послодавцу да може да мења радно место запосленог без потребе да за сваку појединачну промену радног места, па и најмању (из једне у другу пословну зграду у истом месту), мора да покреће поступак закључивања анекса уговора о раду.¹⁷⁷¹

Међутим, када се премештај врши ван географског сектора, послодавац мора да прибави сагласност запосленог, осим када постоји клаузула географске мобилности, пошто ова последња материјализује претходни пристанак запосленог.¹⁷⁷² Географски сектор се оцењује од случаја до случаја имајући у виду одређене објективне елементе, попут постојања јавног превоз на релацији места рада и пребивалишта запосленог. С друге стране, у шпанском праву се географска мобилност разликује у зависности од тога да ли промена места рада повлачи и промену пребивалишта запосленог. У случају негативног одговора, реч је о географској мобилности *lato sensu*, која ужива другачији правни третман.¹⁷⁷³

Слично решење познаје и црногорско право, с тим да се под местом рада подразумева територија друге општине, при чему удаљеност од места у којем запослени ради до места у којем се премешта мања од 60 km. Уколико се делатност послодавца одвија на више места на територији исте општине, у том случају не постоје ограничења која важе за распоређивање на рад малолетника и других посебно осетљивих категорија.¹⁷⁷⁴ Наиме, трудна запослена, запослена жена која има дете до пет година живота и самохрани родитељ који има дете млађе од седам година живота, запослени родитељ, усвојитељ или хранитељ, односно старатељ који има дете са тежим сметњама у развоју и запослено лице са инвалидитетом, не могу бити распоређени на рад у друго место ван места пребивалишта, односно боравишта, без њихове писане сагласности.¹⁷⁷⁵ Према Закон о раду Црне Горе из 2008. године удаљеност је мерена не само од места рада, већ и од места пребивалишта, односно боравишта запосленог. Нови законодавни приступ искључује место пребивалишта, односно боравишта запосленог, имајући у виду да се у конкретном случају ради о потребама процеса рада, те да је запослени добровољно засновао радни однос ван места свог пребивалишта, односно боравишта. Уместо

¹⁷⁶⁹ *Ibid.*, 64.

¹⁷⁷⁰ Malcolm Sargeant, David Lewis, *Employment Law*, Fourth edition, Pearson Education, London, 2008, 81.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*

¹⁷⁷² Beatriz Sánchez Terciado, *La movilidad funcional y geográfica en el marco de la flexibilidad interna*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018, 40.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁷⁴ Весна Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, *op. cit.*, 147.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*

ранијег решења, нови метод је као сатисфакцију за запослене који не прихвате распоређивање у друго место рада предвидео право на отпремнину.¹⁷⁷⁶ Следећи услов је да је организован редован превоз, који омогућава благовремени долазак на рад и повратак са рада под овим условом се подразумева да постоји организован редован јавни превоз (у аутобуском или железничком саобраћају), што не искључује могућност да послодавац сам организује превоз у друго место рада (у том случају, запослени не би имали право на накнаду трошкова превоза).¹⁷⁷⁷ Дакле, понуда за измену елемената уговора о раду у овом случају може бити ваљана само ако су испуњени горе наведени услови.

У супротном, запослени би могао да оспорава ваљаност понуде анекса уговора о раду, а ако би му због одбијања понуде анекса послодавац дао отказ уговора о раду, такав отказ би био незаконит. Као и српско, тако и црногорско право предвиђа да запослени може бити распоређен искључиво уз писани пристанак и ван наведених случајева. С тим у вези се поставља питање да ли распоређивање у друго место рада може бити извршено иако нису испуњени претходно наведени услови, уколико постоји сагласност запосленог? Може се заузети став да је одговор на ово питање позитиван и да уколико би послодавац понудио анекс уговора о раду, а запослени дао свој пристанак потписивањем тог анекса, сматрало би се да је распоређивање у друго место рада извршено у складу са законом. Ипак, у случају да се поремете односи између запосленог и послодавца, запослени може оспоравати понуду анекса, иако је запослени дао сагласност у писаној форми, уколико је распоређивање извршено супротно законским одредбама, уз услов да покрене поступак за заштиту права у року од 15 дана од дана закључења анекса уговора о раду.¹⁷⁷⁸

Када је индивидуалним уговором о раду или колективним уговором о раду одређено место рада, послодавац не може запосленог распоредити на друго место рада. Но, ако постоји клаузула географске мобилности, запослени је, у принципу, дужан да се придржава упутстава послодавца, осим ако није дошло до злоупотребе овлашћења и злоупотребе права (француско право) или је супротно доброј вери и заштити личности (швајцарско право). Треба напоменути и да инострана судска пракса води рачуна и на ефекте које клаузула географске мобилности производи на приватни живот запосленог.¹⁷⁷⁹ Штавише, поједине категорије запослених уживају посебну заштиту у погледу распоређивања у друго место рада. То су запослене за време трудноће, запослена жена која има дете до пет година живота и самохрани родитељ који има дете млађе од седам година живота, запослени родитељ, односно старатељ који има дете са тежим сметњама у развоју и запослено лице с инвалидитетом.¹⁷⁸⁰ У односу на ове запослене постоји забрана распоређивања у друго место рада, уколико је то место ван места њиховог пребивалишта и боравишта, без обзира на то колико је удаљено, уколико за то не постоји њихова сагласност.¹⁷⁸¹ С друге стране, ако је неко из ове категорије запослених засновао радни однос ван места пребивалишта или боравишта, може бити распоређен једино у место свог пребивалишта или боравишта односно ван њиховог пребивалишта, односно боравишта уз њихову сагласност, која мора бити дата у писаној форми. Ипак, запослени млађи од 18 година ни у једном случају не могу бити распоређени на рад ван места њиховог пребивалишта, односно боравишта.¹⁷⁸²

Штавише, у једном делу одлука највише судске инстанце у Француској се истиче да услови рада наведени у уговору о раду имају само информативну вредност. Наиме, навођења одређених елемената у уговора о раду „открива жељу за уговарањем“, те тако помињање места

¹⁷⁷⁶ *Ibid*, 148.

¹⁷⁷⁷ Остоја Милисављевић, Жељко Алабанезе, *Коментар закона о раду*, Пословни биро, Београд, 2005, 144.

¹⁷⁷⁸ В. Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, *op. cit.*, 149.

¹⁷⁷⁹ К. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, *op. cit.*, 244.

¹⁷⁸⁰ Забрана односно ограничења у погледу распоређивања у друго место рада односно се на категорије запослених које, у складу са Уставом Републике Црне Горе, уживају посебну заштиту на раду, али и запослене који имају потребу за помирењем професионалних и породичних интереса.

¹⁷⁸¹ К. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, *op. cit.*, 256.

¹⁷⁸² Закон о раду Црне Горе, чл. 120 ст. 2.

рада у уговору о раду има информативни значај, осим ако уговорном клаузулом није прецизно предвиђено да ће запослени извршавати своје радне обавезе искључиво на том месту. Француски Касациони суд признаје валидност клаузуле географске мобилности тако да када је укључена клаузула географске мобилности у уговору о раду измена места рада запосленог не представља измену уговора о раду.¹⁷⁸³

Концепт „географског реона“ није својствен само француском праву, будући да се и у немачком праву придаје значај клаузули географске мобилности због утицаја који место рада има на квалитет живота запосленог. Примера ради, електричар је закључио уговор о раду са компанијом за грађевинске услуге са седиштем у Минхену. Према раније распрострањеној судској пракси, инсталатер није могао бити премештен у Аугсбург или Розенхајм по налогу послодавца, а камоли у Штутгарт или Хамбург. Међутим, ствари стоје другачије ако уговор о раду садржи клаузулу географске мобилности, по којој је запослени дужан да ради у другим градовима по налогу послодавца. Насупрот томе, садашња судска пракса наглашава да назначаване места рада у уговору о раду не значи нужно да би послодавац био ограничен у праву на давање инструкција, у смислу да не би могао запосленог распоредити на рад у други град.¹⁷⁸⁴ Ако уговор о раду, изузетно, не садржи јасно уговорно ограничење места рада на одређени град, онда би из члана 106 Трговачког законика и члана 315 Грађанског законика требало да произилази да послодавац има право да премести запосленог у било коју област на целој територији Немачке.¹⁷⁸⁵ У том смислу, није битно да ли уговором о раду није одређена локација на којој ће се обављати рад и да ли је то право резервисано за послодавца или је локација одређена, али је уговорена могућност додељивања друге локације. Даље, мора се утврдити, узимајући у обзир све околности појединачног случаја, да ли је „место активности уговорено и каква је садржина те уговорне клаузуле“.¹⁷⁸⁶

2.3. Клаузула географске мобилности

Место рада представља битан елемент уговора о раду који се може мењати само сагласном вољом обе стране уговорнице. Ово посебно када је уговором о раду предвиђено да се рад запосленог обавља искључиво на одређеној локацији. Наравно, запослени и послодавац могу у уговор о раду унети клаузулу географске мобилности и на тај начин другачије одредити место рада.¹⁷⁸⁷ Клаузула географске мобилности има за циљ да омогући послодавцу да привремено или трајно премести запосленог на рад у другу локацију у односу на ону која је првобитно била назначена у уговору. У питању је најчешће коришћена клаузула, која може бити саставни део свих уговора о раду код послодавца. Штавише, она се може користити и за запослене које послодавац није планирао да премести на друго место рада у моменту закључења уговора о раду, али је касније дошло до реструктурирања што је резултирало дислокацијом свих или неких запослених код послодавца.¹⁷⁸⁸

Сврха клаузуле географске мобилности је да пружи послодавцима већу флексибилност у распоређивању запослених, што је особито значајно за послодавце који не послују искључиво у оквиру једне територијалне јединице. Једноставно речено, уношењем клаузуле географске мобилности омогућава се лакше кретање радника, у случају када послодавац има више пословних објекта, производних погона, продајних места или филијала смештених на

¹⁷⁸³ Harold Kobina Gaba, „Le refus du salarié et ses vicissitudes: pour un droit commun et autonome de refus (Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu)“, *Le Droit Ouvrier*, Juin, 2005, 246.

¹⁷⁸⁴ BAG, Urteil vom 28.08.2013, 10 AZR 569/12,

¹⁷⁸⁵ Urteil vom 28.08.2014, 6 Sa 423/14.

¹⁷⁸⁶ BAG 25.8.2010 – 10 AZR 275/09; BAG 26.9.2012 – 10 AZR 311/11.

¹⁷⁸⁷ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду, оп. cit.*, 464.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*

различитим локацијама.¹⁷⁸⁹ Из тог разлога, просторна структура предузећа у великој мери утиче на садржај клаузуле географске мобилности. Осим тога, корист од поменутих клаузула може бити посебно видљива када је делатност послодавца такве природе да претпоставља мобилнију радну снагу.¹⁷⁹⁰ Исто важи и за ситуације када је послодавац донео одлуку да део или све своје пословне активности премести у друго седиште због потребе проналаска већих просторија за рад, смањења трошкова производње, спајања са другим привредним друштвом или других облика интерног реструктурирања.¹⁷⁹¹

Наиме, додавање клаузуле географске мобилности постојећем уговору о раду представља његову значајну измену, због чега се захтева пристанак запосленог.¹⁷⁹² С друге стране, у случају када се клаузула географске мобилности иницијално инкорпорише у уговор о раду, запослени унапред прихвата да ради тамо где то жели друга уговорна страна. То може довести до нарушавања породичног живота, због чега се у упоредном праву постављају одређена ограничења приликом коришћења ове клаузуле.¹⁷⁹³ Дакле, клаузула географске мобилности која би давала послодавцу апсолутно право да промени радно место запосленог, без рестрикција у примени, била би неприхватљива. Следствено томе, када послодавац послује на више локација, у уговору о раду могу бити наведене алтернативне локације на којима би запослени био премештен ако се за то јави потреба. Друга опција је да се промена места рада ограничи на одређено подручје или да се за оцену пуноважности клаузуле географске мобилности узима као релевантна удаљеност новог у односу на раније место рада или тренутно пребивалиште запосленог.

У англосаксонском праву, да би се успешно ослонили на клаузулу географске мобилности за увођење промена у погледу места рада, послодавци треба да обавесте запослене што је могуће пре о предложеној измени радне локације, те да обезбеде потребне детаље и образложења, ако је то потребно ради правилног и потпуног сагледавања положаја запослених и услова рада који се мењају. Такође, неопходно је да послодавци пруже прилику запосленима да дају своја мишљења у вези са намеравањем измена пре увођења било каквих мера или отказивања уговора о раду.¹⁷⁹⁴ У једном случају ирски Врховни суд је утврдио да је послодавац прекршио уговор о раду када је настојао да се ослони на клаузулу географске мобилности како би преместио запосленог из јужног у северозападни део предграђа Даблина, без икаквог претходног обавештења или консултације.¹⁷⁹⁵

У предмету *United Bank v Akhtar* из 1987. године, банка је захтевала од запосленог у једној од њених филијала да се пресели из Лидса у Бирмингем у року од шест дана.¹⁷⁹⁶ Упркос чињеници да је у уговору постојала клаузула географске мобилности, Апелациони суд је сматрао неразумним да послодавац очекује да се запослени пресели у тако кратком року из једног места рада у друго узимајући у обзир да је раздаљина између ова два града 148 km и да запослени има двоје деце школског узраста.¹⁷⁹⁷ Уговор о раду је садржао клаузулу мобилности

¹⁷⁸⁹ M. Klampfer, „Sprememba ali sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi zaradi spremenjenih okoliščin“, *op. cit.*, 221.

¹⁷⁹⁰ C. Kollonay-Lehoczy, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *op. cit.*, 81.

¹⁷⁹¹ У шпанском праву се оснивају и посебна предузећа која имају регистровано седиште, али не и фиксно место обављања делатности тзв. предузећа са мобилним радним центрима. A. Lorente Rivas, *Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo*, *op. cit.*, 83

¹⁷⁹² Није искључено да послодавац обезбеди запосленом новчану надокнаду због уношења клаузуле географске мобилности у уговор о раду. Интересантно је да ову могућност познају не само англосаксонске земље, него и француско право. Gillian Phillips Karen Scott, *Employment law*, College of Law Publishing, United Kingdom, 2021, 249.

¹⁷⁹³ *Ibid.*

¹⁷⁹⁴ Љ. Ковачевић, „Правне последице упићивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *op. cit.*, 844.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, 845.

¹⁷⁹⁶ *United Bank Ltd v Akhtar* [1989] IRLR 507, EAT.

¹⁷⁹⁷ На овом месту се чини интересантним поменути одређене појединости случаја, као што је чињеница да је током поступка измене уговора о раду запосленом обустављена исплата зараде. Уз то, послодавац је одбио захтев

која је предвиђала да послодавац може с времена на време преместити запослене у било које место пословања банке на територији Уједињеног Краљевства.¹⁷⁹⁸ Уз то, назначено је да банка задржава дискреционо право у погледу исплате накнада за пресељење и друге трошкове које могу настати у вези са извршењем клаузуле географске мобилности. Међутим, банка се није изјашњавала када је запослени затражио додатна обавештења, поред тога што је одбила јасну потврду о сношењу трошкова премештаја, због чега је запослени тужио банку наводећи да је дошло до повреде уговора о раду и изнуђивања отказа. Суд је извео закључак да ниједна клаузула уговора не може бити у супротности са основним начелима који важе у уговорним односима и да се поступање банке може третирати као нарушавање односа узајамног поверења. Следствено томе, изричита клаузула географске мобилности се коси са прећутном клаузулом узајамног поверења која у овом случају ужива предност. Поред тога, клаузула географске мобилности се мора применити на начин који је изводљив, исто као што ни уговорно дискреционо право банке о покривању трошкова премештаја није неограничено због чега се и не може вршити на хировит начин. Често навођен пример је да послодавац не може телеграмом тражити од запосленог који већ годинама ради у просторијама послодавца да се пресели у друго место рада које је удаљено више од 100 km и то у року од 24 часа.¹⁷⁹⁹

За разлику од англосаксонског права, у којем се захтева да се премештај врши унутар разумне удаљености, француско право поставља ограничења да се примена клаузуле географске мобилности врши искључиво у функцији рада, а никако на штету запосленог и његовог права на породични живот.¹⁸⁰⁰ Француски Законик о раду не садржи дефиницију клаузуле географске мобилности, али поставља услов да се ниједна клаузула уговора не може користити тако да има за последицу ограничење слобода личности и индивидуалних и колективних права.¹⁸⁰¹ Надаље, забрањена су ограничења основних слобода и права која нису оправдана природом задатка који треба да се изврши или сразмерна циљу који се жели постићи. Следствено томе, клаузула географске мобилности мора бити од суштинске важности за заштиту легитимних интереса послодавца и сразмерна циљу који се тражи, узимајући у обзир посао који се обавља.¹⁸⁰² Имајући у виду одсуство регулативе у овој области, судови су морала да интервенишу како би ограничили прерогативе послодавца који могу бити малициозно вршени.¹⁸⁰³ Реч је о спречавању одређених злоупотреба послодавца, који би уз претходно знање да је премештај запосленог отежан с обзиром на његову породичну ситуацију могао искористити ову клаузулу као изговор за раскид уговора о раду. Наиме,

запосленог да премештај буде одложен због одређених личних околности, након чега је господин Актар (Akhtar) тражио плаћено одсуство у трајању од 24 дана. И то је било безуспешно, будући да на потоњу молбу уопште није ни добио одговор. *Ibid.*

¹⁷⁹⁸ Дакле, реч је о релативно широко постављеној клаузули географске мобилности, која начелно није допуштена.

¹⁷⁹⁹ C. Kollonay-Lehoczky, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *op. cit.*, 81.

¹⁸⁰⁰ Примера ради, повреда права на породични живот постоји када се продавачица у петак увече замоли да од понедељак ујутру ради у другој продавници, иако се ново радно место налази 15 километара од старог радног места (Cass. soc. 11 mai 2005 n° 03-43040).

¹⁸⁰¹ Француски Законик о раду, чл. L 1121-1.

¹⁸⁰² Међутим, ако то није случај, на запосленом је да докаже да је одлука о његовом премештају заправо донета из разлога који нису повезани са интересом предузећа. Да би се олакшала процесна позиција запосленог судска пракса највишег суда Француске иде ка томе да преиначи раније становиште „да је особа која се позива на злоупотребу овлашћења дужна да пружи доказ о томе“ (Cass. soc. 10 juin 1997 n° 94-43889 (P), јер се у новијим одлукама истиче „потреба послодавца да оправда своју одлуку о премештају“ (Cass. soc. 23 janvier 2002 n° 99-44845 ou Cass. soc. 7 avril 2004 n° 02-40287).

¹⁸⁰³ Од 2008. године, француски Касациони суд ограничава овлашћења послодавца дозвољавајући запосленом да одбије премештај у друго место рада упркос клаузули географске мобилности, ако она прекомерно утиче на право запосленог да води достојанствен лични и породични живот. Исти суд захтева да ова клаузула, да би била применљива, буде оправдана задатком који треба да се изврши и пропорционална циљу који се тражи (Cass. Soc. 14 octobre 2008 n°07-40.523). Слично резонување можемо наћи и у другом предмету, где се из личних и породичних разлога који су, сами по себи, довољно уверљиви, запосленима признаје могућност да оправдано одбију понуду послодавца за премештај у друго место рада. Cass. Soc., 14 octobre 2008, n°07-40523.

послодавац је дужан да клаузулу географске мобилности примењује у доброј вери и искључиво у интересу предузећа имајући у виду чињеницу да када уговор о раду садржи клаузулу географске мобилности, промене места рада не повлачи измену уговора, већ настаје као резултат вршења управљачке власти послодавца.¹⁸⁰⁴

Путем клаузуле географске мобилности послодавац обезбеђује да место рада спада у његову искључиву ингеренцију, тако да може једнострано мењати овај елемент уговора о раду уз једини услов да клаузула садржи одређена географска ограничења. Другим речима, да би производила правно дејство, клаузула географске мобилност мора испуњавати одређене услове који се тичу специфичног географског подручја који мора бити назначен. Дакле, примена клаузуле географске мобилности овлашћује послодавца да једнострано измени место рада, под условом да оно остане у оквиру истог сектора који је наведен у уговору. Ипак, ово правило није апсолутно, већ се од њега може одступити када је неопходно да запослени обави одређени задатак ван географског сектора у којем редовно обавља поверени посао.¹⁸⁰⁵ Овај изузетак ће бити допуштен само када су испуњени додатни услови који се тичу разлога премештаја, околности и временског оквира под којима се премештај врши. У складу са тим, премештај мора бити мотивисан искључиво интересом предузећа због изузетних околности које су наступиле, а које оправдавају његово коришћење ради успешног извршења радног задатка, под условом да је запослени претходно и у разумном року обавештен о његовој привременој природи и предвидивом трајању.¹⁸⁰⁶

Притом, клаузула географске мобилности не даје послодавцу право да једнострано прошири опсег географског подручја. Другим речима, послодавац не може једнострано проширити обим примене клаузуле географске мобилности, чак и када је та могућност била изричито предвиђена уговором о раду. У том погледу, неважећа је клаузула која предвиђа да запослени може бити премештен у било коју нову пословницу коју отвори послодавац. Осим тога, забрањена је клаузула географске мобилности унутар исте групе привредних друштава. Додатни услови који се постављају су да клаузула географске мобилности мора бити јасна и прецизна по питању установљеног подручја рада, те да не сме да доведе до измене осталих елемената уговора о раду.¹⁸⁰⁷

Важно је поменути да клаузула географске мобилности свој извор може имати и у колективном уговору о раду.¹⁸⁰⁸ Штавише, национални колективни уговор за осигуравајућа друштва у Француској веома стриктно регулише географску мобилност запослених, будући да премештај мора бити оправдан „организацијским или развојним потребама предузећа”.¹⁸⁰⁹ Ипак, клаузула географске мобилности предвиђена колективним уговором о раду се не примењује аутоматски, будући да не постаје саставни део индивидуалних уговора о раду. Следствено томе, да би се послодавац ослонио на клаузулу географске мобилности садржану у колективном уговору о раду, сви запослени код послодавца морају бити информисани о њеном постојању, док колективни уговор о раду мора бити довољан да произведе одређена правна дејства.¹⁸¹⁰ У случају да су индивидуални и колективни уговор о раду у супротности, у

¹⁸⁰⁴ Ch. Radé, *Droit du travail*, op. cit., 72.

¹⁸⁰⁵ *Ibid.*

¹⁸⁰⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, op. cit., 464.

¹⁸⁰⁷ Тако одбијање запосленог да буде премештен није неоправдано ако је у његовом уговору о раду предвиђена клаузула географске мобилности која доводи до смањења зараде (Cass soc. 3 mai 2006). Занимљив је и случај удовице која је сама одгајала своје двоје малолетне деце, а која је премештена да ради на другом крају града са другачијим распоредом радног времена (Cass soc. 14 octobre 2008 – Cass soc. 13 janvier 2009.).

¹⁸⁰⁸ Ипак, клаузула географске мобилности није допуштена у колективним уговорима који се закључују у области грађевинарства, што значи да не важе за све гранске колективне уговоре иста правила у погледу поменуте уговорне клаузуле.

¹⁸⁰⁹ Convention collective nationale des sociétés d'assurance, чл. 78 В.

¹⁸¹⁰ Законом бр. 2018-217 од 29. марта 2018. године, који произилази из тзв. Макронових уредби, а који се односи на јачање колективног преговарања, уведен је нови систем који послодавцу омогућава да управља интерном мобилношћу запослених. Наиме, колективни уговор о раду који је састављен да одговори на потребе у вези са пословањем предузећа или да очува или развија ниво запослености може прилагодити радно време, начин његове

смислу да колективни уговор предвиђа мобилност радника, док, с друге стране, уговор о раду изричито или прећутно забрањује сваку промену места рада, примењиваће се одредбе уговора које су за запослене повољније, сходно начелу *in favorem laboratoris*.

Заштита интереса запослених је видљива и у ситуацијама када се место рада запослених мења више пута током трајања радног односа.¹⁸¹¹ Надаље, када се клаузула географске мобилности користи у дисциплинске сврхе, премештај мора бити мотивисан недоличним понашањем запосленог које мора бити толико озбиљно да нарушава радни ред и мир. Притом, општи акт послодавца мора предвидети ову могућност, док послодавац свакако мора поштовати правила дисциплинског поступка (позив на претходни разговор и сл.). Коначно, клаузула географске мобилности се односи на дуготрајно пресељење са радног места и не треба је мешати са честим професионалним путовањима.

3. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца

Друга ситуација премештаја запосленог повезана је са променом послодавца, тачније, са уступањем посла другом послодавцу који се схвата као „другачији послодавац у односу на претходног, то јест правно или физичко лице које није наведено у уговору о раду, а којем је законом дато право да са запосленим закључи и раскине уговор о раду“.¹⁸¹² У правној литератури, овај случај премештаја повезан је са изменом битног услова уговора о раду, као што је место рада које се одређује по основу два кључна критеријума: 1) рад у организационој јединици; 2) област у којој се налази организација.¹⁸¹³ Сажета верзија дефиниције премештаја указује на промене битних услова уговора које се тичу места рада и радне функције. Из свега наведеног следи да је премештај врста промене или основа за отказ уговора о раду, који се састоји од тога да се запослени премешта на другу радну функцију или у други локалитет или код другог послодавца. То, даље, значи да се упућивање запосленог на рад код другог послодавца подводи под кровни појам премештаја. У том смислу, руски аутори указују да концепт премештаја радника „не чине хомогене правне појаве“, те се и проблематика научне анализе манифестује кроз разноврсност.¹⁸¹⁴ Распоређивање запосленог на исту радну функцију, али у другој посебној структурној јединици, која има право да запошљава и отпушта запослене није премештај. Изузетак постоји када се рад у таквом одељењу уговором о раду посебно одреди као суштински услов уговора и ако посебна јединица има статус послодавца. Ово решење делује крајње контроверзно због чега се предлага проширење концепта „послодавац“.¹⁸¹⁵

организације и расподеле, прилагодити зараде у складу са хијерахијским минималним зарадама и утврдити услове за професионалну или географску мобилност запослених у оквиру предузећа. Француски Законик о раду, чл. L 2254-2.

¹⁸¹¹ Наиме, у једном случају из француске судске праксе запослена је првобитно радила у Сен Пјер де Кор, па затим у Анжеру, да би потом била отпуштена пошто је одбила премештај у Аврије, због затварања погона у Анжеу. С тим у вези, Апелациони суд у Француској закључује да се географски сектор у оквиру којег се запослени може мобилисати без његове сагласности дефинише само у односу на почетно место рада наведено у уговору о раду. То значи да послодавац не може легитимно преместити запосленог са првобитног места рада сукцесивним трансферима, од којих сваки улази у други географски сектор. Стога је на Апелационом суду било да процени ваљаност другог премештаја запослене у односу на почетно место рада наведено у уговору о раду, а не у односу на место рада запослене након реализованог првог премештаја. Zane Rasnača, Magdalena Bernaciak, *Posting of workers before national courts*, ETUI aisbl, Brussels, 2020, 45.

¹⁸¹² A. Nicolescu, „Implications of modifying individual employment contracts in the light of current Romanian legal provisions“, *op. cit.*, 59.

¹⁸¹³ *Ibid.*

¹⁸¹⁴ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, *op. cit.*, 78.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*

Према праву Израела, послодавци су слободни да доносе управљачке одлуке које они сматрају прикладним, какве год биле последице те одлуке по запослене, све док уговор о раду (изричито или прећутно) не забрањује такву одлуку. Правне битке су се често водиле око тога да ли је одређена одлука послодавца забрањена уговором о раду, или улази у заштићену зону послодавчевог управљачког прерогатива. Дакле, ограничења управљачких овлашћења су постављена судским тумачењем уговора о раду. Упркос томе што судије Националног суда за рад нису биле вољне да постављају значајна ограничења управљачкој власти послодавца, у последњих неколико година се тај став мења, тако да се у судској пракси све више истиче да је управљачка власт послодавца ограничена принципом пропорционалности. Оно што је остало нејасно је да ли се то односи на све послодавце или само на послодавце у јавном сектору, јер су судије одбиле да дају ближе појашњење о томе. Једина судија која је јасно хтела да уведе нове границе послодавчевој управљачкој власти у приватном сектору била је Усокин (Elisheva Barak-Ussoskin). Остала је упамћена по томе што је отишла даље од било ког другог израелског судије да унапреди и ојача права радника. Тако је једном у предмету који се односио на одлуку о премештају запосленог са једне радне позиције на другу, упркос јасно изложеном приговору запосленог, судија оценила да у конкретним околностима одлука послодавца није била пропорционална сврси и стога забрањена. Сличан став је изложен и у контексту упућивања запосленог на рад код другог послодавца уз аргумент да запослени нису власништво послодавца, већ људска бића и да их отуда послодавац не може без њихове сагласности упутити на рад код другог послодавца.¹⁸¹⁶

У руском праву, прелазак запосленог на рад код другог послодавца се не квалификује као измена уговора о раду, будући да долази до раскида уговора о раду код претходног послодавца и закључивања уговора о раду са новим послодавцем. Ипак, поред закључивања уговора о раду са новим послодавцем, поступак укључује да се постигне споразум између запосленог, претходног и новог послодавца односно између запосленог и више организација (концерн). Кршење наведеног поступка изражено у непостизању договора између свих субјеката или у постизању али не у свим аспектима (тренутак премештаја, нова позиција, висина зараде) може довести до радног спора. С друге стране, упућивање на рад код другог послодавца се у словеначком праву квалификује као посебна врста отказа са понудом измењеног уговора о раду, из разлога што се понуда упућује током трајања отказног рока, дакле, након што је радник добио отказ што је специфичност у односу на класични отказ са понудом измењеног уговора.¹⁸¹⁷ Наиме, овај нови облик отказа уговора о раду инкорпориран је у важеће словеначко право, где се предвиђа могућност упућивања на рад код другог послодавца као одговор на економске проблеме, с тим да понуду може упутити не само послодавац, него и служба за запошљавање. Поред тога, специфичност се огледа и у томе да за ову врсту отказа није потребно да постоји стварна и временска повезаност двеју изјава воље, те је и рок за изјашњавање о понуди истоветан року у којем је радник обавезан да закључи нов уговор о раду.¹⁸¹⁸ Поред тога, ако радник задржи право да побија ваљаност отказа у поступку пред судом, а понуђено му је ново одговарајуће запослење код другог послодавца и радник то прихвати, претходни послодавац му није дужан исплатити отпремнину због престанка радног односа, ако је на основу новог уговора о раду на неодређено време утврђено да ће минимални отказни рок бити утврђен на кумулативној бази, то јест на основу укупног радног стажа оствареног код оба послодавца, као и право на отпремнину.¹⁸¹⁹ С друге стране, прихват одговарајућег запослења код истог послодавца на неодређено време уз промењене услове води

¹⁸¹⁶ Carlos Jiménez Silva, Xiomara Jacqueline Ramírez Sarmiento, Mónica Francesca Charre Quispe, „El ejercicio del poder de dirección del empleador y sus límites frente a los derechos de los trabajadores“, *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, Vol. 3, бр. 5, 2022, 46.

¹⁸¹⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, *op. cit.*, 352.

¹⁸¹⁸ Према законским одредбама, рок је фиксни и износи 15 дана, а рачуна се дана пријама понуде која мора бити састављена у писаном формату.

¹⁸¹⁹ Стојан Бајич, *Основи радног права*, општи део, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1937, 56.

губитку права на отпремнину у случају раскида уговорног односа, док прихват неогдговарајућег запослења рађа право на сразмеран део отпремнине који се исплаћује на начин који се споразумно утврђује.¹⁸²⁰

3.1. Разлози за упућивање запосленог на рад код другог послодавца

Упућивање запосленог на рад код другог послодавца је институт са дугом традицијом постојања у домаћем праву.¹⁸²¹ Са почетком развоја самоуправног социјализма, кроз низ регулаторних инструмената, уређује се премештај радника из једне радне организације у другу радну организацију.¹⁸²² Поред назива премештај, користили су се и други термини за означавање исте правне ситуације, попут, „непосредни прелаз“ (искључиво у службеничком праву), „преузимање“ и „устапање“ радника. Потоња два назива су и данас у широкој теоријској употреби, премда се законодавац определио за израз „упућивање“ радника.¹⁸²³ Закон о удруженом раду из 1976. године уводи као *povim* могућност привременог упућивања радника на рад у другу радну организацију. То је учињено са циљем да се надомести брисање технолошких и економских разлога као оправданих разлога за отказ. У том смислу, овај институт је уведен као својеврсна компензација за укидање могућности престанка потребе за радом радника због наступања одређених околности. У сваком случају, институт је осмишљен са циљем подстицања сарадње привредних субјеката, конкретно, радних организација које припадају јединственом систему.

Радник је могао бити привремено упућен у другу основну организацију удруженог рада у саставу исте радне организације или у другу радну организацију, нарочито због смањења обима рада, указане потребе у другој основној организацији удруженог рада за радником одређене специјалности коју она није у могућности да обезбеди на други начин, као и због пословне сарадње између организација.¹⁸²⁴ Упућивање је вршено на основу једностране одлуке радне заједнице, уз могућност улагања приговора на ту одлуку од стране радника.¹⁸²⁵ За време привременог упућивања, радник је сва права из радног односа остваривао у матичној организацији, али је био дужан да поштује правила понашања друге организације и за то је био одговоран тој организацији.¹⁸²⁶ Наиме, основна организација је основни и најнижи пословни субјект (мала предузећа), док су сложене организације удруженог рада (велика предузећа) биле подељене на више основних организација, тако да се премештај радника могао вршити у оквиру њих, када су били испуњени законски услови за то.¹⁸²⁷ Заправо, основне организације су удруживане у радне заједнице или сложене организације удруженог рада, при чему су све биле формалноправно самосталне и финансијски независне, уз отворену могућност конституисања различитих облика сарадње, као што је сарадња у области

¹⁸²⁰ *Ibid.*

¹⁸²¹ Овај институт није непознаница другим правним системима, који га, такође, законски уређују.

¹⁸²² Б. Живковић, „Отказ уговора о раду због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, *op. cit.*, 61.

¹⁸²³ *Ibid.*

¹⁸²⁴ Нав. прем: Т. Поповић, *Радно право*, *op. cit.*, 133. У француском праву се отказ из економских разлога, као посебна врста отказа сматра социјално оправданим тек уколико није постојала могућност да се предузму одређене мере у смислу измена услова рада или упућивање на рад код другог послодавца.

¹⁸²⁵ Премда заједнички делују, „удружено“, рад и капитал као једнаки актери, Тинтић с правом указује да институт премештаја у себи крије превласт једне стране - радне организације, самим тим што упућује (*dirigo, monstro viam*) радника без његове сагласности на рад у другу организацију. N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 243.

¹⁸²⁶ *Ibid.*

¹⁸²⁷ Како се дословно наводи у самом Закону о удруженом раду, основна организација удруженог рада основни је облик удруженог рада, у коме радници, непосредно и равноправно обављајући привредну или другу друштвену делатност и радећи средствима у друштвеном власништву, остварују своја друштвено- економска и друга самоуправна права и одлучују о другим питањима свог друштвено-економског положај. Закон о удруженом раду, чл. 22 ст. 1.

мобилности радника. Имајући у виду економско-правни индивидуалитет сваке радне организације, као самоуправне организације са властитим органима управљања, аутономним општим актима и властитим дохотком, до премештаја не долази ако није испуњен услов да се премештај одвија у оквиру исте друштвено-политичке заједнице. У супротном, долази до споразумног раскида радног односа са једном организацијом и заснивања новог радног односа са другом организацијом.¹⁸²⁸

Поред привременог, био је могућ и трајни премештај радника из једне у другу основну организацију удруженог рада, у оквиру сложене организације удруженог рада. Распоређивање је било условљено једино тиме да послови морају бити одговарајући у погледу стручне спреме односно радне способности стечене радом.¹⁸²⁹ Даље, поводом укидања права на „технолошки вишак“, Закон о удруженом раду је утврдио да радник у одређеним таксативно наведеним случајевима може прећи на рад у другу основну организацију удруженог рада, у оквиру исте радне организације или у другу радну организацију у оквиру исте сложене организације удруженог рада. Реч је следећим случајевима: 1) економске тешкоће у које је дошла основа организација удруженог рада; 2) техничка и технолошка унапређења, или 3) удруживања са другом основном организацијом удруженог рада, с тим да се услови преласка радника утврђују самоуправним споразумом о удруживању.¹⁸³⁰

Концепт самоуправног социјализма и удруженог рада напуштен је променом Устава 1988. године, доношењем Закона о основним правима из радног односа из 1989. године и доношењем Закона о предузећима из 1990. године. Ипак, промене политичког и правног уређења нису битно утицале на другачије уређење премештаја радника који је и даље био могућ у форми трајног и привременог премештаја у другу организацију у оквиру сложених облика удруживања организација, под условом да радно место на које се премешта одговора знању и способностима радника.¹⁸³¹ До крупног заокрета, ипак, долази крајем 90-их година, када се дефинитивно раскида са дотадашњим политичким и друштвеним системом и отпочиње заговарање тржишних концепата уређивања односа између државе и привредних актера, као и привредних актера међусобно. Од тада, упућивање запослених на рад код другог послодавца добија другу димензију, будући да је пуноважност споразума закљученог између примарног и секундарног послодавца условљена сагласношћу радника.¹⁸³² Закон о радним односима из 1996. године, осим што предвиђа сагласност запосленог, утврђује и разлоге због којих запослени може бити привремено упућен на рад код другог послодавца. Тако, до упућивања долази: 1) ако је утврђен престанак потребе за радом запосленог, док му се не обезбеди једно од права утврђених законом; 2) ако је дошло до привременог прекида или смањења обима рада; 3) ако је привремено дат у закуп пословни простор, односно средства рада другом послодавцу; и 4) ако је неопходна помоћ послодавцу код кога се запослени привремено распоређује на рад због испуњења рокова утврђених прописима, уговором или актом надлежног органа.¹⁸³³ Надлежни орган послодавца код кога је запослени привремено распоређен и запослени закључују уговор о раду, у коме се одређује и рок до кога запослени

¹⁸²⁸ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, op. cit., 268.

¹⁸²⁹ В. Марковић, *Престанак радног односа (у општем режиму радних односа) са обрасцима и актуелном судском праксом*, Пословни биро, Београд, 2018, 94.

¹⁸³⁰ *Ibid.*

¹⁸³¹ Б. Шундерић, *Радни однос. Теоријан, норма, пракса*, op. cit., 188.

¹⁸³² На овом месту ваља поменути да је ка овом решењу судска пракса нагињала и раније заузимајући став да је премештај радника из једног у друго предузеће могућ само ако постоји споразум између радника и оба предузећа. Дакле, инсистирало се на постојању уговора чије су стране потписнице учествујућа предузећа и радник који се преузима на рад. Пресуда Врховног суда Србије, У 1732/55, од 8. јуна 1955. године. Тако и пресуда Врховног суда Југославије, Уж 5095/55, од 9. септембра 1955. С друге стране, ако предузеће у које би радник требало да буде премештен не жели да преузме радника уз исте услове рада које је имао у ранијем предузећу, до премештаја није могло доћи, ако се радник не сагласи са измењеним условима рада. Пресуда Врховног суда Југославије, Уж 1116/54 од 24. VI 1954. Наведено према: N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, op. cit., 268.

¹⁸³³ Закон о радним односима (1996), чл. 22.

привремено заснива радни однос код тог послодавца. Не прецизира се који уговор о раду се закључује са новим послодавцем, али, по логици ствари, могућ је само уговор о раду на одређено време који има ограничен рок важења, који се у уговору о раду наводи. С друге стране, запосленом мирују права, обавезе и одговорности које се стичу на раду и по основу рада код примарног послодавца све док траје уговор о раду закључен са новим послодавцем.

Дакле, упућивање на рад код другог послодавца представља посебан случај измена уговора о раду због специфичности каузе радње упућивања коју карактерише привремени рад за другог послодавца са којим је матични послодавац потписао уговор о преузимању.¹⁸³⁴ Упућивање радника на рад код другог послодавца је увек временски ограничено што је *differentia specifica* у односу на друге случајеве измена уговора о раду који су трајног карактера. До упућивања долази на основу споразума постигнутог између предузећа, при чему се јавља као куриозитет решење важећег Закон о раду који не предвиђа сагласност запосленог за правну ваљаност упућивања, осим ако упућивање није дужи од годину дана. Поред споразума матичног и другог послодавца састављеног у писаној форми, матични послодавац у одсуству потребе за саглашавањем упућеног запосленог доноси образложено решење у којем се наводи рок трајања радног односа. С друге стране, да би постојао правни основ рада послодавац који преузима запосленог на рад и упућени запослени закључују уговор о раду.¹⁸³⁵ Запослени код другог послодавца заснива радни однос, док му радни однос код примарног послодавца не престаје него „латентно“ фигурира, све док се истеком новог уговора о раду поново не активира.

Дакле, код примарног послодавца мирују права, обавезе и одговорности из радног односа што је правна последица упућивања, док са секундарним послодавцем запослени закључује нов („орочен“) уговор о раду којим се прецизира његово важење. Будући да долази до мировања радног односа до истека привременог упућивања, а да се конституише додатни радни однос, у литератури се он карактерише као особен облик радног односа на одређено време.¹⁸³⁶ У Закону о раду Републике Србије су наведени најчешћи разлози упућивања: ако је привремено престала потреба за радом запосленог, дат у закуп пословни простор или закључен уговор о пословној сарадњи, премда се круг разлога може проширити општим актом или уговором о раду.¹⁸³⁷ С тим у вези, увидом у праксу потребно је указати на опасност изигравања норми и фиктивног закључивања уговора о закупу пословног простора или уговора о пословној сарадњи.¹⁸³⁸ Ваља поменути и да се по истеку периода упућивања запослени враћа на рад код послодавца који га је упутио, али без навођења да ли се запослени враћа на исти посао или не, за разлику од ранијег закона који је експлицитно прописивао да се запослени има вратити на исто или друго радно место које одговара његовој стручној спреми одређене врсте занимања.¹⁸³⁹ Критика је упућена и на рачун брисања забране промене положаја запосленог *in rebus*, у смислу конституисања мањих права код секундарног послодавца у поређењу са правима који је запослени имао код примарног послодавца. Отуда, стечена права се губе уз навођење аргумента да положај запосленог код новог послодавца не може бити очуван ако се то коси са интерним актима тог послодавца, што значи да до усклађивања мора доћи, „независно од тога да ли су одређена права из радног односа за њега повољнија или

¹⁸³⁴ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 582.

¹⁸³⁵ Ingrid Medina Valenzuela, „Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad“, *Derecho & Sociedad*, No. 46, 2016, 130.

¹⁸³⁶ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 582.

¹⁸³⁷ Закон о раду, чл. 174 ст. 1.

¹⁸³⁸ Пажњу завређује и резонување Врховног суда Србије да се „нерентабилност у пословању и немогућност послодавца да запосленима обезбеди посао којим би остварили право на рад и зараду која им по том основу припада, могу сматрати оправданим разлозима престанка уговора о раду [...], а, упућивање на рад код другог послодавца, као измењени услови који оправдавају закључење новог уговора о раду под овим условима“. Пресуда Врховног суда Србије, Гж. бр. 82/05, од 8. новембра 2005. године.

¹⁸³⁹ Закон о радним односима (1996), чл. 22 ст. 4.

неповољнија од права која је имао код послодавца који га је упутио”.¹⁸⁴⁰ Овакво гледиште се оправдано критикује од стране појединих аутора као неоправдано јер си тиме додатно отежава положај запослених и сужава заштитни обруч у још једном случају измене уговора о ради, а уз то се пренебрегава чињеница да се нормативна власт послодавца лимитира правилом о хијерархији, то јест дејству извора „од горо на доле“ према јачини правне снаге.¹⁸⁴¹ Сходно томе, треба прибећи аутоматској ништавости неповољније одредбе акта или уговора, односно омогућити да се у уговор о раду инкорпорира повољнија клаузула која ће обезбедити запосленима већа права.

Коначно, треба указати на то да за време мировања радног односа послодавац не може запосленом отказати уговор о раду. Из образложења судске одлуке у предмету у којем је анексом уговора о раду запослени упућен на рад код другог послодавца се закључује да се за време мировања радног односа не могу предузети радње усмерене у правцу промене статуса запосленог, јер су права и обавезе из тог односа „ван употребе“ све док разлог за мировање радног односа траје.¹⁸⁴² С друге стране, послодавац може поништити решење о мировању радног односа, ако нису наступили услови за мировање радног односа, јер радни однос није ни заснован неоправданим понашањем запосленог. Дакле, ако запослени није ступио на рад код послодавца код кога је упућен на дан који је утврђен уговором о раду, сматра се да није засновао радни однос, осим ако је спречен да ступи на рад из оправданих разлога који му се не могу приписати у кривицу или ако постоји другачији договор између запосленог и послодавца (нпр. да запослени касније ступи на рад). Како уговор о раду са секундарним послодавцем није ни настао, једино постоји „замрзнути“ правни однос између запосленог и примарног послодавца, због чега само примарни послодавац може предузети правне кораке према запосленом. Штавише, примарни послодавац може поступити двојако: задржати запосленог на раду или покренути поступак за утврђивање одговорности запосленог из дисциплинских разлога.¹⁸⁴³

Наиме, запослени може бити премештен код другог послодавца на иницијативу запосленог или на иницијативу послодавца и у руском праву. Ако до премештаја код другог послодавца дође на иницијативу претходног послодавца, потребна је писмена сагласност запосленог на премештај и споразум послодавца о премештају запосленог. Само под условом да су ови договори постигнути престаје уговор о раду са претходним послодавцем. То значи да прелазак у нову организацију може бити само трајан.¹⁸⁴⁴ Надаље, у радну књижицу се уписују сви релевантни подаци који се тичу премештаја, отказа који даје послодавац са којим је престао радни однос и пријема у радни однос који даје послодавац са којим је закључен нови уговор о раду. Приликом запошљавања радника који је упућен на рад од примарног послодавца, секундарни послодавац нема право да раднику одреди пробни рад.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴⁰ З. Лазих *et al.*, *Водич за примену Закона о раду*, *op. cit.*, 70.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*

¹⁸⁴² Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2501/2011 од 18.11.2011. године.

¹⁸⁴³ „Имајући у виду наведено, у случају упућивања на рад код другог послодавца у складу са чланом 174. Закона о раду, послодавац је дужан да запосленом понуди анекс уговора [...]. Према томе, послодавац код кога је запослени упућен на рад и који је са запосленим закључио уговор о раду на одређено време, треба да захтева од запосленог да се изјасни о разлозима неступања на рад и да евентуално пружи доказе о томе. По утврђивању чињеничног стања из ког може да се закључи да запослени није засновао радни однос због неоправданог неступања на рад, у складу са закљученим уговором о раду, послодавац код кога је запослени упућен треба о утврђеном чињеничном стању да обавести послодавца који је запосленог упутио на рад. У овом случају послодавац који је упутио запосленог на привремени рад код другог послодавца може да поништи решење о мировању радног односа јер нису наступили услови за мировање радног односа и да позове запосленог да се врати на рад, а може и да покрене поступак за утврђивање одговорности запосленог због непоштовања радне дисциплине или повреде радне обавезе, у складу са чл. 179. и 180. Закона о раду.“ Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, бр. 011-00-528/2017-02 од 14.12.2017. године

¹⁸⁴⁴ С. Каменская, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, *op. cit.*, 78.

¹⁸⁴⁵ *Ibid.*

Коначно, овај институт треба разликовати од других сличних института, те тако у француском праву у предузећима и групама предузећа са најмање 3000 запослених, сваки запослени са минималним радним стажом од 24 месеца може, уз сагласност послодавца, радити у другом предузећу, на бази добровољне мобилности током којег му се суспендује уговора о раду код примарног послодавца. Добровољна мобилност је увек привремена и повлачи измену уговора о раду, тако да се по њеном истеку запослени аутоматски враћа на првобитно радно место или сличан посао.¹⁸⁴⁶

3.2. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца vs. упућивање запосленог на рад код другог послодавца као мера за запошљавање

Институт привременог упућивања на рад код другог послодавца се поистовећује са упућивањем запосленог на рад код другог послодавца, као мером запошљавања, због специфичне и недовољне законске регулативе која доводи до дискрепанције у правним гледиштима и судским одлукама. Осим идентичног назива, извор поистовећивања је чињеница да се синтагма „рад код другог послодавца“ спомиње као мера запошљавања коју може да садржи програм решавања вишкова запослених, без ближег појашњења садржине те мера. Дакле, недоумице изазива то што се појам рад код другог послодавца користи искључиво у контексту привременог упућивања на рад код другог послодавца уређеног чланом 174 Закона о раду.¹⁸⁴⁷ Међутим, ови институти се, упркос оскудној регулативи, сасвим јасно разликују по разлозима, трајању и правном основу закључења анекса, као и по начину имплементације.¹⁸⁴⁸

Наиме, да би се направила разлика и отклониле дилеме, неопходно је објаснити оба института, њихову садржину, примену и последице. Привремено упућивање на рад код другог послодавца је резултат привремене потребе послодавца да, зарад реализације одређених пословних интереса, свог запосленог „позајми“ на одређени период свом пословном партнеру, али до упућивања може доћи и из других разлога, као примера ради, услед привременог престанка за радом запосленог.¹⁸⁴⁹ Супротно, рад код другог послодавца као мера за запошљавање је резултат трајног и коначног престанка потребе за радом запосленог код послодавца, 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.¹⁸⁵⁰ Наиме, у потоњем случају су наступили разлози који нису у корелацији са понашањем, поступцима или радним учинцима запосленог, већ је престала потреба за обављањем одређених послова или је наступила измена у структури послова што је довело до отпуштања или измене елемената уговора о раду. У том смислу, уз материјални и објективни елемент стоји каузални елемент, који се састоји у постојању економских тешкоћа, увођењу технолошких промена, реорганизацији у циљу очувања конкурентности или престанку активности предузећа.¹⁸⁵¹ То је становиште француског законодавца, који додаје да трансформација имовине предузећа, улагања у компанију или пословна сарадња не представљају оправдан разлог за отказ, али се по неким од тих основа може користити институт упућивања радника на рад код другог послодавца.

Стога, привремено упућивање треба разликовати од „трајног“ упућивања на одговарајући посао код другог послодавца за рад са пуним радним временом, при чему се одбијање овог преузимања од стране запосленог сматра одбијањем рада, што је и основ за престанак радног

¹⁸⁴⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 7.

¹⁸⁴⁷ *Ibid.*

¹⁸⁴⁸ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 90.

¹⁸⁴⁹ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 582.

¹⁸⁵⁰ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 42.

¹⁸⁵¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 116.

односа.¹⁸⁵² Дакле, примарна разлика између ова два института састоји се у разлозима потребе за њиховом применом, која индукује и њихово трајање.¹⁸⁵³ Друга разлика је правни основ реализације, који диктира и потпуно другачији поступак и начин примене правних института. Ипак, у оба случаја се закључује анекс уговора о раду, с тим да се садржина тих анекса разликује. Привремено упућивање се у домаћем праву реализује тако што запослени са послодавцем закључује анекс, а успоставља правну везу са другим послодавцем кроз уговор о раду на одређено време, док му радни однос код матичног послодавца за то време мирује. Реч је о триангуларном односу у којем су права, обавезе и одговорности субјеката уређене уговором о раду (старим и новим) и уговором о преузимању. Надаље, уговорни однос са новим послодавцем је временски лимитиран док трају разлози за упућивање, а најдуже годину дана. Такође, запослени може бити, ако су испуњени законски услови за измену уговора о раду, упућен и у друго место рада.¹⁸⁵⁴ С друге стране, рад код другог послодавца као мера за запошљавање се реализује, такође, закључењем анекса између запосленог и послодавца, након чега се закључује уговор о раду на неодређено време са новим послодавцем, а радни однос са ранијим послодавцем запосленом трајно престаје. То значи да код вишка запослених долази до раскида уговора о раду са послодавцем који прибегава мери упућивања запослених, док код привременог упућивања радни однос запосленом мирује. У светлу тога, заједничка црта је тежња да се пронађе алтернативно запослење због економских промена у пословања послодавца. У зависности од тога да ли је дошло до привременог или трајног престанка потребе за радом запослених прибегава се одређеним опцијама.

Интересантно је да до упућивања запосленог на рад код другог послодавца у румунском праву може доћи ради завршетка задатака који су у интересу послодавца код којег се запослени упућује.¹⁸⁵⁵ Притом, до промене задатака који запослени уобичајено врши може доћи само изузетно и уз пристанак запосленог, јер се претпоставља да запослени код института упућивања на рад код другог послодавца привремено мења послодавца, али не и радне задатке и дужности.¹⁸⁵⁶ Трајање упућивања на рад код другог послодавца не сме бити дуже од годину дана, уз могућност једноструког продужења у шестомесечном периоду консензусом свих учествујућих страна ако постоје објективни разлози који то оправдавају. Но, запослени може одбити да ради код другог послодавца из оправданих разлога, на пример, здравствених разлога, специфичних породичних околности и сл. Током трајања упућивања, запослени има право избора између услова рада који ће се применити на њега. То у одређеној мери олакшава његовој положај, будући да упућени запослени може да ужива погодности које имају остали запослени код послодавца код којег је упућен на привремени рад.¹⁸⁵⁷ Дакле, сама чињеница упућивања на рад код другог послодавца не само да не умањује права запосленог, него и доноси одређене погодности. Надаље, ако послодавац код којег је запослени упућен на рад не испуни своје обавезе према запосленом (на пример, не исплати зараду или не исплати у пуном износу и на време), терет извршења дужности пада на првобитног послодавца.

Изменама словеначког законодавства, могућност запошљавања радника проширена је на послове код другог послодавца у оквиру института отказа уговора о раду са понудом новог уговора о раду код другог послодавца.¹⁸⁵⁸ То значи да је уведена начелна могућност

¹⁸⁵² Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 582.

¹⁸⁵³ Р. Končar, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih“, *op. cit.*, 267.

¹⁸⁵⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵⁵ А. Nicolescu, „Implications of modifying individual employment contracts in the light of current Romanian legal provisions“, *op. cit.*, 61.

¹⁸⁵⁶ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 45.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, 72.

¹⁸⁵⁸ Штавише, словеначки закон је најпрецизнији по питању дефинисања разлога који могу довести до примене ове и других мера запошљавања у контексту вишкова, а то је престанак потребе за обављањем одређеног посла под условима наведеним у уговору о раду, као и у случају наступања економских, техничких, организационих, структурних и сличних разлога на страни послодавца. Словеначки Закон о раду (*Zakon o delovnih razmerjih*), чл. 88. ст. 1.

премештаја на друге послове која није везана само за колективна отпуштања. Отказ са понудом новог уговора о раду детаљно је уређен у матичном закону за област рада чиме се отклањају евентуалне недоумице и постиже правна извесност. Институт отказа са понудом новог уговора о раду се примењује када је претходно дошло до отказа уговора о раду на иницијативу послодаваца, а током трајања отказног рока послодавац или агенција за запошљавање понудили су нови одговарајући посао запосленом код другог послодавца. Сходно томе, посао који се нуди мора бити одговарајући то јест запосленом мора бити понуђен уговор о раду на неодређено време код другог послодавца. Ако запослени прихвати понуду ранији послодавац не мора да исплати запосленом отпремнину када се та обавеза преноси на новог послодавца који има обавезу да приликом исплате отпремнине у случају престанка радног односа узме у обзир укупан радни стаж остварен код оба послодавца.¹⁸⁵⁹ Даље, у ситуацији када је послодавац отказао уговор о раду и понудио нови одговарајући посао код другог послодавца односно у другом предузећу чији је он већински власник, пренето право на отпремнину и друга потраживања из радног односа повлачи солидарну одговорност оба послодавца, ако је уговор о раду престао без воље и кривице запосленог или је до тога дошло у периоду од две године од закључења уговора о раду код новог послодавца. Обрнуто, ако ранији послодавац није већински власник за постојећа потраживања може одговорати супсидијарно у границама постављеним законом. Уколико то није прецизирано, за запосленог може да настане проблем од кога да тражи накнаду зараде која му није исплаћена, што у пракси доводи до пребацивања ове обавезе са једног на другог послодавца, а штету трпи радник. Предлог је да се запослени пре упућивања распита о односу између послодаваца, нарочито у случају пословно-техничке сарадње и у случају када се запослени упућује на рад код другог послодавца у програму решавања вишка запослених или тешкоћа у пословању његовог послодавца.¹⁸⁶⁰

4. Упућивање запосленог на рад у иностранство

У условима економских превирања заговара се идеја веће мобилности радне снаге ван националних граница. Миграција радноспособног становништва постаје учестали пратилац глобализацијих процеса који изграђују нови економски поредак. Такође, технолошки напредак је олакшао покретљивост радника који постају спремни да живе и раде у више држава. Механичко кретање становништва из једне државе у другу детерминише укупну количину расположиве радне снаге на одређеном простору. Дакле, између миграције становништва и тржишта рада постоји чврста веза, будући да емиграција смањује количину рада, док имиграција увећава бројчани капацитет радне снаге. Феномен миграције није једнозначан због чега се развијају различити теоријски модели који осликавају миграциона кретања.¹⁸⁶¹

Према ставу већине, у основи радне мобилности лежи логика користи и губитака који прате миграције у смислу животног стандарда, висине зараде, услова рада и других чинилаца који опредељују једно лице да ради на територији државе која није држава његовог пребивалишта (тзв. *push-pull* метод одлучивања).¹⁸⁶² С тим у вези, мобилност радне снаге обухвата сва кретања физичких лица из једне земље у другу ради запошљавања или пружања услуга. Тако се у праву Европске уније прави разлика између три врсте миграција које јачају интегрисаност држава: миграције између држава чланица, дневно или недељно прекогранично путовање или

¹⁸⁵⁹ Дужина стажа осигурања је битна не само због одређивања отпремнине, него и за утврђивање дужине отказног рока.

¹⁸⁶⁰ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 357.

¹⁸⁶¹ Први у низу модела изграђен је крајем 90-их година прошлог века у којем се полази од претпоставке да се између географски дислоцираних тржишта рада успоставља хомегиност рада, будући да су имигранти савршени супститути у производњи ако располажу истим знањима и вештинама као остали радници на домаћој територији. Marija Penava, „Utjecaj migracija na europsko tržište rada“, *Ekonomika misao i praksa*, бр. 2, 2011, 339.

¹⁸⁶² *Ibid.*

привремени боравак путем упућивања радника.¹⁸⁶³ Ово је уско скопчано са политиком наднационалне и надржавне заједнице која настоји да обезбеди слободно кретање људи, роба, услуга и капитала, кроз јединствено унутрашње тржиште.

Дакле, стварање јединственог тржишта треба да омогући и олакша практично остваривање четири основне слободе. Уз то, унутрашње тржиште поспешује приведну иницијативу и транснационално пословање, који стварају могућност за прекогранично кретање радника. Из свега наведеног следи да је слобода кретања радника ужа слобода која извире из слободе кретања људи, као посебног права дефинисаног у примарном извору права ЕУ - Уговору о функционисању ЕУ. Но, концепт радника као мобилне јединице производње која доприноси развоју економских слобода на отвореном тржишту у супротности је са поимањем радника као људског бића, због чега су први легислативни кораци учињени у правцу изградње европског нормативног оквира за сузбијање дискриминаторних пракси.¹⁸⁶⁴ Надаље, пажња је усмерена ка заштити права радника и поштеност тржишном надметању. Другим речима, потребно је успоставити равнотежу између слободе пружања услуга и фер конкуренције, с једне стране и материјалних права радника, с друге стране, како би се избегао социјални дампинг.¹⁸⁶⁵

Као антипод слободи кретања радника налази се слободно настањивање, које даје физичким и правним лицима могућност да започну обављање делатности у било којој држави чланици ЕУ. Потоња слобода стоји у корелацији са слободом пружања услуга, где се пословним субјектима омогућава пружање услуга у једној или више држава чланица без пословног настањивања.¹⁸⁶⁶ Слобода кретања лица гарантује радницима једнаке могућности за рад, усавршавање и промовисање сопствених вредности у оквиру Уније, док пословним људима отвара врата да врше своје активности у оној држави чланици у којој постоје најповољнији услови.¹⁸⁶⁷ Међутим, поглавље Уговора о функционисању ЕУ које се тиче слободног кретања радника односи се само на раднике који су интегрисани у тржишта рада државе пријема, док се слобода пословног настањивања гарантује правним субјектима који послују на стабилној и континуираној основи. Имајући у виду да је упућивање радника временски ограничено због чега радници не могу постати део тржишта земље домаћина институт упућивања радника се сагледава искључиво у контексту слободе пружања услуга.¹⁸⁶⁸

Из тога следи да су упућени радници, у ствари, запослени који привремено одлазе из матичне земље како би у другој држави пружали услугу у одређеном сектору рада, у име и за рачун послодавца. Запосленом који је упућен на рад у иностранство од стране послодавца по сили закон мирују права и обавезе које се стичу на раду и по основу рада на основу решења послодавца о мировању радног односа, осим права и обавеза за које је законом, општим актом послодавца, уговором о раду (укључујући и његов анекс) другачије одређено.¹⁸⁶⁹ Упућивање запослених на привремени рад у иностранство води конституисању триангуларног односа између запосленог, предузећа које упућује радника и предузећа које пружа услуге. У суштини, реч је о институту који погодује потребама и интересима самих послодаваца, док је у овом

¹⁸⁶³ Премда наведено сугерише на закључак да се упућени радници могу подвести под категорију радника мамираната њихов статус је другачији с обзиром на то да је упућивање привременог карактера тако да се они враћају у своју земљу по обављању задатка. То значи да се упућивањем радника у иностранство веза са тржиштем рада државе порекла не прекида.

¹⁸⁶⁴ Принцип слободног кретања радника садржан у члану 45. Уговора о функционисању ЕУ забрањује сваку врсту дискриминације по основу националне припадности, као и у погледу накнада, услова рада и запошљавања између домаћих радника и радника миграната.

¹⁸⁶⁵ Martina Drvenić, „Zaštita radnika u prekograničnim postupcima: nadležnost za pojedinačne ugovore o radu i upućivanje radnika“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 41, бр. 1, 2021, 124.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ Горан Обрадовић, „Слобода кретања радника у ЕУ“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, XLIV, 2004, 241.

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*

¹⁸⁶⁹ У ранијем хрватском праву се уместо упућеног радника користио као синоним термин деташирани радник и распоређени радник. Израз распоређени радник је реформом из 2017. године напуштен као непримерен. Ivana Vukorepa, „Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 68, бр. 1, 2018, 108.

тространом односу најосетљивији и најугроженији положај управо запосленог који се упућује на рад. У одмеравању и успостављању равнотеже између заштите запосленог од измена услова рада које намеће послодавац и потребе за флексибилношћу рада предузећа, француски Касациони суд је стао на страну прихватања начелне дужности запосленог да прихвати мобилност, чије су границе одређене према објективним критеријумима. У ситуацијама када посао који запослени обавља укључује географску мобилност, промена радног места не представља измену уговора о раду. Отуда, није реч о измени уговора када је запослени који ради на позицији консултанта предузећа, упућен да изврши једнократну радњу у иностранство, док његово уговор предвиђа искључиви боравак у земљи.¹⁸⁷⁰

За разлику од грађана ЕУ који могу самоиницијативно и без ограничења да одлазе да раде у другу државу чланицу Европске уније, упућене раднике упућује послодавац како би обавили одређени радни задатак на лимитирани период након чега се враћају у државу порекла. Дакле, реч је о ситуацији у којој послодавац шаље запосленог у другу државу да у одређеном времену за његов рачун обави одређени посао.¹⁸⁷¹ Следствено томе, пружалац услуге није запослени већ samozапослени који послује ван границе земље домицила или предузеће које пружа прекограничне услуге. Премда постоје различити облици прекограничне радне мобилности у Европској унији, међу њима се посебно истиче привремено упућивање радника у иностранство. Штавише, упућивање радника је једна од најдискутабилнијих тема у комунитарном праву, иако је број упућених радника у односу на радну популацију Европске уније готово занемарљив.¹⁸⁷² Жустре расправе о правном уређењу положаја упућених радника су отпочеле након ширења ЕУ на Пиринејско полуострво, услед бојазни да ће велики број радника из слабије развијених земаља преплавити тржиште рада богатих земаља. У том периоду је једини релевантни правни инструмент била Конвенција о праву које се примењује на уговорне обавезе (Римска конвенција), која је садржала правило да се на запослене примењују право државе где се рад уобичајено обавља (*lex loci laboris*). Прекретницу у том погледу доноси пресуда у предмету *Rush Portuguesa*, којом се допушта одступање од горе наведеног принципа.¹⁸⁷³ Странке по свом избору могу изабрати право које се примењује у целини или само на део уговора.

Послодавац може упутити радника на рад у другу земљу у којој обавља део делатности под условом да послови које радник треба да обавља одговарају његовим стручним и радним способностима и да се са радником споразуме о трајању рада у другој земљи, условима смештаја, валути у којој ће се исплаћивати зарада и друга примања, роковима и начину исплате, условима одласка и повратка са рада у другој земљи. Тако, француски Касациони суд, чија се јуриспруденција по овом питању усавршава, „прави разлику између међународног и националног уговора о раду, као у ситуацији када је запослени засновао радни однос за рад у разним филијалама, а међународна компанија је овлашћена да га расподели у различите погоне исте групе, ако то не доводи до смањења зараде и не уводи ограничења у обављању дужности“, Суд није сматрао да премештај запосленог из Париза у Брисел представља измену уговора о раду.¹⁸⁷⁴

Са пролиферацијом гранских активности предузећа и феноменом групе предузећа, проблем премештаја запослених унутар предузећа или групе добија све већи значај у циљу

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*

¹⁸⁷¹ Александар Мојашевић, Марија Драгићевић, „Правно-економски аспекти упућивања радника у ЕУ“, у: Бранислав Ристивојевић (ур.), *Правни аспекти миграција у региону – балканска рута*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2019, 177.

¹⁸⁷² *Ibid.*

¹⁸⁷³ Ivana Vukorepa, „Миграције и право на рад у Европској унији“, *op. cit.*, 108.

¹⁸⁷⁴ *Ibid.* Према Директиви 91/553/ЕЕЗ о обавези послодавца да обавести радника о условима који се примењују на уговор о раду или радни однос радник у случају упућивања на рад у иностранство (да ради у земљи или више земаља изван државе чланице) мора поседовати исправу која садржи додатне податке о трајању рада у иностранству, валута у којој ће се исплаћивати приходи од рада, новчане и неновчане накнаде које су повезане с боравком у иностранству, услове који уређују повратак радника у земљу. Директива 91/553/ЕЕЗ, чл. 4.

рационалнијег и бољег пословања, политика ширења активности предузећа која укључује географску дисперзију (која може прелазити националне оквире). За разлику од неких земаља у окружењу које упућивање радника на рад у другу земљу уређују у делу Закона о раду посвећеном изменама садржине уговора о раду, услови и поступак упућивања запослених у иностранство у Републици Србији регулисани су на детаљан начин посебним законом.¹⁸⁷⁵ Да би се спречиле злоупотребе у смислу избегавања процедуре прибављања дозволе Министарства за рад за посредовање у запошљавању у случајевима запошљавања лица са намером да рад врше у иностранству за другог послодавца, забрањено је уступање запослених страном лицу. На то се надовезују злоупотребе везане за „ротациона упућивања“ у различите државе чланице, те навођење седишта привредног друштва у месту где се налази агенција за пружање књиговодствених услуга. С друге стране, последњим измена Закона о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити укинута је обавеза за послодавце да Министарству за рад, запошљавање, борачка и социјална питања доставе обавештења о запосленима које упућују на рад у иностранство, чиме је поступак упућивања поједностављена у циљу бржег и ефикаснијег поступања.¹⁸⁷⁶ Као разлог за напуштање непотребних формалности се наводи и то да, ради контроле уплате доприноса, Централни регистар обавезног социјалног осигурања располаже подацима о упућеним запосленима, при чему инспекција рада има приступ овим подацима.

Да би се запослени упутио на рад у иностранство потребно је постојање одговарајућег основа, у смислу закљученог уговора о пословној сарадњи између домаћег и страног послодавца код којег се запослени упућује, прибављање акта о упућивању у случају да се запослени упућује у пословну јединицу послодавца у иностранству, или позивног писма, ако је реч о међукомпанијској мобилности. Затим, информисање запосленог о условима живота у месту у којем се запослени упућује (климатски услови, друштвено политичка ситуација, валута, начини пружања здравствене и других облика заштите и тсл.), условима смештаја и исхране који се запосленом обезбеђују за време боравка и рада у иностранству, удаљености од места боравка до места рада, као и контакт особи задуженој за давање информација.¹⁸⁷⁷ Запослени треба да донесе одлуку да ли жели да буде упућен од стране послодавца на привремени рад и/или обуку у иностранство након добијања релевантних информација о условима живота и рада у тој земљи. Дакле, до упућивања може доћи тек након што послодавац информише запослене о одређеним чињеницама. Како се упућивање може спровести искључиво уз претходну писану сагласност запосленог, анекс уговора о раду мора обавезно да садржи назнаке о држави, месту рада, периоду на који се запослени упућује, назив и опис послова које ће запослени обављати у иностранству, ако се исти мењају, износ основне зараде и валуту у којој ће зарада бити исплаћивана, елементе за утврђивање зараде, друга новчана и неновчана давања која су повезана са боравком у иностранству, радно време, одморе и годишњи одмор. Колективним уговором, правилником о раду, или уговором о раду могу да се утврде већа права и повољнији услови рада од права утврђених Законом, као и друга права запослених упућених на привремени рад у иностранство.¹⁸⁷⁸ Послодавац чини прекршај за који је прописана новчана казна у висини од 150.000 динара ако у анекс уговора о раду не унесе побројане акте којим су утврђена већа или додатна права запослених, или повољнији услови рада од оних који су утврђени Законом.¹⁸⁷⁹ Уколико је уговором о раду предвиђена могућност упућивања, у том случају се сматра да је запослени већ пристао да ради у другој држави самим тим што је ставио свој потпис. У том случају његова претходна сагласност није потребна, јер

¹⁸⁷⁵ Закон о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 91/2015 и 50/2018.

¹⁸⁷⁶ А. Мојашевић, М. Драгићевић, „Правно-економски аспекти упућивања радникау ЕУ“, *op. cit.*, 177.

¹⁸⁷⁷ У случају премештаја радника у иностранство, италијанско право налаже послодавацу да поднесе захтев за ауторизацију уз пратећу документацију Министарству рада и социјалног осигурања, надлежном одељењу Управе за запошљавање.

¹⁸⁷⁸ А. Мојашевић, М. Драгићевић, „Правно-економски аспекти упућивања радникау ЕУ“, *op. cit.*, 177.

¹⁸⁷⁹ Закон о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити, чл. 27.

се претпоставља да је запослени на то пристао прећутном изражавањем своје воље. Реч је о јединственој ситуацији у којој се допушта послодавцу да уноси клаузулу којом шири границе управљачке власти на начин да он постаје једини властан да одлучи о томе где ће запослени вршити рад. То може бити изразито неповољно за запослене који можда у тренутку закључења уговора нису ни размишљали о могућности привременог рада у иностранству или им пак, та могућност није на јасан начин предочена.

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ИЗМЕНЕ ИЗНОСА ЗАРАДЕ

1. Зарада као основно право запосленог

Право на зараду је основно право запосленог, које произилази из уговора о раду, као двостранообавезног правног посла.¹⁸⁸⁰ Зарада није само основно право из радног односа, већ и инструмент за ублажавање економских и социјалних неједнакости. Осим што доприноси економској независности, зарада представља одговарајућу меру социјалне инклузије и напретка. „Зарада је детерминишући фактор социјалног положаја човека, битна мотивационо-психолошка компонента, једна од квалитативних димензија пристојног рада за живот достојан човека [...] она је услов социјалне инклузије и, тиме, потврда дигнитета човека као активног, независног, друштвено корисног бића“.¹⁸⁸¹

То је извор појединачног самоостварења, али и економског развоја, јер смањује сиромаштво и подстиче на активно учешће у друштвеним активностима. Зарада није само основно економско добро из радног односа, већ и потврда друштвене корисности која обезбеђује економски, социјални и културни развој. Због тога се истиче да зарада, поред алиментационе природе има и социјалну функцију која се огледа у задовољењу образовних и културних потреба појединца.¹⁸⁸² Запослени преузима обавезу да на организован и одговоран начин обавља свој посао, а послодавац преузима обавезу да му исплаћује припадајући износ зараде. Зарада је основни мотив за заснивање радног односа и значајан извор средстава за подмирење животних потреба запосленог. Запослени ставља послодавцу на располагање своје радне способности, а заузврат стиче право на адекватну новчану компензацију у форми зараде. Битним елементима радног односа подразумевају се битне одреднице по којима се тај однос препознаје и чини различитим од других друштвених и правних односа.¹⁸⁸³ Потписивањем уговора о раду, запослени се обавезује, да послове које му додели послодавац, извршава савесно и поштено, а послодавац се обавезује да му исплаћује зараду за тај рад. Италијанска уставна повеља наводи да „висина накнаде мора бити сразмерна квантитету и квалитету обављеног рада и у сваком случају довољна да запослени може себи и својој породици обезбеди слободну и достојанствену егзистенцију“.¹⁸⁸⁴ На том колосеку је и Европска

¹⁸⁸⁰ Премда се зарада и плата често поистовећују, између њих постоје разлике, будући да се зарада везује за месечна примања која запослени остварују радећи у приватном сектору, што значи да финансијске перформансе послодавца зависе од пословних резултата остварених на тржишту. С друге стране, израз плата се користи за државне службенике, и за запослене у другим сегментима јавног сектора, чији је послодавац држава која се највећим делом финансира из пореза, тако да се плате обезбеђују из буџета. Ово, пак, важи за домаће право, јер су у упоредном праву терминолошка разлика прави, али са потпуно другачијом конотацијом, будући да се зарада (*wage*) углавном исплаћује на годишњем или месечном новоу у фиксном износу за послове које обављају, по правилу, висококвалификовани радници, док се плата (*salary*) исплаћује у редовним интервалима и по учинку, узимајући у обзир степен квалификација, због чега плата може варирати у зависности од пријављених радних сати. С тим у вези, лични доходак се сматра превазиђеним изразом који је био коришћен у доба самоуправног социјализма и који се састојао из чистог доходака којим радници слободно располажу и средстава за заједничку потрошњу који улазе у састав личног дохотка али се аутоматски издвајају за улагање у друштвену репродукцију.

¹⁸⁸¹ Александар Т. Антић, Бојан П. Урдаревић, „Нека отворена питања везана за минималну зараду у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2023, 1245.

¹⁸⁸² José Ricardo Méndez Cruz, *Derecho laboral: un enfoque práctico*, McGraw-Hill, Mexico, 2009, 72.

¹⁸⁸³ „У теоријском смислу, зарада се сматра битним елементом радног односа, а у позитивно - правном смислу основним правом из радног односа“. Ж. Кулић, С. Шкорић, *Радно право*, *op. cit.*, 240.

¹⁸⁸⁴ Устав Републике Италије, чл. 36 ст. 1. У домаћем праву, зарада није законски дефинисана, већ је конституисано право на зараду запосленог, без даљег прецизирања шта тај појам представља. Зарада се најчешће одређује као накнада која се периодично исплаћује запосленом за извршени (уложени) рад. Она је предвиђена као искључиво право лица која се налазе у радном односу, док остала радно ангажована лица (ван радног односа) немају право на зараду, већ на новчану накнаду која нема карактер зараде. Марио Рељановић, *Алтернативно*

социјална повеља која је првобитно дефинисала праг пристојности 60-их година прошлог века и то као 68 процената просечне зараде у националној економији.¹⁸⁸⁵ Од краја 90-их година, фокус се померио са ниских и неправичних зарада на смањење сиромаштва, спречавање социјалне искључености и унапређење квалитета рада.

Послодавац је дужан да запосленом исплати зараду, без обзира на остварени профит или претрпљени губитак.¹⁸⁸⁶ У току развоја радног права, зарада је била искључиво предмет индивидуалног уговора о раду.¹⁸⁸⁷ У циљу заштите социјалног минимума најслабије плаћених радника уведена је категорија минималне гарантоване зараде. При утврђивању минималне зараде узимају се у обзир основне социјалне потребе радника и његове породице (тзв. потрошачака корпа), као и могућност исплате ове зараде. Висина минималне зараде се утврђује за радни час и усклађује са растом трошкова живота и растом националног дохотка.

Директива 2006/54/EЗ под појмом зараде подразумева „редовну или основну минималну зараду или плату и све остале новчане или материјалне накнаде, које радник непосредно добија од свог послодаваца у вези са радним односом.“¹⁸⁸⁸ Послодавац као власник средстава за рад организује предузетничку делатност, док радник у корист послодавца непосредно извршава одређену врсту зависног рада примајући за то уговорену надокнаду.¹⁸⁸⁹ Зарада је битан елемент уговора о раду који се не може мењати ни по висини, ни по својој структури без сагласности запосленог независно од тога да ли послодавац тврди да нови начин награђивања нема утицаја на укупан износ накнаде. Исто тако, зарада је израз синалгматске природе уговора о раду, која има за циљ да обезбеди економску сигурност и достојанствен живот радницима и њиховим породицама.¹⁸⁹⁰

Осим тога, уговор о раду је комутативан правни посао, тако да у погледу чинидба уговорних страна не сме да постоји неизвесност. Закон о раду то прописује у делу који се односи на обавезне елементе уговора о раду, где је потврђено да морају бити познати и послови и радни задаци запосленог које ће обављати код послодавца, а такође и зарада запосленог мора бити позната и наведена у уговору о раду.¹⁸⁹¹ Ако није другачије одређено, зарадом се, у смислу овог закона, сматра роком утврђена накнада коју послодавац дугује запосленом за предвиђени рад.¹⁸⁹² На могућност (не и дужност) послодавца да редовно исплаћује зараде запосленима утичу економски услови, тј. профитабилност која у великој мери зависи од тржишног удела послодавца. Холандски грађански законик предвиђа да током првих шест месеци уговора о раду, послодавац може обуставити исплату зараде због наступања одређених околности које су довеле до недостатка посла, чиме се део ризика пословања пребацује на запослене.¹⁸⁹³

радно законодавство, Rosa Luxemburg Stiftung Southeast Europe, Центар за достојанствен рад, Београд, 2019, стр. 126.

¹⁸⁸⁵ Додуше, бележе се и другачији историјски примери. Статутом радника из 1349. године постављена су ограничења у погледу максималног износа зараде, будући да је у периоду после куге у Енглеској радници број радника био десеткован због чега су могли да диктирају цену рада.

¹⁸⁸⁶ Неиспуњавање обавезе послодавца да исплати зараду која је једнака најмање минималној висини зараде нужно узрокује штету запосленом, чији износ треба да процени судија. *Chambre sociale* 29 juin 2011, *pourvoi* 10-12884, *BICC* n°751 du 15 novembre 2011

¹⁸⁸⁷ Тако, ако слуга није завршио посао у свему како је договорено, господар га је мога лишити права на зараду.

¹⁸⁸⁸ Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJ L* 204, 26.7.2006, р. 23–36, чл. 2.

¹⁸⁸⁹ Т. Угарковић, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, *op. cit.*, 11.

¹⁸⁹⁰ Енглески израз за плату - *salary*, доста сличан француском - *salaire*, води порекло од латинске речи *salarium*, која је изведена из речи *sal* што у преводу значи со. Генеза речи води све до Римског царства када је со, као тада ретка роба, била коришћења за плаћање државних службеника.

¹⁸⁹¹ Закон о раду, чл. 33.

¹⁸⁹² С. Перић, *Пристојан рад*, *op. cit.*, 40.

¹⁸⁹³ *Ibid.*

Зарада је новчано и друго примање запосленог у вези са извршеним радом, које представља главни мотив рада, будући да су ретки појединци који не морају да живе од свог рада, јер имају друге изворе прихода који су довољни, да им обезбеде минимум егзистенције. Дакле, поред других мотива за заснивање радног односа, зарада се сматра одлучујућим, јер посредством рада појединац остварује средства за живот. Другим речима, ретки су они који не морају да раде, зато што имају приходе од капитала или ренти. Зарада запосленог утврђује се уговором о раду, а њена висина зависи од природе, квантитета и квалитета конкретног посла који запослени обавља.¹⁸⁹⁴ У појединим латиноамеричким држава постоји јединствени концепт тзв. консолидоване зараде, који омогућава да се на једном месту групишу извршене уплате по различитим основама у току једне године, са изузетком плаћеног одсуства (Колумбија) и маргиналних бенефиција (Перу).

Уопште посматрано, зарада се може исплаћивати на дневном, недељном, месечном или годишњем нивоу. У домаћем праву, периодичност и рокови исплаћивања зараде утврђују се општим актом и уговором о раду, у границама одређеним законом. То значи најмање једном месечно и најкасније до краја текућег месеца за претходни. У основи уговора о раду лежи обавеза послодавца да запосленом редовно исплаћује зараде. Обавеза плаћања не може бити пренета на друго лице, што значи да се послодавац не може ослободити те дужности без обзира што је запослени привремено упућен на рад код другог послодавца. Пристанак запосленог да ради код новог послодавца, не значи одрицање од зараде који је стекао за време вршења радних дужности код ранијег послодавца.¹⁸⁹⁵ То значи да чак и када послодавци имају дискреционо право да дају или ускрате бонус запосленима, они морају то чинити у доброј намери, када потребе предузећа то захтевају, а не ирационално и на штету запослених. После финансијске кризе која је погодила Италију крајем прошлог века и знатне девалвације италијанске лире, на основу трипартитног споразума између владе и социјалних партнера дошло је до укидања технике аутоматске индексације зарада.¹⁸⁹⁶ Наиме, реч је о јединственом механизму који је водио апсолутном повећању зарада у свим секторима привреде, упоредо са порастом цена производа, чиме се последично смањивала разлика у висинама зарада. Међутим, временом је ефекат изједначавања добро и лоше плаћених послова кроз пропорционално увећање најнижих зарада почео да опада.

Исто тако, у случају измене уговора о раду, швајцарски Савезни суд је првобитно, ослањајући се на доктрину расподеле трошкова, признао да би у периоду економске кризе смањење зараде било оправдано ради праведне расподеле штете услед недостатка посла код послодавца. У важном случају *Lambert* који више није актуелан, али завређује пажњу, послодавац је приморао запосленог да прихвати смањење зараде која није прелазила 25% зараде која је утврђена уговором о раду.¹⁸⁹⁷ Укратко, последице кризе требало је да сnose запослени и послодавац у одређеној размери у складу са духом теоријске идеје равноправне расподеле трошкова. У овом предмету, штета је могла бити распоређена између две стране, али је послодавац настојао да се потпуно ослободи дужности сношења терета посла тако што је натерао запосленог да сам сноси штету у целини. У том смислу, више се не поставља питање да ли послодавац може из `флуидног` разлога да мења уговор о раду, јер је одговор увек негативан. Послодавац може да предложи измену уговора о раду само ако постоји оправдан разлог, што значи да измена зараде мора бити неопходна из разлога који се тичу компаније или тржишта.

¹⁸⁹⁴ James Marson, *Beginning Employment Law*, Routledge, New York, 2014, 81.

¹⁸⁹⁵ У пракси енглеских судова се заузима став да запослени има право на раскид уговора без претходног обавештења и отказног рока када послодавац запосленом не исплаћује зараде у периоду дужем од месец дана. То не значи да се неисплаћивање зараде увек третира као повреда уговора о раду која даје право другој страни на раскид, јер се пропуст послодавца да изврши плаћање који се догодио једном ипак има другачије ценити. *Ibid.*, 123.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*

¹⁸⁹⁷ F. Marhold, M. Friedrich, *Österreichisches Arbeitsrecht*, op. cit., 30.

2. Минимална зарада

Истраживања показују да клица минималне зараде досеже до 1754. године пре нове ере, те да се јавља као саставни део првог писаног законика у свету. Наравно, структура минималне зараде у Хамурабијевом законик у била је одређена на начин прилагођен друштвеним односима старог века. То је најстарији доступан историјски документ који садржи скоро 300 чланова, од којих се многи детаљно баве питањима услова рада.¹⁸⁹⁸ Штавише, у том правном извору се по први пут изграђује принцип законите зараде која се обрачунава или према обављеном послу или према броју дана проведених на раду.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима оснажује концепт пристојног рада, а претпоставља увођење у све државне системе минималне зараде.¹⁸⁹⁹ У Француској је 1950. године створен систем гарантоване међупрофесионалне минималне зараде, који је замењен од 1970. минималном међупрофесионалном платом. Одређивање, од стране државе, међупрофесионалне минималне зараде која би требало да одговара основним потребама радника и његове породице, представља је велики напредак.¹⁹⁰⁰ Установљена Законом од 11. фебруара 1950. године, гарантована међупрофесионална минимална плата индексирана је индексом цена који би, ако би премашио одређени ниво, требало довести до пропорционалног повећања. Међутим, овај закон није функционисао, посебно због државне интервенције када је реч о ценама прехрамбених производа и услуга укључених у базу индекса. Од тада је замењена платама међупрофесионалног раста 1970. године, која је требало да исправи ове недостатке.¹⁹⁰¹ До промене угла гледања на минималне зараде долази са нафтном кризом коју је пратила политика структурног прилагођавања. Велика Британија укида одбор за зараде и отказује ратификацију Конвенције МОР бр. 26. Еволуција ка минималним зарадама са националном покривеношћу огледа се усвајањем Конвенције МОР бр. 131 из 1970. године.¹⁹⁰²

Постоје четири могућа начина класификације минималне зараде, која се разликују по степену сложености. Први начин подразумева јединствени износ минималне зараде који се примењује на све запослене који подлежу режиму минималне зараде. Други начин је утврђивање минималне зараде за одређене регионе или области унутар граница једне земље које имају релативно сличан степен економског развоја. Трећи начин је одређивања минималних зараде колективним преговарањем за одређене привредне секторе.¹⁹⁰³ То значи да утврђени износ минималне зараде обавезује све послодавце који обављају делатност на нивоу одређене гране за коју је закључен колективни уговор. Притом, овај метод утврђивања минималне зараде може исто тако бити усмерен на поједине секторе који су изузетно рањиви на глобалне потресе. Четврти и најсложенији систем утврђивања минималних зарада класификује минималне зараде према занимањима. И коначно, могуће је конституисање минималне зараде за одређене групе радника који спадају у рањиву групу, па тако запослени који раде у домаћинству послодавца могу имати право на посебну минималну зараду.¹⁹⁰⁴ Уз то, постоје и системи са општом применом који узимају у обзир специфичне околности, те

¹⁸⁹⁸ С. Периф, *Пристојан рад*, *op. cit.*, 40.

¹⁸⁹⁹ Марио Рељановић, Љубинка Ковачевић, Ивана Крстић, Александра К. Петровић, *Приручник за примену Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима*, Ивана Крстић (ур.) Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, Београд, 2023, 63 *et seq.*

¹⁹⁰⁰ F. Petit, „Gérer et anticiper la modification du contrat de travail“, *op. cit.*, 686.

¹⁹⁰¹ Raymundo M. Campos Vázquez, „El salario mínimo y el empleo“. *Economía unam*, Vol. 12, бр. 36, 93.

¹⁹⁰² Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада бр. 131 о утврђивању минималних плата, с посебним освртом на земље у развоју, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/82.

¹⁹⁰³ *Ibid.*

¹⁹⁰⁴ Borra Marcos, Cristina Gómez García, Francisco, „Satisfacción laboral y salario: ¿compensa la renta laboral las condiciones no monetarias del trabajo?“, *Revista de Economía Aplicada*, Vol. XX, бр. 60, 2012, 28.

допуштају да се поједина предузећа или групе радника искључе из примене правила о минималној заради. Дobar пример за то је Португал где су између 1975. године и 1989. године, предузећа са мање од десет запослених, могла бити изузета од обавезе исплате минималне зараде, под условом да добију посебне одобрење од министарства за рад.¹⁹⁰⁵ Реч је о периоду бујања финансијске и економске кризе, која је утицала на политику поменуте државе која је тежила да по сваку цену спречи незапосленост.

Примера ради, право Панама познаје 20 различитих минималних зарада.¹⁹⁰⁶ Доминиканска Република не разликује минималне зараде по секторима (осим за пољопривреду), већ се класификација минималних зарада врши у зависности од величине предузећа. У Костарики је 1987. године било укупно 520 минималних зарада за рад на различитим пословима. Бразил је уместо 24 минималне зараде, за сваку државу у саставу, установио један тип минималне зараде. Минимална зарада је уставна категорија већине латиноамеричких држава. Изузетак у том погледу чине минималистички устави Јамајке, Чилеа, Еквадора и Хаитија који уместо минималне зараде користе термин правична зарада, која мора бити таква да обезбеди раднику и његовој породици достојанствен живот.¹⁹⁰⁷ На северном делу америчког континента, Закон о стандардима запошљавања државе Онтарио предвиђа да послодавци исплаћују запосленима зараду не мању од прописане, не наводећи притом њену висину.¹⁹⁰⁸ Међутим, тај акт даје влади право да доноси прописе којим ће утврдити прецизан износ минималне зараде. Када висина зараде није одређена уговором о раду, нити извором аутономног или хетерономног права, запослени има право на правичну висину зарада. То значи да послодавац има прећутну обавезу да запосленом исплати зараду сходно вредности коју та врста рада има на тржишту, по принципу *quantum merитum*.

Велика Британија нема Законик о раду, али има неколико законодавних акта обједињујућег карактера (*consolidation statutes*) од којих су три водећа. Први се тиче колективне димензије радног права, тако да регулише положај синдиката и њихових чланова, питања услова и начина преговарања, као и главне облике колективне акције запослених и послодаваца.¹⁹⁰⁹ Други акт садржи детаљан прегледа гарантованих индивидуалних радних права, попут права на рад и права на заштиту од неоправданог отказа, док трећи инкорпорише сва она питања која се тичу дискриминације на раду и у вези са радом а која су иначе предмет посебних закона. Наравно, нису ништа мањег значаја статутарни акти који уређују минималну зараду и радно време запослених у тој земљи. Ово нарочито из разлога што су институције минималне зараде и радно време све до 60-их година прошлог века подпадале под колективну *laissez faire* ингеренцију, тако да се парламент није ни усуђивао да директно интервенише у детаље услова под којима су се закључивали индивидуални уговори о раду.

У складу са социјалним и економским циљевима, минимална зарада не представља реални еквивалент вредности послова које запослени обавља код послодавца, већ је резултат консензуса социјалних партнера на националном или секторском нивоу, а у одређеним правним системима и политичке воље (кроз акте законодавне и извршне власти).¹⁹¹⁰ Пракса земаља чланица Европске уније показала је да се минималне зараде утврђују путем колективних преговора, ако је улога синдиката значајнија, у супротном то чини влада.¹⁹¹¹ Висину минималне зараде може да утврђује и неки други законом овлашћен орган, па се тако

¹⁹⁰⁵ Justo López Basanta, El salario, Доступно на: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/29.pdf>, 17.5.2023.

¹⁹⁰⁶ Ibid.

¹⁹⁰⁷ J. Duddington, *Employment Law*, op. cit., 123.

¹⁹⁰⁸ H. Otto, M. Beider, *Arbeitsrecht*, op. cit., 77.

¹⁹⁰⁹ Иако последњих деценија утицај и број синдиката опада у многим земљама, па и оним најразвијенијим, они су ипак успели да задрже утицај у појединим секторима привреде тако да многим радницима пружају ефикаснију заштиту права и интереса него што то чине формалноправни механизми.

¹⁹¹⁰ H. Otto, M. Beider, *Arbeitsrecht*, op. cit., 79.

¹⁹¹¹ У Немачкој се минималне зараде у великој мери одређују колективним уговорима о раду између страна учесника у колективном преговарању.

у упоредном праву јављају различита тела која врше исту функцију (економски савет, одбор за плате у пољопривреди, арбитражно веће).¹⁹¹² Интересантно је поменути један ранији случај у којем је Енглески суд одлучујући по захтеву радника у пољопривреди, који је тражио разлику између износа зараде који је примио по основу уговора о раду и износа минималне зараде која је установљена одлуком Одбора за плате у пољопривреди, установио да је уговор о раду аутоматски измењен у делу који се тиче износа зараде.¹⁹¹³ Ово из разлога што се изворни уговор о раду косио са статутарним ограничењима у погледу минималне цене наднице за рад на пољопривредним пословима.

Надаље, минимална зарада се у српском праву одређује на основу минималне цене рада, временаведеног на раду и пореза и доприноса који се плаћају из зараде. Минимална зарада се уводи одлуком послодавца, што значи да није потребна измена уговора о раду. На овакво тумачење указује брисање одредбе Закона о раду која је изричито упућивала да се минимална зарада уговара, увођење појма „одлуке послодавца о увођењу минималне зараде“, као и измењена правила о анексирању уговора о раду.¹⁹¹⁴ Послодавац је дужан да разлоге за увођење минималне зараде утврди општим актом, односно уговором о раду. Дакле, битна новина, ако превагне језичко тумачење норми, јесте право послодавца да уведе минималну зараду својом једностраном одлуком, без измене уговора о раду. На овакво правно гледиште упућује поменути изостанак правила да послодавац и запослени уговарају минималну зараду, као и установљивање конструкције „одлуке послодавца о увођењу минималне зараде“.¹⁹¹⁵

Истовремено, измењена правила о анексирању уговора о раду предвиђају обавезу измене уговора о раду само ако су елементи за утврђивање зараде запосленог садржани у уговору о раду, те ако они нису изричито наведени у уговору, већ су уређени општим актом послодавца на који уговор упућује, онда се чини да анекс није обавезан. То би значило да главни разлог због кога радник заснива радни однос, а то је зарада, што је истовремено и битан елеменат уговора о раду, неће бити резултат сагласне изјаве воља две уговорне стране – запосленог и послодавца, већ наметнуто решење једне стране – послодавца. Овакво решење пати од опасности да доведе до неусаглашености уговора о раду и фактичке ситуације у којој се радник налази. У уговору о раду ће бити наведен одређени износ зараде, а запослени ће у стварности бити у режиму исплате минималне зараде, а да се о тој чињеници никад није изјаснио. Будући да послодавац нема обавезу да запосленом учини доступним општи акт којим су уређена права и обавезе из радног односа, а да га притом може мењати по сопственом нахођењу у време које му одговара, у пракси ће се појавити проблеми приликом покушаја запослених да утврде колика им је заправо зарада.¹⁹¹⁶

Утврђивање обавезе послодавца да разлоге за увођење минималне зараде предвиди својим општим актом, односно уговором о раду, као и да шест месеци након преласка на режим минималне зараде обавести репрезентативни синдикат о разлозима за наставак таквог плаћања је корисно, мада не од пресудног значаја. Ово нарочито ако се има у виду Закон о раду, који је остао неизмењен у том делу, а у којем је прописано да синдикат има право да буде обавештен од стране послодавца о економским и радно-социјалним питањима од значаја за положај запослених (чланова синдиката), што синдикату даје знатно већа права у вези са минималном зарадом.¹⁹¹⁷ Изричито навођење да запослени који остварују право на минималну зараду имају и право на увећану зараду, накнаду трошкова и друга примања која се сматрају зарадом је корисно, премда се такав закључак може извести тумачењем повезаних законских норми. Но, будући да се овом одредбом право запосленог везује за примања која се сматрају зарадом,

¹⁹¹² M. Löwisch, *Arbeitsrecht: Ein Studienbuch*, op. cit., 22.

¹⁹¹³ A. C. L. Davies, *Employment Law*, op. cit., 174.

¹⁹¹⁴ *Ibid.*

¹⁹¹⁵ Слободанка Перић, *Пристојан рад*, op. cit., 45.

¹⁹¹⁶ Драгослав Хаци Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *Правна пракса*, бр. 7-8, 2005, 22.

¹⁹¹⁷ Закон о раду, чл. 209.

отвара се питање да ли запослени који остварују најнижа примања, у ствари, немају право на отпремнину за одлазак у пензију, накнаду трошкова погребних услуга, накнаду штете због повреде на раду или професионалног обољења, поклон деци запослених за Божић и Нову годину, јубиларну награду и солидарну помоћ, стимулације, награде, бонусе, отпремнину за случај вишка запослених, јер у светлу норми Закона о раду ова примања не спадају у категорију зараде.

Осим указивања на проблеме ниских зарада, треба поменути и потребу за лимитирањем „горњег прага“ зарада, где би се поред минималне зараде, увела и максимална зарада. На годишњој листи најуспешнијих компанија коју израђује и објављује амерички магазин *Fortune* нашала се мултинационална компанија Волмарт (*Wal-Mart*) са укупним приходом вишим од 13,5 милијарди долара. Реч је о најпрофитабилнијој корпорацији у историји, која је свом извршном директору за 2017. годину исплатила накнаду у износу од 22,4 милиона. За исти период, запослени у малопродаји у ланцу хипермаркета који су у власништву компаније Волмарт зарадио је свега 19.177 долара, што је у поређењу са извршним директором 1.188 пута мање. С тим у вези се у академским и правним круговима отворила расправа да ли поред минималне зараде, треба увести и максималну зараду, као средство смањења неједнакости у висини прихода са намером подизања животног стандарда свих грађана. Неједнакост прихода се може видети као резултат тржишних сила или као неуспех тржишног модела који неправедно расподељује економске вредности и ускраћује заштиту милионима људи.¹⁹¹⁸

Неки послодавци плаћају запослене више него што тржиште захтева, јер су вођени системом вредности заснованим на хуманом и достојанственом третману радника. Штавише, могу се наћи примери предузећа који су усвојила интерну политику пристојне зараде која налаже да се приликом одређивања висине зараде узму у обзир трошкови живота на локацији на којој се посао обавља. Хенри Форд је, примера ради, 1914. године добровољно усвојио осмочасовни радни дан и удвостручио наднице својих радника не само као израз социјалне правде, већ зато што је дубоко веровао да ће веће зараде резултирати продуктивнијим радом, што ће за последицу имати стабилно и дуготрајно пословање предузећа.¹⁹¹⁹

3. Начини утврђивања зарада

Зарада је сложена правна категорија која се састоји од законом дефинисаних елемената. Узимајући у обзир структуру зараде која може бити различита, састављена од фиксног и варијабилног дела, остављен је простор да послодавац, кроз варијабилне елементе зараде, развије стимулативну политику зарада у предузећу, у смислу везивања висине зараде за допринос запосленог пословном успеху послодавца. Зарада се најчешће утврђује у фиксном износу на споразумној основи и исплаћује запосленом на месечном нивоу. С тим у вези, ваља потцртати да се основна зарада запосленог не може дефинисати као варијабилни елемент зараде, али се зарада запослених може уредити на начин да буде варијабилна, односно њен износ се може везати за одређене параметре и условити оствареним радним учинком запосленог. Из тога следи да је структуру зарада потребно прецизно утврдити, тако да се у уговору о раду јасно назначи који су елементи зараде фиксни, а који су променљивог карактера. Поред тога, неопходно је да уговор о раду или општи акт послодавца садрже јасне и прецизне критеријуме за оцену радног учинка који се примењује на све запослене који раде на одређеном послу, будући да радни учинак детерминише висину зараде. Основна зарада је најважнији део зараде који се остварује за стандардни радни учинак.¹⁹²⁰ Такође, висина

¹⁹¹⁸ Расподела друштвеног богатства мери се Џини коефицијентом, при чему се узрок економских неједнакости види и у подели рада на управљачке и извршилачке активности. А. С. L. Davies, *Employment Law*, op. cit., 174.

¹⁹¹⁹ J. Duddington, *Employment Law*, op. cit., 123.

¹⁹²⁰ Закон о раду, чл. 107; Закон о раду Црне Горе, чл. 95.

основне зараде се утврђује на основу времена проведеног на раду и коефицијента посла, тако да послови веће сложености изискују виши зараду.

Давидов (Davidov) с правом подвлачи да је погрешно тврдити да је уговор о раду споразум као било који други будући да послодавац као јача страна одређује висину зараде на коју запослени не може да утиче.¹⁹²¹ У холандском праву ако зарада није одређена, запослени има право на зараду која је била уобичајена у време закључења уговора о раду као уговорена или у недостатку таквог стандарда, на зараду која ће се утврдити правично узимајући у обзир околности случаја. Интересантно је поменути и швајцарско право, где судије морају да попуне празнину у уговору, ако се странке нису сложиле о битним елементима уговора, конкретно заради, то јест када износ зараде није укључен у уговор о раду или колективни уговор није применљив, послодавац је дужан да исплати уобичајену зараду.¹⁹²² Ако послодавац у одређеним приликама, као што је Божић или крај финансијске године, уз зараду исплаћује посебну накнаду, запослени има право на њену исплату ако је споразумно утврђена. Но, ако радни однос престане пре наступања разлога за исплату посебне накнаде, запослени има право на њен сразмерни део, под условом да је то уговорено.¹⁹²³

Новија судска пракса француског Касационог суда признаје у предметима када се накнада састоји од фиксног и варијабилног дела да суд одреди, у недостатку споразума између запосленог и послодавца, висину варијабилног дела накнаде на основу критеријума утврђених уговором о раду или уговорима о раду које је запослени са послодавцем закључивао у претходним годинама.¹⁹²⁴ Овај закључак потврђује и дугогодишња пракса кадровских служби у Русији, када су запослени закључивали писани уговор о раду позивајући се на кадровски распоред по питању накнада. Судска пракса у Белорусији, такође, признаје да је уговор о раду закључен без обзира на то да ли су странке постигле споразум о износу зараде, па је тако одлуком окружног суда у Минску 2002. године удовољено захтеву странке да се обрачуна просечан износ зараде, пошто није било других доказа односно писаних докумената који потврђују или назначују њену висину.¹⁹²⁵

Понуда за измену уговора о раду може се односити како на новчани износ зараде (у случају уговорене зараде), тако и на елементе за њено утврђивање. Ако имамо у виду обавезне елементе уговора о раду који се односе на зараду, можемо закључити да се анексом уговора о раду могу мењати: висина коефицијента, износ основне зараде, као и основи за увећање зараде (уколико се жели предвидети неки други основ или повећати проценат увећања зараде по неком од предвиђених основа).¹⁹²⁶ Притом, важно је напоменути да се измена уговорених услова рада, па самим тим и понуда анекса, може кретати само у границама које су постављене законом. Отуда, понудом анекса не сме бити повређено једно од основних начела радног права, а то је начело једнаке зараде за рад исте вредности. Треба имати у виду да су свака одлука или споразум послодавца са запосленим ништави уколико су супротни овом начелу.¹⁹²⁷

Под радом исте вредности подразумева се рад за који се захтева исти степен стручне спреме, односно квалификације нивоа образовања, или стручне квалификације, одговорност, вештине, услови рада и резултати рада. Анексом уговора о раду се могу мењати и рокови за исплату зараде, јер уговор о раду садржи и време исплате зараде, али се у том случају мора испоштовати законска одредба која предвиђа да се зарада исплаћује најмање једном

¹⁹²¹ *Ibid.*

¹⁹²² Walter Gauthier, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, 2016, 360.

¹⁹²³ *Ibid.*

¹⁹²⁴ У изузетно занимљивом случају за анализу уговором је била предвиђена исплата променљивог дела накнаде која се састоји од обрачунатих премија према плану подстицаја који се утврђује. Pascal Lokiec, „Wage-setting in France: a Complex Interaction between Law, Case Law and Collective Bargaining“, *Italian Labour Law e-Journal*, Iss. 2, Vol. 12, 2019, 46.

¹⁹²⁵ К. Леонидович Томашевский, *Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, *op. cit.*, 76.

¹⁹²⁶ *Ibid.*

¹⁹²⁷ Закон о раду Црне Горе чл. 99 ст. 4.

месечно.¹⁹²⁸ Уколико је понуђена измена уговора о раду за последицу имала умањење зараде, запослени који је одбио понуду анекса уговора о раду остварује право на отпремнину, која у црногорском праву не може бити нижа од три просечне месечне зараде без пореза и доприноса (тзв. „нето зарада“).¹⁹²⁹

4. Начини измене зарада

4.1. Општа разматрања

У већини правних система није таксативно наведено које се измене уговора о раду сматрају суштинским, већ се по принципу *numerus apertus*, између осталих, наводе измене дужине трајања радног времена и распореда радног времена, режима рада по сменама, система награђивања и висине зараде, те радне функције и послови који прелазе границе функционалне мобилности. Међутим, није свака промене зарада суштинска, већ она у којој се висина зараде значајно мења. Дакле, критеријуми на основу којих се оцењује да ли је измена суштинска или не је интензитет и дужина трајања измењених услова рада. Примера ради, немачка судска пракса допушта измене зарада само ако су испуњени одређени услови који су изузетно строго постављени.¹⁹³⁰

Иако му прети опасност од губитка посла, запослени је начелно слободан да прихвати или одбије понуду за наставак запослења под измењеним условима. Начин награђивања запосленог представља елемент уговора о раду који се не може мењати без његовог пристанка, без обзира на то што послодавац тврди да ће нови начин награђивања бити повољнији за запосленог. Измена система награђивања, чак и када је повољнији, захтева изричити обострани споразум.¹⁹³¹ С друге стране, послодавац може одустати од понуде или остати при истом ставу када може запосленом који одбија анекс отказати уговор о раду. Поред поодвајања услова рада и услова уговора које је извршено давне 1987. године у чувеном предмету *Raquin* француски Касациони суд је индикативно предочио да запослени не може ускраћивањем сагласности за смањење зараде наметати послодавцу одржавање ранијих услова уговора.¹⁹³² Додатно, пред истим судом се поставило питање да ли премештај запосленог у друго место рада, који доводи до губитка бонуса, може улазити у корпус управљачких овлашћења послодавца. Накнада представља елемент уговора о раду који се не може мењати, чак ни минимално, без сагласности запосленог. У том смислу, потребно је да се задржи иста висина зараде и да се начин награђивања запосленог не мења.¹⁹³³ Када је уговором о раду предвиђено да варијабилна накнада зависи од циљева које послодавац поставља сваке године, према ставу судске праксе, не постављање наведених циљева не утиче на ваљаност отказа.¹⁹³⁴ Суд је у једном предмету, у којем је послодавац сматрао да нема места за квалификацију измене уговора о раду, подсетио је да је предложена измена подразумевала елиминацију бонуса који је запослени редовно примао током девет година, што неспорно представља измену битног елемента уговора.¹⁹³⁵

¹⁹²⁸ Paul Riandey, „La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération“, *Le Droit Ouvrier*, No. 764, 2012, 214.

¹⁹²⁹ Закон о раду Црне Горе, чл. 169 ст. 1.

¹⁹³⁰ *Ibid.*

¹⁹³¹ Cour de Cassation, Chambre sociale, du 28 janvier 1998.

¹⁹³² Pascal Lokiec, „Wage-setting in France: a Complex Interaction between Law, Case Law and Collective Bargaining“, *op. cit.*, 47.

¹⁹³³ Cass. soc., 27 février 2001, n° 99-40.219.

¹⁹³⁴ P. Riandey, „La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération“, *op. cit.*, 215.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, 216.

Заправо, да би се изјаснио о постојању измене, француски Касациони суд прво настоји да утврди одакле потиче обавезна снага елемената који чини предмет измене. Накнада се може одредити уговором о раду, али се странке, исто тако, могу позвати на минималну зараду или на колективни уговор о раду који садржи одредбу о томе, с тим да износ дела накнаде може произићи и из компанијских правила, обичаја и једностране обавезе послодавца.¹⁹³⁶ Наиме, зарада је битан аспект радног односа који се не може насумично модификовати одлуком послодавца без обзира што послодавац тврди да нови начин награђивања нема утицаја на укупан износ зараде. Када се зарада дели на фиксни и варијабилни део, промена пропорција и параметара доводи до измене уговор о раду. Варијабилни део накнаде или нови начин обрачуна који се односи на варијабилни део зараде, чак и током отказног рока, представља измену уговора о раду.¹⁹³⁷

Измена уговора о раду је и измена фиксног дела накнаде која произлази из клаузуле која послодавцу оставља могућност да сваке године прилагођава начин њеног утврђивања, чак и када послодавац тврди да ће то бити повољније за запослене. Према швајцарском Грађанском законнику, износ накнаде и начин њеног утврђивања су саставни делови уговора о раду. Послодавац не може да измени услове уговора и да на тај начин доведе до значајног смањења зараде.¹⁹³⁸ Швајцарско право користи јединствени приступ, будући да и промена начина обрачуна који нема утицај на висину зараде има се сматрати уговорним елементом за чију је измену потребна сагласност запосленог, јер је накнада битан елемент уговора о раду. Послодавац не може једнострано мењати висину уговорене зараде, њене компоненте или структуру. Поређења раду, у британском предмету *Burdett-Coutts v Hertfordshire CC* је, такође, потврђено да је послодавац једностраним наметањем нижих зарада куварицама у школи повредио уговор о раду.¹⁹³⁹ Штавише, макар и минимално одступање у висини зараде у одсуству сагласности вољи представља губо кршење уговора.¹⁹⁴⁰

Законом о раду Републике Србије прописано је да послодавац може запосленом да понуди закључење анекса уговора ради промене елемената за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог који су садржани у уговору о раду. Закон о раду прописано је да уговор о раду садржи елементе за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања на која запослени има право, а истим чланом став 2 Закона о раду предвиђено је да елементи из става 1 тачка 11 не морају бити предмет уговора о раду, ако су утврђени законом, колективним уговором, правилником о раду или другим актом послодавца у складу са законом, у ком случају у уговору мора да се назначи акт којим су та права утврђена у моменту закључења

¹⁹³⁶ *Ibid.*

¹⁹³⁷ P. Riandey, „La fixation unilatérale des objectifs en matière de rémunération“, *op. cit.*, 215.

¹⁹³⁸ Више вид.: K. Dogan Yenisey, *La modification du contrat de travail: Etude de droit suisse und et de français*, *op. cit.*, 244.

¹⁹³⁹ *Burdett-Coutts v Hertfordshire County Council* [1984] IRLR 91.

¹⁹⁴⁰ У случају „конструктивног отказа“ изазваног понашањем послодавца, запослени може отказати уговор о раду и аутоматски раскинути радни однос, без обзира на правила о отказном року. Имајући у виду принудни карактер таквог отказа, запослени задржава права по основу рада као да је радни однос престао по другом основу. Као резултат непоштене радне праксе такав отказ се приписује послодавцу због чега се сматра да је радни однос престао вољом послодавца, а не запосленог. То се примењује и на случајеве када запослени откаже уговора о раду јер је послодавац једнострано изменио услове уговора, било да је то радно време, место рада или статус запосленог (нпр. уговорна квалификација запосленог као независног уговарача). Поступање послодавца се оцењују на основу стандарда разумне предвидљивости. Мотив или намера послодавца су ирелевантни у одређивању постојања ове врсте отказа, јер се тест поступања просечне особе у датим околностима користи уместо „теста намере“. С друге стране, од пресудног значаја је чињеница да послодавац чини услове рада толико неподношљивим да је запослени принуђен да да отказ. Негативен промене у погледу услова рада могу али и не морају бити резултат синдикалне активности запосленог. У судској пракси америчких судова изнуђени отказ постоји у случајевима када послодавац није обезбедио запосленом посао или га је присилио на рад на пословима који нису иницијално били предвиђени уговором. Осим тога, исти правна последица постоји и када послодавац није исплатио уговорене зараде запосленима. J. Duddington, *Employment Law*, *op. cit.*, 125.

уговора.¹⁹⁴¹ Једини податак о заради који је прописан као обавезан елемент уговора је новчани износ основне зараде на дан закључења уговора о раду. Наиме, новчани износ основне зараде елемент је уговора о раду за који није прописана могућност измене анексом. Ово не значи, међутим, да је и износ основне зараде на дан закључења уговора гарантован, напротив, Закон о раду изричито дозвољава промене елемената за утврђивање основне зараде које непосредно резултирају променом новчаног износа основне зараде у односу на износ који је утврђен на дан закључења уговора о раду.¹⁹⁴² Оваква регулатива делује неконзистентно и значајно се разликује од регулативе која јој је претходила, а према којој је новчани износ основне зараде могао бити предмет анекса уговора, са могућношћу отказа у случају одбијања, при чему елементи за утврђивање основне зараде нису навођени као елемент уговора о раду, те нису могли бити предмет понуде за закључење анекса.

Стога су се, не без упоришта, поводом новелиране регулативе појавила мишљења да, како Закон прописује да се уговором о раду утврђује само новчани износ основне зараде која важи у тренутку његовог закључења, промена висине основне зараде због промене неког елемента за њен обрачун није више разлог анексирања, те да, за разлику од досадашњег законског решења, послодавац нема обавезу да анексира уговор о раду сваки пут када се мења износ основне зараде.¹⁹⁴³ Из наведеног мишљења произлази да је актуелна законска регулатива потенцијално опасна, јер може увести у праксу прекаран рад. С обзиром да је важећом верзијом закона послодавац овлашћен да све елементе зараде елиминише из материје уговора о раду и пренесе на ниво општег акта, могуће је тумачење да запослени након закључења уговора о раду, више нема никакав утицај на своју зарада, већ је препуштен на милост и немилост послодавца или у бољем случају послодавца и синдиката, без икакве легитимације да се успротиви изменама зараде. Ово из разлога што послодавац има право и обавезу да запосленом понуди закључење анекса ради промене елемената за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и других примања запосленог који су садржани у уговору о раду. Уколико наведени елементи нису предмет уговора о раду, они се аутоматски мењају изменом акта којим су утврђени са непосредним правним дејством на запосленог. Како предметни елементи могу бити утврђени, осим законом и колективним уговором о раду, правилником о раду или другим актом послодавца у складу са законом, то практично значи да послодавац општим актом без икаквог утицаја и сагласности запосленог може мењати све елементе зараде, почев од елемената за утврђивање основне зараде. У повољнијем радном амбијенту, код послодавца где постоји традиција колективног преговарања на промену зараде могу макар утицати синдикати, али тамо где нема синдиката, нити колективних уговора, запослени је потпуно незаштићен од умањења зараде, те је једина граница минимална зарада на нивоу Републике Србије.

Ако нема изричитог споразума, послодавац може изменити елементе уговора о раду на три начина. Послодавац се може ослонити на овлашћења у оквиру постојећег уговора и покушати да једнострано изврши промене или би могао отпустити запослене и поново их запослити под новим условима, премда у појединим правним системима, уговор о раду може садржати одредбе којима се послодавцу дају овлашћења да изврши једностране измене уговора о раду.¹⁹⁴⁴ Ипак, садржина клаузуле варијације мора бити недвосмислена и разумна. У британском предмету *Bateman & Ors v Asda Stores Ltd* послодавац је променио структуру зараде, ослањајући се на интерни правилник компаније, који је садржао одредбу којом се послодавцу даје „право да прегледа, ревидира или измени садржај овог правилника и

¹⁹⁴¹ Закон о раду, чл. 33 ст. 1 тач. 11.

¹⁹⁴² Закон о раду, чл. 171 ст. 1 тач. 5.

¹⁹⁴³ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 74.

¹⁹⁴⁴ На супротно решење наилазимо у француском праву, где клаузула у уговору о раду не може дозволити послодавцу да једнострано мења уговорену зараду запосленог (Cass. soc., 16.06.2004, бр. 01-43.124). Таква клаузула је незаконита и не производи дејство (Cass. soc., 15.05.2014, бр. 12-28.442).

повремено уведе нове политике које одражавају променљиве потребе пословања.¹⁹⁴⁵ Иако такве клаузуле доприносе комерцијалној ефикасност, оне се могу применити само када је то оправдано. Опште је прихваћено да су такве клаузуле намењене да дозволе мање промене, које се не односе на основне услове, као што су повремена ажурирања уговора која одражавају промене закона, статута послодаваца или радне праксе на коју се уговор позива. У том смислу, наметање смањења зарада, чак и привременог карактера, без консултација или сагласности уз ослањање на такве клаузуле суд ће тешко сматрати разумним.

У већини случајева, зарада за запосленог представља основни извор прихода, којом он задовољава своје личне потребе и брине се о породици, обезбеђујући довољна материјална средства. У зависности од висине зараде, запослени може приуштити себи минимум неопходних ствари за нормалан живот које чине егзистенцијалну нужност, те задовољити потребе које су финансијски захтевније, попут образовних и културних. Штавише, у француском праву се истиче да уговорне накнаде, по својој природи, представљају битни елемент уговора о раду запосленог. Послодавац, стога, не може да мења износ зараде без сагласности запосленог, било да се ради о основици зараде, новчаној или натуралној накнади или другим погодностима.¹⁹⁴⁶ Исто тако, измена елемената уговора о раду постоји и ако се запосленом укидају натуралне погодности, као што је, на пример, коришћење службеног возила, што запослени може одбити.

Ово правило се односи и на индиректне промене зараде запосленог. То је случај када послодавац изврши промену радног времена која доводи до смањења зараде,¹⁹⁴⁷ или дође до премештаја запосленог применом клаузуле географске мобилности, што за последицу има измену варијабилног дела зараде.¹⁹⁴⁸ С друге стране, усвајање нове комерцијалне политике предузећа, која води већој интерној мобилности запослених, што се одражава и на њихову зараду, не представља измену уговора о раду.¹⁹⁴⁹ Исто важи и у случају укидања бонуса који није уговорен, а који послодавац исплаћује ако запослени успешно оконча задатак који му је накнадно додељен, уместо дела радних задатака које је имао на ранијем послу¹⁹⁵⁰ или у случају губитка вануговорног бонуса услед промене радног времена запосленог.¹⁹⁵¹

Колективни уговор о раду, који омогућава прилагођавање примања запослених ради задовољења потреба везаних за пословање предузећа или у циљу очувања и развоја запослености, не може наметнути смањење зараде, ако оно одступа од уговора о раду. У овом случају, запослени може одбити измену индивидуалног уговора о раду насталу применом колективног уговора о раду, при чему послодавац може покренути отказни поступак против запосленог због таквог одбијања.¹⁹⁵² Начелно посматрано, колективни уговор о раду не може конституисати право којим се послодавац овлашћује да изврши измене индивидуалног уговора о раду које утичу на зараду без прибављања изричитог пристанка запосленог.¹⁹⁵³ Начин обрачуна зараде је елемент уговора о раду који послодавац, такође, не може једнострано мењати. Сагласност запосленог је потребна и када послодавац одлучује да смањи фиксни део

¹⁹⁴⁵ *Bateman & Ors v Asda Stores Ltd* UKEAT/0221/09/ZT. Више вид.: J. Duddington, *Employment Law*, op. cit., 125.

¹⁹⁴⁶ Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 05-41.644.

¹⁹⁴⁷ Cass. Soc., 24. mars 2004, n° 02-45.130. Спорно је да ли се промена приказа распоред радног времена на платном листићу која не утиче на укупну зараду запосленог може сматрати изменом уговора. Чини се да више аргумената иду у прилог да се свака измена у приказивању битних елемената платног листића, као што је број радних сати, захтева изричито одобрење запосленог, које мора проистећи из јасног и недвосмисленог испољавања његове воље. Такво резонување је од суштинског значаја за заштиту запослених од једностраних промена које би могле утицати на њихова уговорна права и обавезе. Cass. soc., 13-3-2024, n° 22-22.032 F-D.

¹⁹⁴⁸ Cass. Soc., 14.10.2008, n° 07-41.454.

¹⁹⁴⁹ Cass. Soc., 19.06. 2001, n° 99-42.810.

¹⁹⁵⁰ Cass. soc., 16 mars 2011, n° 08-42.671.

¹⁹⁵¹ Cass. soc., 9 avr. 2015, n° 13-27.624.

¹⁹⁵² Code du travail, чл. L. 2254-2 ; Ord. no 2017-1385, 22 sept. 2017, JO 23 sept., чл. 3; voir no 170-150.

¹⁹⁵³ Cass. soc., 10 févr. 2016, n° 14-26.147.

зараде, а да у замену за то прошири основицу варијабилног дела зараде,¹⁹⁵⁴ као и када запослени добије повећање основне зараде (од 7%) да би се надокнадило смањење стопе бонуса (од 6%).¹⁹⁵⁵ Истичу се више прагматични, него правни аргументи у старијој француској литератури да је, када послодавац промени седиште, запослени у обавези да промени место рада. С друге стране, када се запослени суочи са „изменом зараде или другим финансијским елементом запослења, наставак рада може значити само жељу да се одржи уговор, а не и да се прихвати измена уговора.“¹⁹⁵⁶ Такође, послодавац не може да мења структуру зараде, односно њене компоненте, а чињеница да измена нема утицаја на укупан износ зараде није од значаја,¹⁹⁵⁷ као ни то да је нови начин награђивања повољнији за запосленог.¹⁹⁵⁸

Да ли чињеница да запослени наставља да ради под новим условима, у смислу измене зарада, представља прећутни пристанак? Анекс уговора о раду мора бити изричит и не може произаћи само из наставка уговора о раду под измењеним условима,¹⁹⁵⁹ нити од достављања платних листића које запослени не оспоравају.¹⁹⁶⁰ Другим речима, чињеница да запослени наставља да ради у новим условима не представља сагласност, чак и када ово ћутање траје неколико месеци или година.¹⁹⁶¹ Запослени може одбити измену уговора о раду, а послодавац суочен са овим одбијањем има две могућности: да одустане од измене зараде или да откаже уговор о раду, с тим да одбијање запосленог да се сложи са предлогом анекса не може бити оправдан разлог за отказ.¹⁹⁶² Дакле, разлог отпуштања не може бити одбијање анекса, већ мора постојати неки од законских основа за отказ уговора о раду (лични или економски разлози).¹⁹⁶³ Када запослени одбије измену уговора о раду, послодавац не сме сматрати да је запослени дао отказ, без обзира што је запослени престао да ради, тако да у сваком случају послодавац мора спровести поступак отпуштања. Додатно, запослени мора бити у могућности да потврди да је обрачун зараде извршен у складу са условима предвиђеним уговором о раду. Када овај обрачун зависи од елемената које поседује послодавац, он је дужан да их саопшти запосленом, у супротном, ако запослени није у могућности да провери тачност елемената који служе као основа за обрачун зараде, отказ који је дао послодавац неће имати ваљан правни основ.¹⁹⁶⁴

Апстрахујући за моменат проблем актуелног законског решења у српском праву и полазећи од претпоставке, засноване не само на претходном домаћем законском решењу, већ и на међународним правним стандардима, да зарада запосленог не може неконтролисано варирати, условљена искључиво диспозицијом послодавца, суочавамо се са дилемом какве су уопште могућности послодавца да иницира измене уговорене зараде. Другим речима, који разлози би се сматрали легитимним за измену зараде, као битног елемента уговора о раду?

¹⁹⁵⁴ У предметном случају дошло је до деградације запосленог и измене уговора о раду, без обзира на то што је уговор допуштао евалуацију функција, јер је гарантован само ниво накнаде, а до смањења зараде није дошло у години у којој је дошло до промене радне функције запосленог. Ово упркос томе што је послодавац истицао да је дошло до смањења фиксног дела зараде због проширења варијабилног дела, при чему се запослени понашао као да је прихватио. Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, n° 01-43.724.

¹⁹⁵⁵ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 18 mai 2011, 09-69.175.

¹⁹⁵⁶ Dominique Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris, 2021, 57.

¹⁹⁵⁷ Cass. soc., 18 mai 2011, n° 09-69.175.

¹⁹⁵⁸ Cass. soc., 5 mai 2010, n° 07-45.409 ; Cass. soc., 23 mai 2013, n° 11-26.754.

¹⁹⁵⁹ О промени методе накнаде предвиђене уговором о раду не може се одлучити без сагласности запосленог, а прихватање ове измене не може произаћи из наставка рада код послодавца. Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-47.560; Cass. soc., 9 nov. 2011, n° 09-73.040.

¹⁹⁶⁰ Cass. soc., 30 sept. 2003, n° 01-43.232.

¹⁹⁶¹ Cass. soc., 2 juill. 2008, n° 07-40.702 ; Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-21.909.

¹⁹⁶² Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-40.256 ; Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-46.401.

¹⁹⁶³ Формалности предвиђене чланом L. 1222-6 Законика о раду (предлог за измену сачињен препорученим писмом са потврдом о пријему, једномесечни период за разматрање за запосленог) примењују се само када се измена уговора о раду заснива на економском разлогу (Cass. soc., 17 nov. 2010, n° 09-42.120). У отказном писму морају се обавезно навести разлози за предложену измену (нпр. економске тешкоће), последице због наступања тог разлога, што је у ствари, измена зараде, као битног елемената уговора о раду и на крају одбијање запосленог да се мења износ зараде. Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 15-28.569.

¹⁹⁶⁴ Cass. soc., 1^{er} mars 2017, n° 15-14.267; Cass. soc., 18 juin 2008, n° 07-41.910.

Важећа регулатива не прописује, нити на било који начин индукује разлоге за измену елемента у одређивању структуре зараде. Истовремено, не постоји ни релевантна судска пракса, као ни службена мишљења ресорног министарстава, којима би биле расветљене многобројне недоумице у овој области. У пракси се издваја неколико проблематичних ситуација које завређују пажњу и које у одсуству регулативе могу бити полигон за злоупотребе од стране послодавца, а то су: 1) увођење минималне зараде, 2) линеарно смањење зарада, 3) измена система зарада општим актом послодавца и 4) индивидуално смањење зарада због неостваривања резултата рада или понашања запосленог.

4.3. Линеарно смањење зарада

Иако у домаћем праву није експлицитно предвиђено као могућност, линеарно смањење зарада је широко заступљено у пракси послодаваца, особито у кризним финансијским периодима. С тим у вези, поставља се питање да ли је таква пракса законита, а имајући у виду постојећу правну празнину? С једне стране, за разлику од законом уређеног института минималне зараде, овај институт, као неуређен, може бити споран позивањем на начело *in favorem laboratoris*, односно тумачења непрецизних и контрадикторних одредби и начела у корист запосленог.¹⁹⁶⁵ С друге стране, у питању је мера која се спроводи са истим мотивима због којих послодавац уводи режим минималне зараде на запослене у предузећу, а притом 1) мање погађа запослене од увођења минималне зараде и 2) више је у духу закона, будући да, уместо минималне зараде која је једнака за све запослене и апсолутно некорелативна са општим актом на основу кога се објективно вреднује сваки систематизовани посао код послодавца, линеарно смањење зараде прати систем зарада утврђен општим актом, уз одређено процентуално умањење узроковано финансијском немогућношћу послодавца да исплати комплетан износ уговорене зараде.

Упоредноправни преглед показује да примена овог института није непознаница нарочито у кризним временима. Тако је за време „нафтне кризе“ и рецесије у коју је јапанска привреда склизнула 90-их година прошлог века, драстична редукација зарада била неопходна ради опстанка послодаваца на тржишту. Иако се такво поступање није могло препознати у јапанском правном систему међу важећим институтима, судови су показали јасну спремност да ревитализују концепт флексибилности, ценећи законитост поступања послодавца са аспекта „разумности“ (енг. *reasonableness*).¹⁹⁶⁶ Као основни критеријум за оправданост поступања послодавца узимала се неопходност примене мере, како би се сачували послови и спречио унутаркомпанијски финансијски колапс.¹⁹⁶⁷ Слична тенденција, упркос опречним ставовима доктрине и судске праксе, заступљена је у Немачкој. Наиме, у ситуацијама када су угрожени опстанак послодавца и стабилност запослења, послодавцима се може признати право на линеарно смањење зарада мимо постигнуте сагласности синдиката, као представника запослених, у чијој је ингеренцији преговарање о зарадама.

У холандском праву, могућност једностране измене уговора о раду уређена је у Грађанском законнику који предвиђа могућност уношења посебне (модификационе) клаузуле која се активира у радним односима само ако послодавац покаже важан интерес (*zwaarwegend belang*) који се не може свести на пуко указивање на финансијске или организационе проблеме

¹⁹⁶⁵ Т. Araki, „The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan“, *op. cit.*, 5.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ Проблеми са ликвидношћу, услед пада потражње за робом или услугама предузећа или повећање оперативних трошкова, као што су раст цена енергије и сировина, доводе до увођења економских мера и предузимања правних механизма који се одражавају на запослене. Уместо да смањује зараде, послодавац може понудити запосленима већу флексибилност у распореду рада. Рад од куће и флексибилно радно време могу значајно смањити трошкове предузећа, као што су трошкови одржавања канцеларија, а истовремено омогућити радницима да задрже своје зараде и боље ускладе радне обавезе са приватним животом.

са којима се суочава предузеће.¹⁹⁶⁸ Ова клаузула даје велика овлашћења једној страни што се коси са консензуалном природом уговора о раду, а првобитан разлог њеног увођења био је да се клаузула модификације користи само у случајевима када се мењају општа правила у предузећу, која се могу тичати различитих питања, попут распореда рада, времена паузе, политике бонуса и других секундарних или терцијалних услова рада који су применљиви на све запослене у предузећу. Измене интерних правила могу бити узроковане спољашњим или унутрашњим дешавањима и бити неопходне због промене производних процеса, нових прописа о безбедности и здрављу на раду, и измена појединачних уговора о раду би била сувише заморна, дуготрајна и неефикасна. Отуда је клаузула компромисно решење између обавезујуће снаге уговора, с једне стране, и потребе за брзим реаговањем без раскида уговорног односа, с друге стране. Да би измена уговора о раду била пуноважна потребно је да између послодаваца и синдиката или радничког савета постоји споразум, те ће се у том случају присуство важног интереса претпоставити, а што је тешко оборива претпоставка за запосленог. Упркос наведеном, не може се извести закључак да је модификациона клаузула допуштена само када су измене колективне природе, што, међутим, оповргава случај *Hoge Raad* у којем је наведено да је модификациона клаузула намењена углавном у ситуацијама у којима многи уговори морају бити прилагођени на исти начин. Дакле, да би се омогућило да послодавац ефикасно води предузеће допушта се могућност прилагођавања већег броја уговора о раду на потпуно исти начин.¹⁹⁶⁹

Уопштено говорећи, са изузетком клаузуле о једностраној модификацији која је горе размотрена, уговор о раду се не може једнострано мењати. Поред тога, важно је да у међусобним односима запослени и послодавац поступају у доброј вери, што представља имплементацију уговорног принципа добре вере у радне односе. Тако, запослени је дужан да размотри понуду за измену уговора о раду у доброј вери независно од околности, али се не може од запосленог очекивати да је прихвати, ако није у могућности да то учини због личних околности. Исто тако се може односити на околности које спадају у сферу ризика послодавца (нпр. промена метода производње), али се тада захтева да тест разумности буде испуњен. Међутим, према холандској судској пракси и литератури, овај услов се лако испуњава, јер се међу разлозима за предлог измене уговора наводе реструктурирање предузећа, чињеница да је посао запосленог значајно промењен или да више и не постоји, али и чињеница да запослени није (дуже) способан да обавља свој посао.¹⁹⁷⁰ Штавише, чак су и промене у законодавству прихваћене као промена околности које могу бити оправдан разлог за измену уговора. Друго, понуда мора бити разумна, што се оцењује како у односу на формалне, тако и у односу на материјалне захтеве. Послодавац мора да се консултује са запосленим и да му пружи све информације које су запосленом потребне, укључујући и секундарне последице измене на права или статус запосленог, попут промене режима пензија, ако запослени прихвати посао за који је мање плаћен. Притом, запослени не може само одбити понуду, него мора узети активно учешће у консултацијама, са циљем да пронађе одговарајуће решење. Што се тиче материјалних аспеката измене, на испуњеност услова разумности утиче и природа елемента који је предмет измене, те тако измена битних елемената тешко испуњава услов разумности јер се дотиче саме сржи уговорног споразума. Стога, измене зарада се генерално сматрају неправедним,¹⁹⁷¹ док промене које се односе на системе бонуса могу бити оправдане политиком промене, односно потребом за уштедом новца, а имајући у виду различите приоритете продаје или производње. Како би се очувао однос, а имајући у виду личну природу

¹⁹⁶⁸ Холандски Грађански законик, члан 7:613. Nicola Gundt, „Different types of contracts in Dutch employment law“, 109. Доступно на: [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N105/06%20Different%20types%20of%20contracts%20in%20dutch%20employment%20law%20\(Gundt\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N105/06%20Different%20types%20of%20contracts%20in%20dutch%20employment%20law%20(Gundt).pdf), 5.2.2024.

¹⁹⁶⁹ J. Marson, *Beginning Employment Law*, op. cit., 81.

¹⁹⁷⁰ N. Gundt, „Different types of contracts in Dutch employment law“, op. cit., 109.

¹⁹⁷¹ *Ibid.*, 110.

и трајни карактер уговора о раду, тест разумности даје послодавцима значајну флексибилност, чак и када се измена тиче примарног (битног) елемента уговора.

Сходно овим примерима, а имајући у виду нестабилно тржиште у Републици Србији, може се закључити да би могућност линеарног смањења зарада било целисходно законом прописати као један од разлога за закључење анекса уговора о раду, ради промене елемената зараде, у ситуацији када то индукују економске прилике на страни послодавца, које је дужан да образложи. Овим би се заштитили интереси обе стране у радном односу и избегла правна несигурност употребе ове, свакако корисне мере, у ситуацији када она није уређена законом. Послодавац жели флексибилност у пословању, што укључује већу слободу приликом доношења одлука, док запослени настоји да осигура не само редовна примања, него и праведно поступање послодавца у међусобним односима. Тако је у једном судском спору, запослени навео да је није имао другу опцију осим да да отказ који се може приписати послодавцу, јер је послодавац променио услове рада, тј. увео нови систем награђивања, који је за запосленог био неприхватљив.¹⁹⁷²

Примена одредби колективног уговора не може имати за последицу смањење сатнице или месечне зараде запослених, када је њихова сатница, на дан закључења овог уговора, једнака или мања од сатнице међупрофесионалне минималне зараде увећане за 20% предвиђа француско право.¹⁹⁷³ Даље, трајање колективног уговора о раду не може бити дуже од пет година. За време његовог трајања, послодавац не може да откаже уговор о раду из економских разлога запосленима на које се уговор односи. Међутим, престанак запосленог на смањење зараде у ратним околностима доводи до престанка старог уговора о раду, тако да се измењени услови рада уграђују у нови уговор између запосленог и послодавца. Закључак изведен из одлуке у британском предмету *Raggow v Scougall* где је током трајања уговора о раду избио рат, што је штетно утицало на пословање послодавца који је понудио запосленом мању зараду за време трајања ванредних околности.¹⁹⁷⁴

¹⁹⁷² Одредбама Директиве Савета 91/533/ЕЕЗ прописан је сличан начин утврђивања елемената зараде у уговору о раду или другом документу којим се утврђују елементи радног односа. Наиме, Директивом је прописано да се уговор о раду или другим писаним документом утврђују иницијални новчани износ основне зараде, други елементи зараде и динамика исплате, с тим што се, када је то одговарајуће (*appropriate*), ови елементи могу утврдити реферисањем на законе, подзаконске акте, нормативне акте или одредбе колективних уговора којима су ти елементи утврђени, у ком случају измене ових прописа не индукују измене уговора о раду. На први поглед би се могло закључити да је законско решење у домаћем праву хармонизовано са регулативом Европске уније. Ипак, овакав закључак није тачан из више разлога. Директивом је прописано да је обавезни елемент уговор о раду или другог писаног документа из чл. 3, ст. 1-2 Директиве, платни разред (*salary grade*), односно ранг посла у организационој схеми и хијерархији послодавца, који непосредно детерминише и износ основне зараде. Мађутим, систем *salary grade* не постоји у Србији, а уз то прописивање елемената зарада уговором о раду је правило, док је реферисање на одређене прописе изузетак, који се чини у ситуацији када је то прикладно, могуће и целисходно. Насупрот томе, српски законодавац могућност утврђивања елемената зараде општим актом не предвиђа као изузетак од правила да се зарада утврђује уговором о раду, већ као редовну могућност, уз једину обавезу да се назначи акт којим су права утврђена. Затим, националним законодавствима мора бити омогућено запосленима, који сматрају да су им повређена права прописана Директивом, да у судском поступку истакну своје захтеве (чл. 8, ст. 1). Међутим, одредбе Закона о раду доводе судску заштиту у питање, будући да промена прописа или општег акта којима се мењају елементи зараде може довести запосленог у ситуацију да му судска заштита буде условљена претходно оспореном законитошћу односног акта пред Уставним судом. Коначно, прописано је да Директива обезбеђује минимум права, а да националним законодавствима могу бити прописане и повољније одредбе за запослене. Српски законодавац дефинитивно није имао у виду специфично законодавство и друштвено-економско окружење, те непостојање било каквог алтернативног заштитиног механизма за очување зарада, изузев минималне зараде. Сходно томе, делимично и недоследно преузимање појединих одредби Директиве, без сагледавања домаћих специфичности и целовите хармонизације, опасно је поступање које може резултирати флагрантним нарушавањем права запослених, на начин на који је то изложено.

¹⁹⁷³ D. Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, op. cit., 54.

¹⁹⁷⁴ Varouj A. Aivazian, Michael J. Trebilcock, Michael Penny, „The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Bench Mark of Enforceability”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 22, бр. 2, 1984, 208.

Нажалост, послодавци прибегавају да део ризика пословања пренесу на запослене, тако што ће њихову зараду учинити зависном од постигнутих комерцијалних циљева или економске ситуације у предузећу. Начело транспарентности налаже да се зарада обрачунава у складу са одредбама уговора о раду, с тим да се изузетно допушта измена зараде на основу клаузуле у уговору о раду под условом да је то учињено из разлога који су објективног карактера и ван контроле послодавца. *Raison d'être* тих ограничења је да се спречи да зарада запосленог постане зависна од тржишних кретања, тако да се замагли разлика између различитих позиција коју имају запослени и акционари.

Будући да се уводи са истим циљем као и минимална зарада на овом месту ваља још једном подсетити на неколико чињеница. Прво, општим актом или уговором о раду утврђују се разлози за доношење одлуке послодавца о увођењу минималне зараде, која запосленом припада за стандардни радни учинак и време проведено на раду.¹⁹⁷⁵ Актуелна домаћа регулатива разликује се од претходно важеће, којом је било експлицитно прописано да послодавац и запослени морају уговорити минималну зараду. Таква регулатива резултирала је тумачењима да анексирање уговора о раду није обавезно када се са режима исплате „редовне“ зараде (утврђене на основу елемената који су утврђени општим актом) прелази на минималну зараду, што се објашњава тиме да се исплата минималне зараде више не уговора, већ се њена исплата врши на основу одлуке послодавца. Из разлога већ елаборираних, ово схватање чини се неодрживим, посебно имајући у виду да се преласком на режим минималне зараде, уместо зараде утврђене у складу са условима за обављање посла за који је запослени закључио уговор о раду, драматично утиче на социо-економски статус запосленог, а да је ускраћивање запосленог да се о тој промени правно релевантно изјасни противно међународном правним стандардима.¹⁹⁷⁶ Притом, чињеница да је законодавац увео у регулативу обавезу да се општим актом или уговором о раду дефинишу разлози због којих послодавац може донети одлуку о исплати минималне зараде ни у ком случају не може бити тумачена тако да, *a contrario*, није дужан да на основу те одлуке запосленом понуди закључење анекса.

Колико је питање увођења минималне зараде осетљиво, сликовито говори неусаглашеност правних схватања изражених у судској пракси Републике Србије у време када је експлицитно било прописано да измена новчаног износа основне зараде подлеже закључењу анекса, као и да минимална зарада мора бити уговорена између послодавца и запосленог.¹⁹⁷⁷ Наиме, у једном делу јуриспруденције било је чврсто изражено уверење да уговарање минималне зараде, с обзиром на њен *sui generis* карактер, не подлеже општем режиму измене уговора о раду ради промене новчаног износа основне зараде, већ је потпуно у домену аутономије воље странака, тако да, ако се исплата минималне зараде не уговори, послодавац је дужан да запосленом исплаћује уговорену зараду, без права на отказ уговора о раду због неприхватања минималне зараде.¹⁹⁷⁸ Свакако, било је и другачијих ставова, који су понуду за исплату минималне зараде у потпуности уподобљавали поступку измене новчаног износа основне зараде у општем режиму.¹⁹⁷⁹

Исплата минималне зараде, као специфичне категорије која тешко социјално-економски погађа запослене и професионално их демотивише, свакако је мера коју треба користити максимално рестриктивно, у ситуацијама када се питање опстанка послодавца овом мером решава ефикасније него другим мерама, укључујући и радноправне мере решавања

¹⁹⁷⁵ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 249.

¹⁹⁷⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 74.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁹⁷⁸ Закон о раду, чл. 111 ст. 2.

¹⁹⁷⁹ С. Ковачевић Перић, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *op. cit.*, 366; А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 74.

вишка запослених и линеарног смањења зараде. У пракси већине послодаваца управо ово и јесте случај.¹⁹⁸⁰

Сходно сврси и функцији ове мере, чини се правичним и у духу закона уврстити прелазак на минималну зараду у општи режим понуде за закључење анекса ради измене елемената зараде, уз обавезу послодавца да јасно декларише економске разлоге, те омогући послодавцу да запосленом који одбије закључење анекса ради исплате минималне зараде откаже уговор о раду. С друге стране, апсолутни је императив да се увођење минималне зараде изврши кроз механизам понуде за закључење анекса, а не на основу једностране одлуке послодавца чијим би се непоштовањем, израженим кроз одбијање рада, запослени изложио дисциплинским санкцијама. Овим би се истовремено постигло да се послодавцу омогући да драстичном мером увођења минималне зараде покуша да ефикасно опорави пословање, док би се запосленом пружила судска заштита и могућност да оспори законитост таквог поступања послодавца, уз право на накнаду штете и реинтеграције у радни процес, у случају успеха доказивања неоснованости увођења минималне зараде.¹⁹⁸¹

4.4. Измена система зарада правилником послодавца

Послодавци имају реалну потребу да периодично преиспитују организацију пословања, применом признатих метода у области људских ресурса (*Mercer, Hey* и сличне), на основу кога се утврђује стварна потреба за структуром послова и извршилаца у систему рада, као и потребним квалификацијама за одређене послове, затим положај и међусобни утицај систематизованих послова, те њихов допринос пословним резултатима послодавца, потом цена одређених послова на тржишту рада, односно код других послодаваца у делатности.¹⁹⁸² На основу ових и других релевантних параметара врши се објективно вредновање сваког посла у јединственом организационом систему послодавца, на основу кога се, применом одређених критеријума, може обрачунати припадајућа основна зарада сваког систематизованог посла.

Како наведени параметри нису „окамењени“ у времену и простору, већ су условљени различитим макро и микро економским приликама, догађа се да претходно описане анализе резултирају променама вредности послова у систему послодавца, тако да вредност одређених послова расте, а вредност других у одређеној пропорцији опадне. У тој ситуацији, легитимна је потреба послодавца да и систем награђивања прилагоди објективној вредности послова у новонасталом окружењу, крећући се у оквиру постојећег буџета зарада, будући да предметна евалуација послова није економско оправдање за повећање буџета зарада у ситуацији стагнације финансијских резултата. Дакле, неопходно је извршити алокацију средстава по пословима, што нужно мора имати непосредан утицај на промену основних зарада запослених.

Поставља се питање да ли би послодавац поступао законито када би сходно анализи изменио општи акт и успоставио нови систем зарада, кореспондентан новом вредновању послова, те запосленима на пословима чија је вредност опала понудио умањење основних зарада? У овом случају, дакле, нема економске нужде, већ је реч о намери послодавца да унапреди организацију рада и систем награђивања? Промена вредности послова општим актом би као таква могла бити основ за смањивање основних зарада понудом из члана 171 став 1 тачка 5 Закона о раду, будући да члановима 8-10 Закона о раду, који уређује хијерархију извора радног права, овакво поступање није прописано као незаконито.

Сагласно члану 107 став 1 и 3 Закона о раду, основна зарада сваког систематизованог посла одређује се општим актом, а на основу услова, утврђених правилником о организацији

¹⁹⁸⁰ Михаил Арандаренко, Соња Авлијаш, *Утицај кризе на зараде у Србији*, International Labour Organization, ILO Decent Work Technical Support Team and Country Office for Central and Eastern Europe, Budapest, 2011, 35.

¹⁹⁸¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 74.

¹⁹⁸² *Ibid.*, 75.

и систематизацији послова, потребних за рад на конкретним пословима. Дакле, неспорно је да послодавац има ингеренције да општим актом вреднује послове, што подразумева и овлашћење на ревизију раније извршеног вредновања. Међутим, вредновање се императивно врши на основу услова за рад на одређеним пословима. Из те формулације произлази да је легислатор, приликом прописивања параметара за вредновање основне зараде, имао у виду искључиво професионалне захтеве посла, те да су ван сфере утицаја остали економски параметри, као што су утицај конкретног посла на пословне резултате послодавца, те упоредна цена тог посла у бранши. Оваква регулатива је дефинитивно остатак традиције самоуправног социјализма и одсуства тржишне утакмице, укључујући и оне на тржишту рада, што је условило да као једини параметар за вредновање посла у изворима радног права буду препознати: сложеност, одговорност, стручна спрема и услови рада. У том систему, једини елемент за обрачун основне зараде који је био детерминисан економским параметрима била је основна цена рада за најједноставнији посао, која је, међутим, била мултипликатор за обрачун свих основних зарада код послодавца, тако да су се економски фактори на зараде одржавали системом „уровниловке.“ Таква традиција, иако „основна цена рада за најједноставнији посао“ више не егзистира као законска категорија, продужила се до данас и условила задржавање методологије утврђивања вредности систематизованих послова искључиво на бази професионалних, без дотација са економским и тржишним параметрима, што ни на који начин не кореспондира модерним методологијама вредновања послова, у којима су ови елементи неопходни за правилно утврђивање вредности послова.

На основу презентоване анализе произлази да, иако је смањење основних зарада на основу промене вредности одређених послова у општем акту начелно могуће, то је ограничено на промене услова потребних за рад на тим пословима, које могу бити резултат технолошких или организационих промена, али никако тржишних кретања и фактора економског карактера. Постојеће законско решење, стога, не омогућава смањење зараде индуковано променом система зарада код послодавца које је резултат новог вредновања послова извршеног узимањем у обзир економских и тржишних параметара који се односе на конкретне послове. Имајући у виду легитиман проблем, условљен модерним развојем пословања и тржишта рада, закључује се да би законодавац требало да има слуха за ову проблематику, те да 1) метод и релевантне параметре за вредновање систематизованих послова изостави из Закона о раду и препусти материји општег акта или да бар уведе и економске параметре као релевантне за вредновање послова и 2) промену система зарада пропише као законит основ промене износа основне зараде.

Коментатори претходног Закона о раду су истицали да је обавезан елемент уговора о раду новчани износ основне зараде, али само на дан закључења уговора о раду, док се касније измене не морају наводити у уговору. Елементи за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог, рокови за исплату зараде и других примања на која запослени има право и трајање дневног и недељног радног времена не морају бити садржани у уговору о раду, ако су утврђени законом, колективним уговором, правилником о раду или другим актом послодавца.¹⁹⁸³ У том случају довољно је да се у уговору о раду само назначи акт којим су та права уређена и то само у моменту закључења уговора о раду, без потребе да се то наводи и касније. Супротно, Закон о раду из 2001. године је предвиђао да се сви наведени елементи обавезно морају наводити у уговору о раду, а свака измена тих елемената је морала бити пропраћена анексом уговора о раду. С друге стране, изменама и допунама важећег Закона о раду из 2014. године, уговор о раду мора да садржи само новчани износ основне зараде на дан закључења уговора, а сви други горе наведени елементи као и измене тих елемената, укључујући и измену основне зараде и увођење минималне зараде, не морају више бити саставни део уговора о раду уколико су уређени

¹⁹⁸³ *Ibid.*

законом или општим актом послодавца.¹⁹⁸⁴ У вези са овим су и измене тадашњег члана 171 Закона о раду, по којима је анекс уговора о раду обавезан у случају измене горе наведених елемената, али само ако су они изричито наведени у уговору, те ако нису изричито наведени у уговору о раду, већ су утврђени законом или општим актом послодавца, онда анекс уговора о раду због измене ових елемената није обавезан. Исто важи и за минималну зараду, коју ће послодавац убудуће уводити својом одлуком, а не анексом уговора о раду.¹⁹⁸⁵ То значи да најважнији елементи уговора о раду (зарада запосленог, рокови за исплату зарада, радно време) убудуће неће морати да буду резултат преговора и договора уговорних страна – запосленог и послодавца, већ воље једне стране – послодавца. Истовремено, из самог уговора о раду неће се моћи сазнати информације о најбитнијим условима из конкретног радног односа, већ ће за то морати да се тумачи неки други акт (правилник о раду, колективни уговор или други акт послодавца). Будући да послодавац нема обавезу да запосленом учини доступним општи акт којим су уређена права и обавезе из радног односа, осим у одређеним случајевима, у пракси се појављују проблеми приликом покушаја запослених да утврде своја основна права из радног односа, као и бројне злоупотребе. Додатне проблеме ствара увођење синтагме “других аката послодавца”, осим колективног уговора и правилника о раду, као дозвољених облика којима се уређују основна права запосленог.¹⁹⁸⁶ Ни на један начин није одређено који су то други акти, колико их може бити, каква им је правна природа и др. Због нејасноће дефинисања, може се десити да елементи за утврђивање основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог, рокови за исплату зараде и других примања на која запослени има право и трајање дневног и недељног радног времена уопште не буду садржани у колективном уговору или правилнику о раду, већ у неком сасвим другом правном акту послодавца, чиме се смањује практичан значај обавезе послодавца да репрезентативном синдикату достави правилник о раду.

Имајући наведено у виду могу се дати одређене препоруке, те тако потребно је колективним уговором о раду што прецизније уредити елементе и начин утврђивања основне зараде, радног учинка, накнаде зараде, увећане зараде и друга примања запосленог, рокове за исплату зараде и других примања запосленог и трајање дневног и недељног радног времена.¹⁹⁸⁷ Затим, потребно је захтевати измене радног законодавства у правцу враћања свих важних елемената из радног односа у уговор о раду, као и свих измена тих елемената. Коначно, потребно је да се у Закону о раду тачно утврде правни акти које послодавац може доносити и њихова обавезна садржина, како би се знало који подаци се налазе у ком правном акту.¹⁹⁸⁸

Уколико је код послодавца закључен колективни уговор о раду којим су прецизирани елементи за утврђивање зараде, а уговор о раду садржи одредбу која каже да се у погледу утврђивања зараде запосленог примењује колективни уговор о раду, у том случају приликом измене колективног уговора о раду није неопходно закључивати анекс индивидуалног уговора о раду. Притом, како промена зараде није извршена анексом уговора о раду, већ непосредном применом општег акта послодавца, не постоји ни јасан поступак судске заштите, те би се запослени могао наћи у ситуацији да у одсуству појединачног акта којим му је повређено право, а који би могао бити предмет радног спора, буде принуђен да прибегава поступку оцене законитости општег акта послодавца, како би могао да заштити своју основну зараду.

Штавише, у овом сценарију запослени који би одбио да ради за нови износ зараде коју му је одређен општим актом, без његовог било каквог утицаја, чинио би повреду радне

¹⁹⁸⁴ Велисав Марковић, *Престанак радног односа (у општем режиму радних односа) са обрасцима и актуелном судском праксом*, Прво издање, Пословни биро, Београд, 2018, 94.

¹⁹⁸⁵ С. Димитријевић, „Имена уговора о раду“, *op. cit.*, 249.

¹⁹⁸⁶ В. Марковић, *Престанак радног односа (у општем режиму радних односа) са обрасцима и актуелном судском праксом*, *op. cit.*, 93.

¹⁹⁸⁷ Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду (са одабраним подзаконским прописима, судском праксом и обрасцима за примену прописа: према стању законодавства од 01. априла 2016. године)*, Службени гласник, Београд, 2016, 70.

¹⁹⁸⁸ *Ibid.*

обавезе односно радне дисциплине, ако би одбио да ради под новонасталим условима, након чега би уследио отказ из дисциплинских разлога. Овакво решење је у директној супротности са фундаменталним радноправним стандардима и обесмишљава правну природу уговора о раду, као синалгматичног уговора у коме рад и зарада представљају еквивалентне престације. Притом, сматра се да настанак ове ситуације није последица жеље послодавца, већ је вероватно у питању недоследност у уређењу института. У упоредном праву, зарада запосленог се сматра битним елементом уговора о раду, који се не може мењати без сагласности запосленог, тако да ако запослени одбије анекс уговора о раду, послодавац може да откаже уговор о раду, али се отказ приписује послодавцу што запосленом даје право на отказни рок, као и права по основу осигурања за случај незапослености. У сваком случају, како отклањање потенцијално крупних последица овакве регулативе не би било препуштено искључиво судској пракси, неопходно је да законодавац на ово есенцијално питање обрати потребну пажњу и покрене поступак измена предметних законских одредби.¹⁹⁸⁹

Ригидност на основу дистрибуције задатака у фордовској организацији, која има за циљ да сведе улогу запосленог на минимум током процеса производње на монтажној линији, чини практичну основу техничке и хијерархијске подређености запосленог. У овом систему, заснованом на стабилности тржишних и уговорних односа, измене уговора о раду нису играле важнију улогу, изузев повећања зараде, о чему се најчешће одлучивало на колективном нивоу.¹⁹⁹⁰ На Исланду је колективним уговорима обухваћено готово 88% од укупне радне снаге. Социјалним партнерима се оставља слобода да самостално утврде минималне зараде и друге услове рада применљиве на одређени сектор, у оквиру назначеног географског подручја. Договорени услови рада и сва права запослених уносе се директно у индивидуалне уговоре о раду. Стога, послодавац који жели да промени услове рада у појединачним уговорима о раду на штету радника чини то отказивањем уговора о раду са понудом за измену уговора о раду.¹⁹⁹¹ У том случају отказ се даје у складу са отказним роковима које ближе одређују колективни уговори о раду на снази. Запослени има право избора да послодавчев отказ са понудом за измену уговора о раду сматра коначним, при чему има обавезу да о томе одмах обавести послодавца, или да поступа пасивно у ком случају ће се сматрати да је прихватио измењене услова рада који дејствују истеком рока назначеног у понуди.

Интересантно је поменути предмет у којем послодавац француско предузеће „Жак Маршан“ обавестило запослене да ће због спроведених структурних промена доћи до промене начина одређивања накнаде у смислу да ће се примењивати систем фиксног одређивања накнада.¹⁹⁹² Такође, износи накнада су били јасно назначени, али су укинута годишњи бонуси за бољи радни учинак, што је изазвало негативну реакцију запослених. Осим тога, зараде су према новој шеми биле повећане од 5% до 8%, у зависности од основице накнаде, изузев руководиоцима и представницима предузећа што је довело до протеста и критика од стране руководства које је инсистирало на примени националног колективног уговора за инжењере и руководиоце у металургији од 13.3.1972. године који је предвиђао повољније одредбе.¹⁹⁹³

4.5. Индивидуална измена зараде

Индивидуална измена зараде спада у једини од анализираних разлога који се групише у домен субјективних разлога. У пракси постоји чест интерес послодавца да запосленом због

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ C. Barnard „Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions“, *op. cit.*, 55.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² Marie-Noëlle Rouspide-Katchadourian, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, Paris, 2014, 347.

¹⁹⁹³ *Ibid.*

неефикасности (спорост у раду, одсуство иницијативе и сл.) или одређеног понашања из домена дисциплине рада (кашњење на посао, напуштање посла пре краја радног времена, неадекватно облачење, начин комуникације са колегама), умање износ основне зараде. Поставља се питање да ли је то дозвољено и под којим условима? Прво и основно правило је да запосленом на индивидуалном нивоу не може бити смањена зарада испод износа прописаног као најнижи ниво основне зараде за конкретне послове. Уколико намерава да запосленом исплати нижу зараду од наведене, послодавац му може понудити премештај на друге, ниже плаћене послове, али не може да му исплаћује нижу зараду од износа који је општим актом прописан као најнижи за послове које запослени обавља код послодавца.

Другачији закључак се изводи у ситуацији када запослени има уговорену основну зараду у износу већем од основне зараде утврђене општим актом за посао који обавља, када му зарада може бити смањена, али не испод нивоа прописаног за те послове општим актом. С тим у вези, потребно је разјаснити који могу бити разлози за измену зараде. С обзиром на то да се основна зарада утврђује према одређеном послу, она нужно кореспондира квантитету, квалитету и резултатима рада запосленог, што значи да уговорена зарада може бити смањена само ако је дошло до опадања ових параметара посматрано из призме рада запосленог у односу на период у коме му је одређена зарада у већем износу у поређењу са основном зарадом за те послове.¹⁹⁹⁴ Услови за реализацију умањења зараде су: 1) да су квалитет, квантитет и свеукупни резултати рада у опадању током дужег периода, док краћи периоди могу бити санкционисани само кроз институт радног учинка; 2) евалуација мора бити извршена на основу поузданих и објективних критеријума, од стране стручних лица и у складу са утврђеном поступком код послодавца и 3) општим актом послодавца мора бити предвиђена могућност смањења зараде због опадања квалитета, квантитета и резултата рада, те услови и целокупан поступак спровођења и утврђивања чињеница смањеног износа основне зараде.

Овај принцип заступљен је и у упоредном праву, те тако у Јапану на зараде запослених, како „белих крагни“ тако и „плавих крагни“, евалуација рада има далеко већи утицај од објективне вредности послова које обављају и њиховог ранга у организационој схеми послодавца. Измене уговора о раду морају бити законите што претпоставља поштовање минималних стандарда везаних за зараде и друга права запослених. Исто тако, приликом измене зараде, послодавци треба да се придржавају етичких принципа и правних начела, што значи транспарентност у одлучивању и одсуство дискриминације, поготово када се врши процена радне ефикасности, због чега је потребно утврдити јасне критеријуме по којима се то чини. С друге стране, како дисциплински проблеми на страни запосленог могу али не морају имати ефекат на свеукупне резултате његовог рада, дисциплинске санкције треба строго одвојити од материје основних зарада, те не санкционисати запослене смањивањем основне зараде, већ за то предвиђеним мерама.¹⁹⁹⁵ Притом, измене система зарада могу бити узроковане различитим чиниоцима, као што су економске промене, промене у политици управљања предузећем, или настати као резултат законских захтева (нпр. измене минималне зараде). Промене у економској ситуацији, као што су инфлација, раст трошкова живота или промена у тржишту рада, могу утицати на одлуке о изменама зараде. У таквим ситуацијама, послодавци могу бити принуђени да прилагоде зараде запослених како би задржали конкурентност, с тим да је отказ дат искључиво са циљем смањења зараде не допуштен. У француској судској пракси је потврђено да се отказ дат од стране запосленог приписује послодавцу ако је таква воља запосленог изражена јер му послодавац континуирано неисплаћује зараду, или је био приморан на рад у опасним условима или му је наметнута једнострана измена уговора о раду.¹⁹⁹⁶ Супротно, легитиман је отказ уговора о раду који је послодавац дао запосленом због одбијања понуде за измену висине зараде која је учињена како би се омогућио рад предузећа и боља унутрашња организација кроз уједначавање зарада

¹⁹⁹⁴ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 76.

¹⁹⁹⁵ Закон о раду, чл. 179 и 179а.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, 77.

између сектора или огранака. Исто важи и када је понуда учињена ради превазилажења диспаритета у плаћањима, те обезбеђивање примене принципа једнаког плаћања за исти рад или рад исте вредности.

Штавише, француски Касациони суд је у својој јуриспруденцији признао послодавцима право да једнострано мењају висину зараде, али само под одређеним условима. Наиме, измене уговора о раду се морају односити на варијабилни део зараде, а не на зараду у целини. Затим, до измене зараде може доћи ради остваривања циљева који су реални (оствариви) и унапред јасно дефинисани и са којима је запослени упознат на почетку финансијске године.¹⁹⁹⁷ Варијабилне накнаде су накнаде за рад које се уводе са циљем да стимулишу запослене да ефикасније врше поверене задатке, јер се остваривање накнаде везује за резултате рада. Послодавац има дискреционо право да у оквиру својих управљачких овлашћења уводи подстицајне технике, које остају унутар оквира синалагматичног уговора. На овом месту ваља скренути пажњу на чињеницу да одбијање запосленог да прихвати анекс уговора није разлог за отказ, ако је предлог измене уговора о раду учињен из дисциплинских разлога (нпр. смањење зараде због континуираног неизвршавања законитих радних налога у дужем периоду). Исто важи и за предлог измене уговора о раду који је учињен из економских разлога, чије одбијање праћено отказом спада у групу отказа датих из економских разлога. Коначно, треба поменути да се сагласност запосленог тражи и када се уводе премије за сениорат или друге погодности, а које представљају измену уговора која иде у корист запосленог.¹⁹⁹⁸ Промена начина исплате зараде кроз увођење премије или бонуса за лојалност послодавцу, не представља акт дискриминације, због посредне везаности за старосну доб запосленог. Основ за увођење премије нису године живота, већ компетенција и професионалне вештине које су временом усавршаване. Но, за разлику од претходних случајева у којима се зарада запосленог смањује због неефикасности у раду, код премије за сениорат запослени се награђује због успешног обављања поверених послова.

Треба правити разлику између измене система награђивања и измене зараде, будући да се под системом награђивања подразумевају бројни услови, чиниоци и критеријуми који се користе приликом утврђивања структуре зараде, који могу бити без утицаја на њену висину. То, дакле, значи да се систем награђивања може мењати а да зарада остаје иста. Додатно, измена уговора о раду у погледу висине зараде, те уговарања минималне зараде која би се обрачунавала и исплаћивала ретроактивно, била би ништава. То би било у супротности са законским правилом да се зарада исплаћује најкасније до краја текућег месеца за претходни месец. Измене уговора о раду, као и сам уговор, производе правно дејство од дана закључења за убудуће. С тим у вези, да ли је потребно да запослени, ради остваривања права на одговарајућу зараду у складу са законом, општим актом, уговором о раду, постави и захтев за утврђивање ништавости одредбе уговора којом је утврђена ретроактивна исплата минималне зараде? Наиме, неспорно је да ће запослени поставити захтев за исплату разлике између одговарајуће зараде и минималне зараде за период ретроактивне примене уговора о раду, али ће исто тако бити потребно захтевати утврђење ништавости одредбе. Послодавац може запосленом понудити измену уговорених услова рада (износ зараде) за убудуће, а не ретроактивно, тако да закључени анекс уговора о раду који предвиђа минималну зараду не може се применити уназад, већ само за убудуће.¹⁹⁹⁹

¹⁹⁹⁷ M. N. Rouspide-Katchadourian, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, op. cit., 347.

¹⁹⁹⁸ D. Grandguillot, *L'essentiel du droit du travail*, op. cit., 59.

¹⁹⁹⁹ Из пресуде Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1 3210/2013 од 10.10.2013. године.

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРИМЕНЕ МЕРА ЗАПОШЉАВАЊА У СЛУЧАЈУ ВИШКА ЗАПОСЛЕНИХ

1. *Општа разматрања*

Институт вишка запослених правни је израз непосредног утицаја слободe предузетништва послодавца на статус запослених, која се манифестује кроз сталну потребу послодавца да технолошким унапређењем и оптималном организацијом радних процеса, која повремено захтева и редукцију броја запослених, очува своју конкурентност на тржишту и постигне најбоље економске резултате.²⁰⁰⁰ У том смислу, вишкови запослених су природна последица организације рада сагласно тржишним принципима не би ли се очувало профитабилно пословање и тиме обезбедила предност над конкурентима. Уз то, колективно отпуштање представља крајње решење зарад спречавања финансијских губитака који могу водити стечају предузећа. С тим у вези, да би се оценило да ли је потребно отпустити одређени број запослених узима се као релевантно то на који начин се организује рад и да ли су техничко-технолошки елементи и хумани капитал у садејству. Дакле, продуктивност у процесу рада зависи од коришћене технологије, организационих и људских потенцијала, који стоје у комплементарном односу, тако да од оног тренутка када изостане очекивана продуктивност, послодавац има легитимно право да мења однос и комбинацију наведених фактора производње.²⁰⁰¹ Као што је указано до промена најчешће долази услед модернизације производних процеса, када се трошкови рада умањују јер људске ресурсе замењују машине. То значи да увођење нових технологија изискује мањи број радника у радном процесу што води томе да одређени број радника више није потребан послодавцу. Ипак, вишак радне снаге не мора нужно осликавати негативну слику пословања и бити условљен потребама процеса рада, већ може бити и последица неадекватне организације рада.²⁰⁰² Из свега наведеног следи да је колективно отпуштање комплексан феномен чије контуре нису јасно назначене.

У одсуству униформне дефиниције колективног отпуштања истичу се одређене карактеристике које обележавају посебну природу отпуштања већег броја људи код послодавца, услед настанка одређених околности које су утицале на број и структуру послова, услове рада и уговор о раду. На сличну формулацију наилазимо у литератури, где се истиче да колективно отпуштање настаје као последица одређених унутрашњих и спољашњих чинилаца који су условили промену или укидање одређених послова и реорганизацију производних процеса.²⁰⁰³ Наиме, „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“.²⁰⁰⁴ Дакле, неповољна економска ситуација код послодавца довела је до смањења

²⁰⁰⁰ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 81.

²⁰⁰¹ Иако технолошки чиниоци носе примат из угла послодавца који их лакше прибавља, без обавезе обезбеђивања месечне накнаде за њихов рад, вишак запослених може настати и као последица неуспеха у примени технологије и механизације која није адекватна или компатибилна са свеобухватним процесом рада. Предраг Јовановић, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2009, 47.

²⁰⁰² *Ibid.*, 48.

²⁰⁰³ Peter Auer, *Security in labour markets: Combining flexibility with security for decent work*, *Economic and Labour Market Papers*, International Labour Office, Geneva, 2007, 6.

²⁰⁰⁴ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 24. Слично и хрватски аутори дефинишу пословно условљен отказ као „отказ који омогућује послодавцу да своје обавезе из уговора о раду усклади са промењеним околностима, посебно са измењеним потребама за радом одређеног радника“. S. Laleta,

расположивих послова или измене претходно уговорених услова рада. У том смислу, колективно отпуштање се без обзира на порекло, генезу и конкретне разлоге који могу бити организационе, економске или технолошке природе, манифестује кроз укидање одређених послова или смањење броја извршилаца на одређеним пословима.²⁰⁰⁵ Промене, притом, могу бити квантитативне када је број извршилаца смањен или квалитативне у смислу укидања послова када се њихови извршиоци утврђују као вишак. Следствено томе, реалне потребе за вршењем одређених послова су биле спона везивања запосленог и послодавца која се у случају економских тешкоћа раскида на штету запосленог који постаје технолошки вишак. То значи да су се тржишне околности промениле и да су економски и структурни разлози довели до исказивања вишкова.²⁰⁰⁶

Поменуте чињенице су навеле правне практичаре на закључак да отказ због економских разлога значи уважавање промењених околности у односу на стање материјалноправног односа у време заснивања радног односа.²⁰⁰⁷ Као аргумент за такву тврдњу се истиче да је до редукције послова дошло због одређених околности које нису постојале у моменту заснивања радног односа. Штавише, назначене околности (нпр. губитак клијената услед наглог пада продајног асортимана послодавца) се не смеју пренебегнути јер су основни узрок који индукује раскид уговорног односа.²⁰⁰⁸ У том смислу је смањење броја извршилаца на одређеним пословима само материјални израз промена које су настале након закључења уговора о раду о чему сведочи и законски текст у Републици Србији тумачен стриктно језичким методом. Послодавац је дужан да предузме одговарајуће правне кораке „ако утврди да ће због технолошких, економских или организационих промена у оквиру периода од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено време“.²⁰⁰⁹ Међутим, постоје и другачија виђења законских норми у смислу да се отказ уговора о раду на неодређено време из економских, технолошких и организационих разлога наводи као оправдани разлог за отказ због чега нема места примени института промењених околности кроз увођење клаузуле *rebus sic stantibus* којом се раскида или мења уговор о раду (нпр. премештај на друге послове).²⁰¹⁰ Потоње гледиште нам се не чини прихватљивим из разлога што се изменама уговора о раду мора прибећи када је због промењених околности дошло до значајних промена у условима рада, организацији или потребама послодавца.

На овом месту ваља указати на разлику која постоји када се мења уговор о раду јер се прибегава коришћењу одређених мера запошљавања у случајевима, када је претходно утврђен вишак из разлога економских, техничких или организационих и ситуације, када је дошло до отказа већег броја уговора о раду као последица одбијања измене његових елемената иницираних од стране послодавца који је запао у финансијске тешкоће. Тако, колективно отпуштање француски законодавац одређује као сваки отказ из економских разлога, који се односи на више од једног запосленог, којем се прибегава због једног или више разлога међу којима је и одбијање запосленог да прихвати измене битних елемената уговора о раду који је предложио послодавац након увођења промена у пословању у циљу очувања конкурентности,

Prestanak ugovora o radu, op. cit., 196. С друге стране, у америчком праву се прави разлика између привременог или трајног колективног отпуштања.

²⁰⁰⁵ Бранко Лубарда, „Отказ послодавца раднику из економских разлога - Вишак радника и сигурност запослења у упоредном праву“, *Право и привреда*, бр. 3-6, 1993, 305.

²⁰⁰⁶ Отуда се у британском праву разлози за колективна отпуштања групишу у две целине: затварање предузећа и престанак потребе за радом запослених. А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање, op. cit.*, 88.

²⁰⁰⁷ Боровоје Живковић, „Вишак запослених и критеријуми“, *Радно и социјално право*, год. XXI, бр. 1, 2017, 238.

²⁰⁰⁸ Поред спољашњих околности на које послодавац нема директан утицај, могуће је наступање и фактора унутрашње природе, који су везани за начин пословања и управљања ресурсима. Реч је о пословним мерама којим се врши промена у начину организације пословања са циљем рационализације трошкова, а узимајући у обзир тржишна кретања и друге околности. Уступањем запослених, реорганизацијом или променом хијерархије послодавац остварује своју одлуку о пословној политици која је темељ управљања компанијом.

²⁰⁰⁹ Закон о раду, чл. 153.

²⁰¹⁰ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, op. cit.*, 560-561.

реорганизацијом пословних активности или престанком рада предузећа.²⁰¹¹ Идентично решење познаје и домаће право, које у круг отказних разлога везаних за потребе послодаваца сврстава и одбијање закључења анекса уговора о раду. Наиме, „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“.²⁰¹²

Оправдани разлози оличени у пословно-организационим потребама послодаваца рађају легитимно право за измену уговорених услова, јер би у супротном послодавац претрпео штету која би директно утицала на његову тржишну позицију. Промене које су неочекивано наступиле и које послодавац не може на други начин да амортизује, емитују се на плану људског потенцијала и производног фактора лако заменљивог који се стога редукује. Другим речима, очување уговорених услова рада на нивоу предузећа постаје неодрживо, због чега је послодавац приморан да захтева њихову измену под претњом колективних отказа.²⁰¹³ Права запослених и послодаваца стоје у реципрочном односу, јер запослени није обавези да прихвати измену уговора о раду, али с друге стране ризикује да ће бити проглашен вишком, будући да је оцењивање престанка потребе за радом запослених у потпуности препуштено послодавцу. Дакле, запослени може одбити анекс када му послодавац, из тог разлога и по основу утврђених вишкова због економских промена које су претходно наступиле, може отказати уговор о раду.

Надаље, важно је напоменути да се у француском праву, које изричито наводи одбијање измене елемената уговора о раду као разлог за отказ из економских разлога подцртава да је реч о битним елементима уговора који се не могу мењати искључиво вољом послодаваца. Стога, када се елементи уговора о раду не могу једнострано мењати јер премашују оквири прерогатива послодаваца, неопходно је прибавити сагласност запосленог.²⁰¹⁴ У том смислу, измене битних уговора о раду захтевају сагласност обеју страна, те послодавац може прибећи отказу само ако та сагласност није постигнута, а за њега је *status quo* надаље неодржив. С тим у вези, таксативну набројану листу битних елемената изградио је француски Касациони суд, у коју су уврштене зараде и друга примања, место рада у оквиру уговореног географског реона и трајање радног времена, уз могућност да се тој листи додају и други елементи које странке споразумно одреде као њима битне.²⁰¹⁵ Но, листа може бити проширена и када запослени одбије измене битних елемената уговора о раду који се нуде из разлога који, уско посматрано, нису разлози економске природе, већ се односе на ситуацију када запослени одбије да прихвати непосредну примену колективног уговора о раду који се закључује да би се задовољиле потребе везане за пословање предузећа или очување и развој запослености, а чији предмет може бити измена дужине трајања радног времена, начина организације и методи расподеле, измена висине зараде уз поштовање ограничења у погледу износа, и хијерархија минималних зарада законом прописаних, као и утврђивање другачијих услова за професионалну или географску мобилност унутар предузећа.²⁰¹⁶ Ипак, измене битних елемената уговора о раду настале као резултат вршења дисциплинске власти послодаваца потпадају под другачији правни режим тако да се не примењују правила која важе за колективна отпуштања.

²⁰¹¹ Француски Законик о раду, L. 1233-3.

²⁰¹² А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 42.

²⁰¹³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 162.

²⁰¹⁴ У погледу начина на који се понуда упућује наводи се да то буде у писаној форми препорученом пошљицом са повратницом, с тим да је конституисано додатно правило да је понуда анекса прећутно прихваћена ако запослени не одговори у року од месец дана од када је пошљика уредно достављена. Француски Законик о раду, чл. L. 1222-6.

²⁰¹⁵ Alain Coëuret, Bernard Gauriau, MinéMichel, *Droit du travail*, Dalloz, Sirey, 2006, 351. А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 162.

²⁰¹⁶ Code du travail, чл. L. 2254-2.

Поред тога, потребно је указати на јединствено решење немачког права које одбијање измене уговора о раду групише у разлоге због којих се може исказати вишак запослених под условом да престају истоветност и континуитет између посла који је запослени обављао и посла који је послодавац трансформисао.²⁰¹⁷ Слично француском решењу, до економског разлога за отказ може доћи не само када се укину послови, већ и када дође до њихове трансформације, будући да је послодавац властан да, у складу са сопственим потребама, (пре)обликује послове који врше запослени. Поменута два услова која се тичу задржавања истоветности и континуитета међу пословима очувани су када се врши интерно реструктурирање, док се прекидају са увођењем нових задатака, променом описа посла и услова потребних за њихово вршење, као и измене висине зараде и то без обзира да ли су извршене на корист или штету запосленог.²⁰¹⁸ Насупрот томе, у британском праву одбијање закључења анекса не може бити разлог за колективно отпуштање, али се може квалификовати као тзв. изнуђени отказ (отказ који даје запослени, али се приписује послодавцу). С друге стране, колективним отпуштањем сматрају само оне ситуације у којима запослени одбије измене уговора о раду које су узроковане губитком профита или уштедама трошкова кроз смањење броја радне снаге, што води закључку да измене битних елемената уговора о раду из организационих разлога које не морају нужно водити укидањем радних места - не спадају у колективна отпуштања.²⁰¹⁹ Овакво решење се у британским академским круговима оспорава као нелегитимно, с обзиром на то да води изградњи двоструких стандарда, јер нема ваљаног и јасно опредељеног разлога да се промене у организацији процеса рада стављају по страни, на начин да се послодавцу оставља широки маневарски простор да самостално мења садржину уговора о раду у погледу његових битних елемената, позивајући се на потребе пословања и економске прилике.²⁰²⁰

2. Поступак решавања вишка запослених

Услед трансформације националних привреда и динамичности глобалног тржишта које може имати негативни утицај на пословање компанија у циљу очувања конкурентности, прибегава се интерном реструктурирању које претпоставља редукцију броја запослених или измену услова рада.²⁰²¹ Узимајући у обзир технолошке промене и појачану мобилност, питање како се носити са масовним отпуштањима већ деценијама уназад није изгубило актуелност и значај. Процеси реструктурирања који резултирају колективном отпуштању би требало да буду праћени процесним условима како би се заштитили општи интереси и интереси запослених (информисање и консултовање представника радника, органа јавне власти и службе за запошљавање). За разлику од већине држава чланица Европске уније, грчко законодавство није настојало да подстакне развој улоге јавних власти да интервенишу у процесима реструктурирања пре фазе реструктурирања, у смислу одобравања или забране планова отпуштања запослених.²⁰²² Развојем саветодавне улоге током процеса консултација могла би да се обезбеди основа за управу и представнике запослених да постигну договор о

²⁰¹⁷ Hugh Collins, *Justice in Dismissal: The Law of Termination of Employment*, Oxford University Press, New York, 1992, 54.

²⁰¹⁸ Тако запослени који је обављао послове молера у предузећу за изградњу станова и постао вишак јер је вршење молерских послова пребачено на друго предузеће специјализовано за те послове није утицало на промену садржине уговора о раду, али је утицало на истоветност подручја рада која није очувана. Истоветност подручја рада (нем. *Identität des Arbeitsbereichs*) је основни критеријум за утврђивање ваљаности отказа са понудом за измену уговора о раду и оцењује се узимајући у обзир опис радног места и његов распоред у групама послова у колективним уговорима о раду. S. Laleta, *op. cit.*, стр. 206.

²⁰¹⁹ H. Collins, *Justice in Dismissal*, *op. cit.*, 60-65.

²⁰²⁰ *Ibid.*

²⁰²¹ Christina Hiebl, Sandra Laleta, „Implementation problems of the Collective Redundancies Directive and their consequences: the Croatian example“, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, бр. 1, 2017, 443.

²⁰²² *Ibid.*

плановима реструктурирања, уз истовремено олакшавање позиције органа јавне власти у фази одобравања или забране процеса реструктурирања.

Европски радни стандарди у материји колективних отпуштања наглашавају да се примена другачијег правног режима од оног који важи за индивидуална отпуштања везује за чињеницу постојања економског разлога за отказ који је инициран од стране послодавца и не може се приписати запосленом (нпр. одсуство способности за рад, непоштовање радне дисциплине и друга скривљена понашања).²⁰²³ Штавише, у рециталу 8 преамбуле Директиве Савета 98/58/ЕЗ о хармонизацији закона држава чланица у материји колективних отпуштања се изричито наводи да је за израчунавање броја запослених који се имају сматрати вишком потребно да се узму у обзир и други облици отказа уговора о раду који су еквивалентни отказу на иницијативу послодавца, ако је дошло до отпуштања најмање пет запослених.²⁰²⁴ У том смислу, није у складу са Директивом Савета 98/58/ЕЗ да се концепт колективног отпуштања ограничи на отпуштање из економских, организационих, техничких и производних разлога које радник није желео, а који се не тичу његове личности. Како разлози за отказ могу бити различити, попут, правноснажне судске одлуке или гашења предузећа без сукцесора након смрти власника предузећа када је *ex lege* дошло до отказа свих уговора о раду за уживање заштите запослених и обезбеђивање материјалних права уводи се допунско правило да колективни отказ начелно не мора да одражава вољу послодавца. Додатно, Европски суд правде је у својој јуриспруденцији развио становиште да се правила колективног отпуштања могу применити и на ситуације када је до отказа формално дошло на иницијативу запосленог који се успротивио једностраним изменама битних елемената уговора о раду.²⁰²⁵

У шпанско право, имплементација европске Директиве извршена је Радничким статутом одобреним Краљевском Законском уредбом 2/2015 који у члану 51 регулише колективна отпуштања солвентних предузећа.²⁰²⁶ У складу са решењем садржаним у Директиви, које познаје и домаће право, колективно отпуштање постоји када из економских, техничких, организационих или производних разлога долази до отпуштања 10 радника у предузећима која запошљавају мање од 100 радника или 10% од укупног броја радника у предузећима која запошљавају између 100 и 300 радника или 30 радника у предузећима која запошљавају више од 300 радника.²⁰²⁷ Економски разлози су присутни када резултати компаније откривају негативну економску ситуацију, у случајевима као што су постојање текућих или предвиђених губитака, или упорно смањење нивоа редовног прихода или продаје. Упорно смањење постоји ако је у три узастопна квартала ниво редовног прихода или продаје сваког квартала нижи од оног регистрованог у истом кварталу претходне године.²⁰²⁸ Технички разлози се јављају када дође до промена у области производних средстава или инструмената, док се организациони узроци везују за промене које се тичу система и метода рада кадрова односно начина организовања производње. Додатно, продуктивни разлози постоје када дође до промена у потражњи за производима или услугама које предузеће намерава да пласира на тржишту.²⁰²⁹ Колективном отпуштању мора претходити период консултација са законским заступницима радника у трајању од највише тридесет календарских дана, односно петнаест

²⁰²³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 163.

²⁰²⁴ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies *OJ L* 225, 12.8.1998, p. 16–21.

²⁰²⁵ Реч је о предмету *Pujante Rivera*. Више о томе вид.: Ignacio García-Perrote, „La aplicación por el tribunal de justicia de la unión europea de la directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español“, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 49, 2018, 173.

²⁰²⁶ Antonio Martín Valverde, "Collective Dismissals in Spain", у: Roberto Cosío, Filippo Curcuruto, Vincenzo Di Cerbo, Giovanni Mammone (Eds.), *Collective Dismissal in European Union – A comparative Analysis*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, 438.

²⁰²⁷ Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, чл. 1.

²⁰²⁸ I. García-Perrote, „La aplicación por el tribunal de justicia de la unión europea de la directiva sobre despidos colectivos y su repercusión en el derecho español“, *op. cit.*, 174.

²⁰²⁹ *Ibid.*

календарских дана у случају предузећа које запошљава мање од педесет радника.²⁰³⁰ Консултације са правним заступницима радника морају се тицати могућности избегавања или смањења колективних отпуштања и ублажавања њихових последица мерама социјалне подршке, као што су мере премештаја на други посао, преузимање, обуке, преквалификација, доквалификација ради побољшања запошљивости. Током периода консултација, учествујуће стране морају преговарати у доброј вери, са циљем постизања споразума.²⁰³¹ Надаље, консултације се одвијају у оквиру преговарачке комисије осим уколико постоји више радних центара, када ће консултације бити ограничене на радне центре на које се односи поступак колективних отпуштања. Уз то, ако неки од погођених радних центара имају заступнике радника, а други немају, комисију ће чинити само заступници радника центара који имају такве представнике. Преговарачка комисија се, притом, састоји од највише тринаест чланова који представљају сваку од страна учесника.²⁰³²

Представнички одбор радника мора бити формиран пре консултација, док максимални рокови за конституисање представничке комисије износе седам дана од дана саопштења руководства предузећа о намери покретања поступка колективног отпуштања, осим ако један од радних центара који ће бити захваћен поступком нема законске заступнике радника у ком случају ће рок бити петнаест дана.²⁰³³ По истеку максималног рока за конституисање представничке комисије, руководство предузећа званично саопштава представницима радника и органима јавне власти да је отпочео консултативни период. Недостатак конституисања представничке комисије неће спречити почетак и ток консултативног периода, а њено конституисање након почетка истог неће довести до продужење трајања консултација. Обавеза спровођења консултација постоји када се настоје изменити битни елементи уговора о раду одређеном броју запослених.²⁰³⁴ Заправо, руководство предузећа мора поуздано саопштити радницима или њиховим представницима своју намеру да покрене поступак за битну измену услова рада. Максимални рок за конституисање представничке комисије је седам дана од дана наведеног саопштења, осим ако један од радних центара који ће бити захваћен поступком нема законске заступнике радника, у ком случају ће рок бити петнаест дана.²⁰³⁵ Дакле, без обзира на посебне процедуре које се могу успоставити у колективном преговарању, одлуци о битној измени колективних услова рада мора да претходи период консултација са заступницима радника, у трајању од највише петнаест дана, са циљем дефинисања узрока и разлога такве пословне одлуке и уз увођење неопходних мера за ублажавање њених негативних ефекта. Ово произлази из чињеници да руководство привредног друштва може наметнути битне измене услова рада ако за то постоје доказани економски, технички, организациони или производни разлози.²⁰³⁶ У ширем смислу, измене уговора о раду се сматрају битним ако су извршене ради очувања конкурентности и продуктивност предузећа, а односе се на техничку или радну организацију. Надаље, битним изменама услова рада сматрају се и оне које утичу на платне шеме, висине зарада и система награђивања, сменски рад, дужину и распоред радног времена, те професионалну мобилност ван законских граница. У суштини, битне измене се могу односити на услове рада који су

²⁰³⁰ Послодавац и представници радника могу се у било ком тренутку договорити да период консултација замене поступком посредовања или арбитраже.

²⁰³¹ A. M. Valverde, „Collective Dismissals in Spain“, *op. cit.*, 437.

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 163.

²⁰³⁴ То решење је у потпуности у складу са Директивом 98/59/ЕЗ која утврђује да „када послодавац намерава да спроведе колективна отпуштања, мора се благовремено консултовати са представницима радника са циљем да се постигне договор“ (чл. 2. ст 1).

²⁰³⁵ A. M. Valverde, „Collective Dismissals in Spain“, *op. cit.*, 437.

²⁰³⁶ Bob Hepple, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, Portland, 2005, 4.

садржани у индивидуалним уговорима о раду, колективним уговорима о раду или једностраним одлукама послодаваца које имају колективно дејство.²⁰³⁷

Након завршетка периода консултација послодавац ће обавестити раднике о својој одлуци о изменама битних елемената уговора о раду. Ипак, споразум постигнут током периода консултација биће тумачен без прејудуцирања права радника да користе законом предвиђене могућности. Наиме, шпански законодавац прописује да радник оштећен битном изменом уговора о раду има право да раскине уговор и прими накнаду пропорционалну дужини радног стажа.²⁰³⁸ Из свега наведеног следи да измене споредних елемената не могу подпадати под правни режим колективног отпуштања без обзир на број запослених чији се уговори о раду отказују. Такође, ако послодавац врши измене битних елемената уговора о раду у узастопним периодима од 90 дана без да су настали нови разлози за то сматраће се кршењем закона и биће проглашене ништавим. Уз то, послодавац не сме фингирати постојање разлога да би избегао примену одредаба које се тичу колективног отпуштања.²⁰³⁹ Исто тако, послодавац не може прибећи тзв. интелигентној фрагментацији радне снаге тако што ће у одређеним временским интервалима отказивати из истог економског разлога једном по једном запосленом уговор о раду са циљем да ти откази буду окарактерисани као индивидуални, а не као колективни.²⁰⁴⁰

У поступку решавања вишка запослених примењује се начело трипартизма које подразумева учешће три субјекта (представнике јавне власти, представнике радника и представнике послодаваца). С тим у вези, оправдано се поставља питање у ситуацијама када послодавац планира да из економских разлога измени уговоре о раду најмање десет запослених у периоду од тридесет дана, када настаје обавеза да се о томе консултује раднички савет на нивоу предузећа (фр. *comité d'entreprise*). Да ли се то везује за моменат пре слања предлога или нацрта социјалног плана или након негативног одговора запослених? Тако, француско право предвиђа да је послодавац дужан предузме све кораке како би спречио колективно отпуштање што укључује и обавезу консултовања представника радника о социјалном плану у којем су садржане мере које имају за циљ да сведу колективна отпуштања на најмању могућу меру.²⁰⁴¹ Консултације се воде ради испитивања могућности избегавања или смањења колективних отказа, те ублажавања негативних последица кроз прибегавање пратећим социјалним мерама. Иако консензус није увек могуће постићи, међународни правни инструменти сугеришу да би консултације требало да се усредсреде на средства и начине да се избегну или минимизирају отпуштања, те да се ублаже штетни ефекти уколико до отказа из економских разлога мора доћи. Послодавац саставља план који има за циљ очување запослења, а који се доставља представницима радника на разматрање и евентуално прихватање. Штавише, домаће право прецизира да се обавеза послодаваца да укључи синдикат у поступак решавања вишка запослених протеже и на ранији период, јер је послодавац дужан да у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодаваца и републичком агенцијом надлежном за

²⁰³⁷ У Пољској је прихваћено решење да у случају када радник одбије да прихвати предложене измене уговор о раду престаје да важи по истеку рока предвиђеног за отказ. Brian Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, 542.

²⁰³⁸ *Ibid.*

²⁰³⁹ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *Droit du travail*, *op. cit.*, 240.

²⁰⁴⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, *op. cit.*, 414.

²⁰⁴¹ С тим у вези, највећа дилема постоји када консултације треба да отпочну. У члан 13. Конвенције МОР-а бр. 158 пише да консултације треба да почну када послодавац размишља о отпуштању „из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе“. Конвенција МОР бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодаваца, чл. 13. На сличан начин чл. 16 Препоруке МОР бр. 166 предвиђа да „када послодавац размишља о увођењу великих промена у производњи, програму, организацији, структури или технологији за које постоји вероватноћа да ће довести до престанка рада већег броја запослених, послодавац треба да консултује дотичне представнике радника што је пре могуће о увођењу таквих промена, те ефекте које ће оне вероватно имати на њихов положај и мере за спречавање или ублажавање штетних последица“. Препорука бр. 166, чл. 16. Ипак, коначна одлука о томе да ли да отпусти запослене који су технолошки вишак лежи на послодавцу, јер консултације нису исто што и преговори у контексту колективног преговарања, што је аустралијска судска пракса истакла тиме што консултације не подразумевају право вета. R. Blanpain, *Labour law*, *op. cit.*, 838.

запошљавање предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених и пре доношења плана у којем ће конкретне мере бити садржане.²⁰⁴² У реализацији плана важну улогу има служба за запошљавање која пружа стручну помоћ, омогућава стручно оспособљавање, преквалификацију, доквалификацију и доводи у везу послодавце ради закључивања уговора о преузимању запослених.

3. Мере решавања вишка запослених

3.1. Уводне напомене

Премда послодавац има легитимно право да донесе одлуку којом се отказује уговор о раду већем броју запослених, у циљу заштите слабије стране радног односа право је установило одређена правила која настаје спречити штетне последице колективних отпуштања. У том смислу, међународна заједница је установила стандарде за заштиту интереса запослених којима прети ризик од отказа из економских разлога који, између осталог, обухватају мере за очување стабилности запослења.²⁰⁴³ Заправо, приближавање националних решења учињено је на универзалном нивоу кроз Конвенцију МОР-а бр. 158, док је на европском нивоу то постигнуто правилима садржаним у Директиви бр. 75/129 измењеној посредством Директиве 98/59/ЕЕЗ. Тако, Конвенција МОР-а бр. 158 прописује да је послодавац који намерава да прибегне колективном отпуштању запослених дужан да благовремено пружи одговарајуће информације радничким представницима о разлозима настанка вишка запослених, броју и категоријама запослених који се намеравају отпустити и рок у којем се том планира учинити, те да пружи могућност за консултације о мерама које треба предузети за ублажавање штетних последица отказа, као што је налажење алтернативног запослења.²⁰⁴⁴ Међутим, Директива 98/59/ЕЗ не предвиђа начине решавања проблема вишкова код послодавца због чега се изводи закључак да се у ствари ради о могућностима испитивања примене мера премештаја вишкова на друге послове, преквалификацију, доквалификацију, рад код другог послодавца.²⁰⁴⁵ У складу са стандардима постављеним у поменутих изворима права универзалног и регионалног карактера, мере за запошљавање у домаћем праву имају приоритет у односу на отказ уговора о раду по основу вишка запослених. Отуда, послодавац је дужан да предузме све могуће мере како би се обезбедило алтернативно решење, па тек ако у томе не успе може прибећи отпуштању као крајњем средству. Дакле, активне мере (премештај, преквалификација, упућивање на рад код другог послодавца) имају приоритет у односу на пасивне мере заштите (исплата отпремнине).

Интересантно је приметити да француско право, поред мера ради ублажавања негативних последица колективног отказа, познаје и превентивно деловање послодавца у циљу спречавања настанка вишкова запослених кроз измене трајања и прерасподеле радног времена, измене износа зараде, те подстицањем професионалне и географске мобилности запослених.²⁰⁴⁶ Притом, под професионалном и географском мобилношћу запослених подразумева се могућност, премештаја на друге послове и у друга места рада, уколико послодавац оцени да је у интересу процеса рада и веће флексибилизације, тако да не долази до смањења броја послова. Колективни уговор о раду регулише услове под којима се ови премештаји врше и мере неопходне за њихову реализацију, као што су стручне и професионалне обуке, те обезбеђење превоза и смештаја, у циљу обављања послова ван

²⁰⁴² Закон о раду, чл. 154.

²⁰⁴³ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 556.

²⁰⁴⁴ Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Сл. Лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/48, 7/91, чл. 13, ст. 1, тач. б.

²⁰⁴⁵ R. Blanpain, *Labour law*, *op. cit.*, стр. 838.

²⁰⁴⁶ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *Droit du travail*, *op. cit.*, 360.

редовног географског центра живота и рада запосленог.²⁰⁴⁷ Поред тога, француско право ставља нагласак на предузимање свих корака како би се избегао негативан исход укључујући и мере запошљавања које су саставни део социјалног плана. Сходно томе, неподесан је социјални план у којем није уграђено начело сразмерности, као „камен темељац“ који окупља мере усмерене ка очувању послова и олакшању интерног (премештај на други посао или у друго место рада) или екстерног премештаја запосленог (упућивања на рад код другог послодавца).²⁰⁴⁸ Тиме се доследно примењује максима о *ultima ratio* карактеру отказа, те се непромењеност садржине уговора о раду компензује очувањем његове стабилности. Разлика између домаћег права у поређењу са другим правним системима лежи у томе што се премештај запосленог на други посао појављује само као мера за запошљавање у програму решавања вишка запослених, док се у упоредном праву премештај на други посао јавља као (пред)услов за исказивање вишкова.²⁰⁴⁹ Обавеза разматрања могућности премештаја на друге послове се, по правилу, активира тек након утврђења колективних вишкова, јер би у супротном дошло до злоупотреба у смислу да се не врши праведна селекција вишкова. Нажалост, неретко се догађа да се конституисана мерила селекције перфидно заобилазе кроз претходно распоређивање запослених на друге послове, а тек након тога се прелази на утврђивање вишкова, на које се примењује мере интерног премештаја.²⁰⁵⁰ Уз то, селекција запослених који се истовремено исказују као вишак се врши само у односу на запослене који су погођени „истом пословном потребом“, тако да се не може сматрати одговарајућим упоредником онај радник којег послодавац може једнострано да премести на други посао изменом битног елемента уговора о раду, на основу клаузуле о премештају (*Versetzungsklausel*).²⁰⁵¹

Као што је поменуто, премештај на друге послове у домаћем праву представља једну од активних мера запошљавања која афирмише стабилност запослења. У акту који чини оквир за поступање послодавца преиспитује се могућност реорганизације и задржавање запослених на раду. Отуда, програми посвећени остваривању права запослених, по правилу, садрже мере усмерене ка очувању запослења, као што су преквалификација и доквалификација, премештај на други посао или у друго место рада, те упућивање запослених на рад код другог послодавца. Тако, српски законодавац као основне мере за запошљавање наводи: премештај на друге послове, рад код другог послодавца, преквалификацију и доквалификацију и прелазак са пуног на непуно радно време за чију је реализацију неопходно закључење анекса уговора о раду.²⁰⁵² Иако појам мера за запошљавање није законски одређен, теорија настоји да тај концепт дефинише као алтернативно запослење које нуди послодавац у оквиру расположивих могућности са циљем да се избегне колективно отпуштање због технолошких, економских или

²⁰⁴⁷ 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, 135.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*

²⁰⁴⁹ Отпуштање је могуће тек ако запосленог, ни поред свих напора, није могуће 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 (Code du travail, L. 1233-4). Дакле, француско законодавство јасно прописује да је колективно отпуштање законито само ако је послодавац претходно покушао да запослене премести на друге расположиве послове у оквиру организацине структуре послодавца који послује на територији Републике Француске или упуту на рад код другог послодавца у оквиру исте групе компанија чије су операције, делатност и подручје деловања такви да допуштају пермутацију кадрова. А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, ор. cit., 171. Ово законско правило је разрађено у судској пракси, која је поставила као императив обавезу за послодавца да добро размотри све могућности примене мера којима ће се спречити отпуштања независно од тога да ли су конкретне мере обухваћене социјалним планом или не. То се тумачи као прећутна и генерална обавеза да се уговор о раду поштује и извршава у доброј вери. Soc. 9. juillet 2015, no. 14-16009.

²⁰⁵⁰ Daniel Mazurek, *Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz: Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2024, 96.

²⁰⁵¹ *Ibid.*, 101.

²⁰⁵² Није реч о исцрпном списку мера, тако да послодавац може предвидети и друге мере које сматра погодним за решавање проблема вишкова, а имајући у виду властиту ситуацију и расположиве ресурсе.

организационих промена.²⁰⁵³ У суштини, доношење мера има превентивну улогу, тј. тежи да спречи наступање отказа кроз споразуме о мобилности и друге нове аранжмане који настоје да обезбеде алтернативно запослење и радно ангажовање. Смисао социјалним садржајем испуњених права садржаних у програму решавања вишка запослених се огледа у разматрању могућности задржавања и упошљавања запослених ако је то објективно могуће постићи у новој организација рада или у договору са другим послодавцима.

3.2. Премештај на друге послове као мера запошљавања

Послодавац има обавезу средства да, у складу са расположивим пословима и реалним могућностима, размотри могућност премештаја запосленог на друге послове. Тиме се обезбеђује стабилност запослења и уговора о раду, те делотворно остварује уставна гаранција права на рад.²⁰⁵⁴ Послодавац у поступку колективних отпуштања мора да понуди одговарајуће алтернативно запослење свим запосленима који су у опасности да постану вишак, ако је друга позиција доступна или постане доступна током трајања тог поступка. Дакле, ако је доступна одговарајућа алтернатива, у смислу другог посла који одговара квалификацијама запосленог, послодавац не може прогласити запосленог вишком, а да му претходно не понуди премештај. Обавеза послодавца да пре отказа покуша раднику осигурати други посао у складу је са начелом сразмерности - *ultima ratio* принцип, а за разлику од других (блажих) мера за запошљавање изричито је законски прописана у готово свим правним системима.²⁰⁵⁵

У складу са јапанским моделом дугорочног запослења, који запосленима пружа висок степен сигурности посла, наилазимо на концепцијски другачији приступ.²⁰⁵⁶ Како до отказа уговора о раду долази ретко, законодавац није предвидео мере заштите од отказа, имајући у виду „доживотну“ везу која се конституише између послодавца и запосленог. Током економске рецесије јапанске привреде и кризе на тржишту рада, законодавац је ипак одлучио да обезбеди заштиту запосленима путем примене одредаба грађанског законика који забрањује злоупотребу права.²⁰⁵⁷ Ослањајући се искључиво на тај институт, јапанске судије су изводиле закључак је отказ незаконит и представља злоупотребу права ако је дат без одговарајућих консултација са синдикатима и без покушаја да се пронађе алтернативно запослење.

Примера ради, у британском праву понуда алтернативног запослења мора бити „прикладна“ за запосленог, док се за испуњеност тог критеријума узимају различити фактори у обзир.²⁰⁵⁸ Начелно посматрано, да би се посао сматрао одговарајућим, други посао не сме бити ништа мање повољан од ранијег посла у погледу локације, услова рада и статуса који је запослени уживао.²⁰⁵⁹ Такође, када се разматра испуњеност поменутог критеријума, као релевантно узима се, поред описа посла, и стварна улога запосленог, при чему послодавац

²⁰⁵³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 26.

²⁰⁵⁴ D. Mazurek, *Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz: Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren*, *op. cit.*, 100.

²⁰⁵⁵ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, *op. cit.*, 209.

²⁰⁵⁶ Toshiharu Suzuki, Takashi Araki, “A comparative analysis: corporate governance and labor and employment relations in Japan”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 22, 2000, 69.

²⁰⁵⁷ Melissa H. KIM, “All or nothing: the employment security laws of Japan and the United States”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 34, 2016, 423.

²⁰⁵⁸ Наиме, да ли је алтернативно запослење „прикладно“ зависиће од околности сваког случаја и положаја релевантних радника с тим да је потребно нарочито обратити пажњу на питања као што су зарада, место рада, радно време, вештине и способности запосленог.

²⁰⁵⁹ Примера ради, посао је прикладан иако је зарада нижа, али укључује бонус који ће покрити разлику. Интересантно је приметити да до промене статуса може доћи иако је зарада остала непромењена, па тако статус запосленог је промењен када је директору средње школе понуђено радно место у фонду за младе. Deborah J. Lockton, *Employment Law*, Fourth edition, Palgrave Macmillan, New York, 2003, 337.

доказује да је други посао на који је премештен одговарајући.²⁰⁶⁰ Понуда за премештај, која резултира анексом, може бити дата писмено или усмено, без обзира на то што је запослени претходно обавестио послодавца да није заинтересован за премештај.²⁰⁶¹ У суштини, послодавац је дужан да упити понуду запосленом, иако унапред зна његов одговор, јер се у супротном сматра да није разумно поступио током поступка отпуштања. Поред тога, запослени коме се понуди одговарајући алтернативни посао има право на четворонедељни пробни период, ако постоји разлика између ранијег и новог посла на који је премештен.²⁰⁶² Ако запослени буде отпуштен током трајања пробног рада, сматра се да је радни однос престао по првобитном основу, то јест услед настанка вишка, што му омогућава да тражи исплату отпремнине. Запослени може одбити премештај на други посао, при чему се његово поступање оцењује из угла разумности, имајући у виду утицај новог посла на приватни живот запосленог, његово здравствено стање, као и то да ли је висина зараде знатно мања или је посао привремени или хонорарни.²⁰⁶³ У случају исказивања вишкова, погодном алтернативно запослење је понуда другог посла у организацији или повезаном предузећу, са циљем да погођени запослени не буду отпуштени. Понуда за нови посао може потећи од послодавца, али и од тзв. придруженог послодавца (енг. *associated employer*).²⁰⁶⁴

На слично решење наилазимо у француском праву, где се запослени може преместити на расположиве послове код послодавца или унутар групе којој послодавац припада и који се обављају на територији Француске, с обзиром на то да социјални план мора настојати да избегне или ограничи број отпуштања, односно да олакша премештај оних запослених чији се вишак не може избећи.²⁰⁶⁵ Заправо, социјални план пре свега мора да садржи план прераспоређивања, јер би у супротном дошло до одбијања његове верификације од стране Управе за рад.²⁰⁶⁶ Другим речима, надлежни орган јавне власти не би одобрио/оверио социјални план који се из тог разлога сматра мањкавим, док би законитост отказа из економског разлога била доведена у питање. Притом, социјални план мора да садржи мере за интерно прераспоређивање запослених код послодавца или у друге компанијама исте групе односно барем сваки ентитет групе који послују у Француској.²⁰⁶⁷ Стога, интерна обавеза прераспоређивања значи да пре сваког отпуштања, послодавац мора потражити све расположиве позиције на територији Француске (и то документовати), а ако је компанија део групе, онда и у другим компанијама те групе у Француској.²⁰⁶⁸ У изузетним ситуацијама може доћи до проширења географског опсега тако да се обавеза послодавца протеже и на компаније са пословним седиштем у иностранству, ако су део транснационалне групације. Ипак, пре

²⁰⁶⁰ Marie-Laure Morin, Christine Vicens, „Redundancy, business flexibility and workers’ security: Findings of a comparative European survey“, *International Labour Review*, Vol. 140, бр. 1, 2001, 46.

²⁰⁶¹ Послодавац је дужан да осигура да запослени имају довољно времена да размисле да ли да прихвате понуду одговарајућег алтернативног запослења.

²⁰⁶² Четворонедељни пробни период постоји за сваки посао понаособ у ситуацијама када је послодавац запосленом понудио више од једног алтернативног запослења. M. L. Morin, Christine Vicens, „Redundancy, business flexibility and workers’ security: Findings of a comparative European survey“, *op. cit.*, 45.

²⁰⁶³ Ипак, његово поступање, чак и када је неразумно, не повлачи губитак права на отпремнину на основу колективних отпуштања под условом да је запослени радио код тог послодавца најмање две године (*Dutton v Hawker Siddeley Aviation Ltd* [1978] IRLR 390, EAT). Међутим, у неким земљама поред накнаде за незапослене, запослени који су проглашени вишком могу тражити и исплату посебне отпремнине. Тако, у Белгији радници погођени колективним отпуштањем имају право на посебну отпремнину у висини која је једнака половини разлике између нето зараде и износа накнаде за незапослене који радник прима до максимално 3.273,00 евра. H. Collins, *Justice in Dismissal*, *op.cit.*, 57.

²⁰⁶⁴ Наиме, два послодавца се сматрају удруженим ако је један од њих друштво које је директно или директно путем капитал учешћа или на други начин контролисано од стране другог друштва или су, пак, оба друштва зависна и под управом трећег друштва. *Ibid.*

²⁰⁶⁵ P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I: les relation individuelles de travail*, *op. cit.*, 259.

²⁰⁶⁶ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Michel, *op. cit.*, 403.

²⁰⁶⁷ Примери интерне мере прераспоређивања су буџети за обуке како би се олакшала професионална мобилност или мере за олакшавање географске мобилности, у смислу покривања трошкова селидбе или пружања финансијске подршке за пресељење, као и други видови компензације за смањење зарада.

²⁰⁶⁸ D. Grandguillot, *L’essentiel du droit du travail*, *op. cit.*, 57.

последњих законских реформи судска пракса је настојала да обавезу премештаја на друге послове широко постави тако да је отказ био незаконит сваки пут када послодавац није испитао могућност за одржавање континуитета запослења, кроз рад на другим пословима, како у земљи тако и у иностранству где је седиште повезаних привредних друштава.²⁰⁶⁹ Овакав приступ није био подржан у јавности, са позивом на недостатак прагматичности и финансијског бремена које се ставља на „плећа“ послодавца, који мора да испита све расположиве послове, прикупи релевантне информације и контактира друга предузећа која послују у оквиру групе. То, заправо, води озбиљним административним процедурама независно од тога да ли група има јединствену управу или не.

Имајући то у виду, „Макроновим законом“ из 2015. године је позиција послодавца значајно олакшана, јер је предвиђена обавеза премештаја на друге послове ако су они расположиви код послодавца или повезаног предузећа које послује у Француској, док је послодавац могао обавестити запослене о слободним пословима у иностранству само на њихов захтев.²⁰⁷⁰ Како понуде за премештај на друге послове у иностранство нису нарочито примамљиве за запослене, а изискују значајна средства (прикупљање података и извештавање о детаљима везаним за природу посла, висину зараде и друге услове рада) и одузимају драгоцено време (послодавац мора да пошаље понуду и сачека запосленог да се о њој изјасни) и ово законско решење је напуштено у корист флексибилније технике која искључује обавезу покушаја екстратериторијаног премештаја запосленог. Уз то, понуда мере за прераспоређивање се раније презентовала сваком запосленом у форми појединачног писма (персонализовано информисање) или путем саопштења листе расположивих позиција, док се данас то може чинити и путем средстава јавног информисања.²⁰⁷¹ Када је реч о дефинисању појма „групе којој припада послодавац“ напуштен је оперативни периметар изграђен у судској пракси и прихваћен унификовани приступ у светлу Француског трговачког законика, који под тим појмом подразумева повезана лица и зависна друштва.²⁰⁷² Наиме, до тада су радно и трговинско право на другачији начин одређивали тај појам, што је водило правној несигурности и створило простор за различито одлучивање у истим споровима. Из угла радног права, једино релевантно било је да ли постоји могућност размене запослених у зависности од „делатности, организације и области рада“,²⁰⁷³ док је трговинско право акценат стављало на узајамно капитал учешће и могућност стицања контроле.

Отуда, „до отпуштања из економских разлога може доћи само када су учињени сви напори за обуку запосленог и када се дотично лице не може преместити на доступна радна места, која се налазе на националној територији у компанији или другим предузећима исте групе и чија организација, делатност или место пословања обезбеђују размену целог или дела особља“.²⁰⁷⁴ Дакле, услов за премештај је постојање упражњених послова за којима постоји објективна потреба код послодавца или другог ентитета у оквиру исте групе. Уз то, послодавац може да обезбеди запосленом меру за запошљавање тако што ће створити посао за запосленог модификацијом послова другог запосленог, само под условом да тај други запослени прихвати измене свог уговора о раду.²⁰⁷⁵ Када је реч о послу који је предмет премештаја, поставља се захтев да то буде исто или идентично плаћен посао, исте или еквивалентне категорије као ранији посао које је обављао запослени. Супротно, уколико није могуће преместити запосленог на еквивалентни посао са идентичном зарадом, запослени може бити премештен

²⁰⁶⁹ M. Blatman, „Collective Dismissal in France“, *op. cit.*, 134.

²⁰⁷⁰ B. Bercusson, *European Labour Law*, *op. cit.*, 540.

²⁰⁷¹ *Ibid.*

²⁰⁷² M. Blatman, „Collective Dismissal in France“, *op. cit.*, 134.

²⁰⁷³ У предмету *Thomson Videocolor* је истакнуто да послодавац мора да предузме кораке како би унутар групе компанија пронашао расположив посао, а група компанија је описно дефинисана као група „чија делатности, организације и области рада дозвољавају пермутацију дела или свих запослених“. D. J. Lockton, *Employment Law*, *op. cit.*, 335.

²⁰⁷⁴ Француски Законик о раду, L. 1233-4.

²⁰⁷⁵ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 173.

на послове ниже категорије, уз његов изричити пристанак. Понуда мора бити прецизна и чврста, на начин да се гарантује ефикасно прераспоређивање, због чега, по оцени суда, понуда не сме бити условљена накнадном потврдом од стране менаџера или директора за управљање ресурсима у новој компанији на послу на који се запослени премешта.²⁰⁷⁶ Слично, италијански законодавац као меру за запошљавање наводи премештај на други посао истог ранга, осим ако колективним уговором није предвиђено другачије.²⁰⁷⁷ Ово решење датира од законских измена из 2015. године, које је донето у сврху задржавања запослених, с тим да је то могуће само ако запослени припадају истој групацији („плаве крагне“, „беле крагне“, „извршно особље“).²⁰⁷⁸

Када је реч о немачком праву, мере за запошљавање су оквирно одређене, при чему послодавац има обавезу да, уколико је то могуће, обезбеди континуитет запослења тако што ће понудити запосленом премештај на други посао. Штавише, делотворна имплементација мере премештаја на други посао у истом предузећу може укључивати и обавезу организовања адекватне обуке, те може водити и измени уговорених услова рада. За разлику од предоченог приступа којем се приклонио француски законодавац, у немачком праву не постоји *a priori* обавеза послодавца да запосленом понуди посао ван оквира предузећа, чак и када предузеће послује у оквиру групе.²⁰⁷⁹ Наиме, послодавац је дужан да разматра само мере за запошљавање о којима може сам одлучивати, што се може остварити једино у оквиру једног предузећа. Премда се премештај на други посао као мера за запошљавање, најпре, разматра у оквиру погона у којем је запослени радио, обавеза послодавца не ограничава се на погон, већ на предузеће у целини.²⁰⁸⁰ Исто тако се наводи да се премештај врши сходно критеријуму прихватљивости и уз поштовање начела отказног права, ако послодавац у тренутку отказа има слободно радно место које је одговарајуће. Притом, радно место је слободно ако већ постоји према унутрашњој организационој схеми послова код послодавца, а не постоји лице које обавља послове тог радног места или ће то радно место отпуштањем другог радника или на други начин бити ослобођено пре истека отказног рока.²⁰⁸¹ Богата немачка пракса указује на поштовање принципа добре вере за оцену испуњености услова који се тичу слободног радног места и услова за рад том месту које запослени мора да испуни. У том погледу се инсистира да запослени има одговарајуће образовање, радно искуство и способности, како би радне задатке извршавао без потешкоћа након протекла времена прилагођавања а да се притом не мења уговор о раду, будући да немачко право посебно издваја измене уговора о раду као средство за спречавање отказа, уз преквалификацију и доквалификацију запосленог као њен пратећи елемент.²⁰⁸²

У већини држава не постоји општа обавеза премештаја на друге послове у оквиру програма решавања вишкова запослених, него се прави разлика између малих и великих послодавца, тако да су мали послодавци искључени из примене ових правила. Примера ради, у Словенији се прави разлика између запослених који раде минимални период то јест краће од шест месеци и којима послодавац није обавезан да понуди ново запошљавање под измењеним условима.²⁰⁸³ Од земаља у окружењу концепцијски другачији приступ примењује српско право још од периода социјализма, у смислу постављања додатних услова покушаја премештаја

²⁰⁷⁶ Б. Живковић, „Вишак запослених и критеријуми“, *Радно и социјално право*, *op. cit.*, 239.

²⁰⁷⁷ Jean-Pierre Laborde, Jacques Rojot, *Labour law and industrial relations in France*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011, 156.

²⁰⁷⁸ Carlo Bruni, „Collective redundancies in Italy“, 2. Доступно на: <https://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2016/05/BOOK-collective-dismissal-2.pdf>

²⁰⁷⁹ Како се обавеза запошљавања оцењује не само у односу на предузеће, него и у односу на послодавца у целини, отвара се питање да ли се то односи на концерн - класичан немачки тип пословне групе. Према резонувању немачких судова таква обавеза начелно не постоји осим изузетно уз аргумент да је предузеће у саставном делу групе правно независно. D. Mazurek, *Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz: Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren*, *op. cit.*, 99.

²⁰⁸⁰ *Ibid.*

²⁰⁸¹ П. Јовановић, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *op. cit.*, 51.

²⁰⁸² С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, *op. cit.*, 249.

²⁰⁸³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 285.

запосленог на друге послове након што је наступило смањење или укидање послова из разлога економске, организационе и технолошке природе. Тачније, у Закону о радним односима из 1996. године је била прописана веза послодавца да у складу са програмом који доноси управни одбор, по претходно прибављеном мишљењу синдиката, запосленом за чијим радним место је престала потреба обезбеди распоређивање на друго радно место које одговара његовој стручној спреми одређене врсте занимања за рад са пуним или непуним радним временом код истог послодавца.²⁰⁸⁴ Такође, важећи Закон о раду предвиђа да је послодавац дужан да пре доношења програма, у сарадњи са репрезентативним синдикатом код послодавца и републичком организацијом надлежном за запошљавање, предузме одговарајуће мере за ново запошљавање вишка запослених.²⁰⁸⁵ Када је реч о програму за решавање вишка запослених наводи се да програм нарочито садржи мере за запошљавање, међу којима, и премештај на друге послове. Стога, дошло је до неслагања у теорији како тумачити законску формулацију, која је крајња непрецизна будући, да не даје јасан одговор на питање да ли степен стручне спреме наведен у уговору о раду треба да кореспондира квалификацијама потребним за рад на новом послу на који се запослени премешта. То се, најпре, односи на понуду за премештај на посао за који се захтева виши ниво образовних и стручних квалификација, односно на понуду посла испод квалификација конкретног запосленог, јер је рад на пословима за које запослени не испуњава услове незаконит. Такође, то је важно напоменути и због чињенице да су у нашем праву преквалификација и доквалификација предвиђене као посебне мере за запошљавање. Дакле, законска норма не упућује на захтев да други посао буде „одговарајући“ што води дилеми да ли је пред нама још један номотехнички пропуст, те да ли је он могао бити отклоњен имајући у виду број измена који је Закон о раду претрпео да сада, као и то колико тај исти закон броји година. Наиме, Закон о раду важи 19 година и у том периоду није дошло до иницијативе да се поменути пропуст отклони. Иако би деценијска инертност ка занемаривању карактера који послу треба да се придода, те законски концепт приоритета запослења у односу на вишак запослених, дала поводе за сумње да је у питању пропуст, по мишљењу Министарства за рад ипак је о томе реч.²⁰⁸⁶ Ово из разлога што је такво поимање ствари једино исправно и прихватљиво са аспекта заштитних норми, радних стандарда и гаранција права на рад. Уз то, законодавац је премештај на друге послове као меру запошљавања поставио као императив за обе стране, јер је послодавац у складу са својим могућностима дужан да је обезбеди, а запослени у оквирима права на рад дужан да је прихвати, под претњом губитка права на отпремнину. Другачије решење би било у супротности са осталим одредбама и водило би личној и професионалној деградацији запослених. Отуда, постојање ове врсте недоречености значи апел за хитну интервенцију и измену члана Закона који уређује ово питање на начин да се прецизира појам другог посла додавањем епитета „одговарајући“.²⁰⁸⁷

3.3. Упућивање запосленог на рад код другог послодавца као мера запошљавања

У већини правних система, послодавац може у програму решавања вишка запослених предвидети као меру упућивање запосленог на рад код другог послодавца. Када услед укидања или смањења обима посла није могуће рационално распоређивање запослених у одређеној радној средини ради очувања запослења може се прибећи упућивању запослених на рад код другог послодавца. Овај правни институт обележава доследна примена начела трипартизма као форме консензуалног суделовања и сарадње између аутономних социјалних партнера и јавне власти, јер се уговор о преузимању запослених закључује између послодавца који има „вишак“ радне снаге и послодавца који исказује потребу за „појачаном (додатном)“ радном

²⁰⁸⁴ Закон о радним односима (1996), чл. 26-32.

²⁰⁸⁵ Закон о раду, чл. 154.

²⁰⁸⁶ Мишљење министарства рада, бр. 011-00-76/2003-02.

²⁰⁸⁷ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 89.

снагом услед недостатка обучених кадрова, уз посредовање националне службе за запошљавање.²⁰⁸⁸

Како се, с правом закључује, у ситуацији када се утврди постојање запослених који су „вишак“, рађа се право погођених запослених да применом објективног критеријума буду упућени на рад код другог послодавца, не би ли се ван предузећа распоредили на слободне послове.²⁰⁸⁹ Притом, прибегавање овај мери је секундарно и условљено претходним покушајем распоређивања на доступним пословима код матичног послодавца. Стабилност уговора о раду носи примат, због чега се упућивању на рад код другог послодавца прибегава тек ако је премештај на друге послове код истог послодавца неприменљив у конкретном случају, будући да је реч о облигацији средства која обавезује само у мери у којој је њена реализација могућа и пропорционална средствима којима располаже матични послодавац. Када то није случај социјална компонента права запослених који су „вишак“ биће проткана заснивањем новог радног односа код другог послодавца.²⁰⁹⁰

Ипак, констатација да закључење анекса због премештаја на други посао мора имати предност у односу на упућивање на рад код другог послодавца постаје проблематична у случају постојања споразума о „преузимању“ запослених између предузећа или оснивања посебних предузећа за подстицање запошљавања. Тако се у циљу јачања одговорности послодавца за властито пословање и изградње веће сарадње између пословних субјеката у немачком праву развија концепт „сурогат послодавца“ односно трансфер компаније (*Transfergesellschaft*) у којој отпуштени радници добијају алтернативно запослење.²⁰⁹¹ Важно је напоменути да је и код интерног премештаја и код трајног упућивања запосленог на рад код другог послодавца искључена могућност имплементације клаузуле о пробном раду у текст анекса, односно у уговор о раду на одређено време. Премда то послодавци неретко чине са циљем отказивања уговора о раду по поједностављеној процедури у случају да запослени не задовољи очекивања новог послодавца код кога је упућен на рад у оквиру мера за запошљавање.

Рад код другог послодавца као мера запошљавања у српском праву, због своје специфичности и лаконске регулативе, изазива бројне недоумице и опречна тумачења. Уочавају се озбиљни пропусти у уређивању овог изузетно важног института због чега је приметно лутање судова по бројним питањима. Премда је реч о мери запошљавања која може користити запосленима, јер им упркос смањењу и укидању послова код послодавца омогућава да остану присутни на тржишту рада и радноактивни, нажалост, у пракси то није случај.²⁰⁹² Разлог за такво неповољно стање ствари налази се у низу материјалних и процедуралних пропуста законодавца, који није до краја уредио начин имплементације ове мере. Наиме, једино се помиње да је упућивање на рад код другог послодавца могућа мера за запошљавање у поступку исказивања вишкова и да се она реализује упућивањем понуде запосленом за закључење анекса уговора о раду.²⁰⁹³ Такође, наводи се да је последица одбијања закључења анекса уговора по том основу у ствари губитак права на отпремнину, што је неприхватљиво решење.²⁰⁹⁴

Материјалне замерке на рачун законске регулативе су да уопште није прописано који се послови код новог послодавца могу нудити и под којим условима, односно да ли морају бити одговарајући имајући у виду стручне квалификације запосленог. Дилема постоји и да ли је достављање уговора о раду са новим послодавцем услов законитости понуде таквог анекса,

²⁰⁸⁸ Erika Szyszczak, *EC Labour Law*, Pearson Education Limited, Harlow, Essex, 2000, 111; H. Collins, K. D. Ewing, A. McColgan, *Labour law*, op. cit., 865.

²⁰⁸⁹ Љ. Ковачевић, Ваљани разлози за отказ, op. cit., 472.

²⁰⁹⁰ D. Mazurek, *Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz: Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren*, op. cit., 103.

²⁰⁹¹ С. Димитријевић, „Измена уговора о раду“, op. cit., 251.

²⁰⁹² А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, op. cit., 89.

²⁰⁹³ Закон о раду, чл. 171.

²⁰⁹⁴ Закон о раду, чл. 158.

у смислу гаранције да ће мера заиста бити обезбеђена на начин на који је договорено. Додатно, поставља се питање да ли је услов законитости ове мере запошљавања да радни однос код другог послодавца буде на неодређено време, како то познају неки правни системи.²⁰⁹⁵ Применом аналогije са другим радноправним институтима који су законски детаљније уређени и решењима у идентичним правним ситуацијама, уз максимално уважавање принципа *in favorem laboratoris* долази се до закључка да се 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.²⁰⁹⁶ До оваквог одговора се долази пресликавањем правила које важи у ситуацијама када се запослени премешта на други посао код истог послодавца, при чему не долази до задржавања стечених права остварених на ранијем послу, укључујући и основно право из радног односа, то јест зараду. У прилог томе говори и чињеница да се висина зараде код привременог упућивања на рад код послодавца одређује уговором о раду или колективним уговором о раду код новог послодавца што значи да може бити утврђена у другачијем износу. Што се тиче законитости понуде неопходно је да уговор о раду потписан од стране новог послодавца буде прилог понуде за реализацију мере, како би се обезбедиле неопходне гаранције заштите запослених. Штавише, уговор о раду се аутоматски активира потписивањем од стране запосленог и његовим ступањем на рад, чиме се осигурава континуитет примања којима се обезбеђују неопходна средства за живот.²⁰⁹⁷ Такође, треба сматрати да је законитост понуде условљена понудом закључења уговора о раду на неодређено време код другог послодавца, јер би свако другачије резонување водило дисконтинуитету радног односа и било би у супротности са сврхом ове мере. Да суштина упућивања на рад код другог послодавца није привремено радно ангажовање потврђује и Врховни касациони суд, у одлуци у којој наводи да се реализација ове мере запошљавања, у ствари, везује за моменат када запослени заснује радни однос код послодавца.²⁰⁹⁸ Премда се то може двојако тумачити, будући да радни однос може бити заснован како на неодређено, тако и на одређено време, закључак би требало извести узимајући у обзир основна начела, попут начела погодности за запослене. У супротном, поставља се питање шта се дешава у ситуацији када истекне период упућивања, а код матичног послодавца и даље не постоји потреба за радом тог запосленог. Додатно, како на правни начин решити ситуацију у којој до примене уговора о раду не долази из разлога који се не могу приписати новом послодавцу у кривицу. Поједини аутори наводе да, ако послодавац уз понуду за закључење анекса достави послодавцу уговор о раду потписан од стране новог послодавца и запослени прихвати понуду, али до заснивања радног односа не дође кривицом запосленог, треба сматрати да је послодавац обезбедио меру запошљавања, као и да су се закључењем анекса стекли услови за престанак радног односа, без обзира што није дошло до реализације те мере.²⁰⁹⁹

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 на то да је нови послодавац треће лице у радном односу, а затим и то шта треба да чини садржину анекса уговора о раду, то јест да ли услови рада код трећег лица над којим послодавац нема контролу, или клаузула о споразумном раскиду уговора о раду,²¹⁰⁰ или нешто треће? Коначно, какво је правно дејство прихвата понуде и по ком правном основу запосленом престаје радни однос код примарног послодавца. Логичким тумачењем изводи се закључак да је понуда за обезбеђење мера, у ствари, предлог за споразумни раскид уговора о раду, уз упозорење да ће, ако запослени не прихвати споразум, послодавац отказати

²⁰⁹⁵ *Ibid.*

²⁰⁹⁶ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 291.

²⁰⁹⁷ Н. Collins, К. D. Ewing, А. McColgan, *Labour law*, *op. cit.*, 865.

²⁰⁹⁸ Врховни касациони суд Рев2 91/2015 од 08.07.2015. године.

²⁰⁹⁹ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 292.

²¹⁰⁰ У неколико предмета се Врховни суд определио за ово становиште. Рев2 280/2015 од 08.10.2015. године и Рев2 1547/2014 од 22.04.2015. године.

уговор о раду.²¹⁰¹ Такође, анекс истовремено представља документ којим се манифестује споразумни раскид уговора о раду и мора да садржи све елементе који су законом прописани као обавезни за његову правну ваљаност, као и обавештење о поступку заснивања радног односа код новог послодавца. Радни однос запосленог престаје споразумно, на основу анекса који је по својој природи споразум о раскиду, након чега се деклараторним решењем утврђује наведено. Други правни основ по којем престаје радни однос запосленом код примарног послодавца није могуће наћи у Закону о раду. Додуше, постоје и другачија становишта у стручној литератури попут мишљења да се у овом случају запосленом не доставља анекс, те да радни однос у ствари престаје решењем о отказу.²¹⁰²

У сваком случају, неопходно је отклонити недоумице и јасно регулисати ову меру запошљавања која је у широкој употреби. Штавише, упућивању на рад код другог послодавца се неретко прибегава као средству за заобилажење исплате отпремнине. Поред тога, ова мера је изразито неповољна по запослене и из разлога што су услови рада код другог послодавца углавном лошији, а запослени су под претњом отказа пристали на те неизвесне услове. Наиме, рад код другог послодавца, свакако, повлачи ниже зараде, рад под руководством нове управе и другачију пословну културу што додатно отежава положај запослених. Отуда, неопходно је да законодавац приступи ближе дефинисању ове мере запошљавања како би се обезбедили правични услови рада и спречиле могуће злоупотребе.²¹⁰³

На овом месту ваља поменути случај који се нашао пред Врховним касационим судом, а тиче се вишка запослених и примене мере упућивања на рад код другог послодавца. Наиме, послодавац је изменио правилник о организацији и систематизацији послова, којим је у целости укинуо један организациони део (службу) и на темељу тих околности утврдио „вишак“ запослених, које је на основу анекса упутио на рад код другог послодавца са којим је закључио уговор о преузимању. Но, након брисања радних места и доношења програма којим је реализована мера, примарни послодавац је отказао запосленима уговор о раду. Према оцени Суда, анекс уговора о раду и решење о отказу су незаконити, јер доношење овакве мере решавања вишка запослених не представља самостални разлог за престанак радног односа. Штавише, Суд наводи да је за ваљани отказ неопходно да послодавац утврди постојање оправданог разлога који у овом случају недостаје, те да запосленом исплати отпремнину, што, такође, није учињено. Додатну конфузију изазива чл. 155 Закон о раду, у којем су наведене мере за запошљавање и посебна мера рад код другог послодавца, без даљег прецизирања да ли је реч о упућивању на рад код другог послодавца у смислу чл. 174 истог закона. Уочава се да Врховни касациони суд крајње екстензивно тумачи обе поменуте одредбе Закона, при чему се поставља и питање да ли мера упућивања запосленог који је технолошки вишак на рад код другог послодавца, уколико је реч о упућивању на одређено време, одговара циљу мера за запошљавање.²¹⁰⁴ Правној несигурности додатно доприноси чињеница да је Врховни касациони суд месец дана касније, у предмету са битно истим чињеничним и правним стањем, заузео другачији став.²¹⁰⁵ Суд је потврдио одлуку нижестепеног суда који је нашао да су анекс уговора о раду и решење о отказу законити из више разлога. Прво, дискреционо је право послодавца коју ће меру запошљавања применити, док је запослени закључењем предметног

²¹⁰¹ А. Лазареви, *Измене уговора о раду - кључна правна питања*, *op. cit.* 91.

²¹⁰² С. Димитријевић, „*Измена уговора о раду*“, *op. cit.*, 251.

²¹⁰³ Као илустративни пример може послужити случај где је послодавац у програму решавања вишка запослених предвидео као меру запошљавања рад код другог послодавца и, по том основу, отказао уговор о раду, ускраћујући на тај начин запосленима право на отпремнину. У изреци садржаној у пресуди се констатује да погрешно навођење правног основа престанка радног односа не утиче на губитак права на отпремнину, без изјашњавања о томе који би правни основ требало да постоји да одлука послодавца буде ваљана. Пресуде Врховног касационог суда Рев2 280/15 од 08.10.2015. године и Рев2 1547/2014 од 22.04.2015. године.

²¹⁰⁴ Са тим у вези, а сходно Мишљењу Министарства рада и социјалне политике бр. 117-00-466/2011-02 од 15.08.2011. године, послодавац запосленог може прогласити вишком само ако је потреба за радом запосленог трајно престала, а у случају да је потреба за радом запосленог привремено престала, запослени може да буде привремено упућен на рад код другог послодавца на одговарајући посао.

²¹⁰⁵ Пресуда Рев2 1188/2015 од дана 13.04.2016. године.

анекса прихватио премештај код другог послодавца. Друго, у конкретном случају послодавац није у обавези да запосленом исплати отпремнину, јер је то новчана накнада која се обезбеђује када дође до губитка зараде услед престанка потребе за радом конкретног запосленог. Штавише, смисао отпремнине је да се у случају губитка посла запосленом пружи финансијска подршка до проналазак новог запослења, што није прихватљиво када се запослени упућује на рад код другог послодавца, будући да нема међураздобља који се отпремнином покрива.²¹⁰⁶ С обзиром на све претходно наведено остаје да се види да ли ће будућа судска пракса по предметном питању бити стриктна и усклађена, те да ли ће одговарајућим изменама Закона о раду бити конституисане на јасан и транспарентан начин обавезе послодавца и опције које му стоје на располагању приликом решавања проблема „вишкова“, што ће засигурно допринети и бољој заштити права запослених.

3.4. Преквалификација и доквалификација запосленог као мера запошљавања

У динамичном пословном окружењу које се стално мења, преквалификација и доквалификација запослених постали су кључни концепти за одржавање конкурентности. Ови процеси не само да помажу послодавцима да оптимизују своје ресурсе, већ и доприносе развоју запослених, побољшавајући развој њихове каријере и професионалне перспективе. Преквалификација подразумева стицање нових вештина или знања за обављање различитих послова у оквиру исте гране индустрије или у новим секторима. Овај процес је нарочито важан у условима технолошких иновација и промењених потреба на тржишту рада. Примера ради, запослени који раде у традиционалној индустрији могу се преквалификовати за рад у области информационих технологија, што им омогућава да остану конкурентни. Доквалификација се односи на усавршавање и продубљивање постојећих знања и вештина што може укључивати специјализацију у одређеној области или стицање додатних квалификација. У том смислу, доквалификација је важна за одржавање стручности у специјализованим областима и за унапређење каријере. Преквалификација и доквалификација запослених су од суштинског значаја у савременом пословном окружењу из разлога што не само да помажу у развоју индивидуалних каријера, већ доприносе и расту предузећа. Иако се суочавају с различитим изазовима, проактивни приступ и подршка послодавца могу значајно побољшати у успех ових иницијатива, што је потврђено у Европском оквирном споразуму о дигитализацији.²¹⁰⁷ Циљ заједничке акције је да се спрече или минимизују негативне последице отпуштања, кроз интерни или екстерни премештаја запослених, а путем унапређења запошљивости радника, што се свакако може довести у везу и са постојећим мерама за решавања вишка запослених. То значи да технологија која доводи до вишкова, треба да буде коришћена за развој програма за преквалификацију и доквалификацију радника.²¹⁰⁸

Обука запослених код послодавца (екстерни или интерни курсеви, праксе, конференције, теоријска настава, вежбе итд.) или наставак стручног усавршавања ван предузећа омогућава запосленима да задрже посао и стекну нове вештине када су наступиле организационе и технолошке промене које то изискују. То је један ефикасан начин на који се може избећи отказ, због чега је преквалификација и доквалификација изричито предвиђена као мера за запошљавање у готово свим правним системима. У домаћем праву је ова мера предвиђена само као могућност, док је у већини европских држава послодавац обавезан да предузме све мере да задржи запосленог на раду (премештај на други посао), укључујући и

²¹⁰⁶ C. Barnard, *EU employment law*, op. cit., 639.

²¹⁰⁷ BusinessEurope, SMEunited, CEEP and the ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/CEC), *European social partners framework agreement on digitalization*, 2020.

²¹⁰⁸ Љ. Ковачевић, „Дигитализација и аутоматизација рада као предмет колективног преговарња“, op. cit., (у штампи).

посебну меру обуке.²¹⁰⁹ Заиста, отпуштање запосленог из економских разлога може се догодити само када су учињени сви напори за обуку и адаптацију и када се не може извршити рекласификација дотичне особе на расположива радна места. Међутим, ова обавеза не значи да послодавац мора да обезбеди почетну обуку како би запослени „заузели“ радно место које им се нуди, већ искључиво додатну обуку која би им омогућила преквалификацију.²¹¹⁰ Тако, француски законодавац изричито прописује да у случају отказа из економског разлога послодавац мора понудити запосленима додатну обуку, како би попунио расположива радна места. То значи да је отказ лишен стварног и озбиљног разлога ако послодавац не докаже да радна места која су била слободна у предузећу тренутку отпуштања нису била прилагођена вештина и способностима запосленог ни уз додатну обуку која је обезбеђена.²¹¹¹ Занимљиво је објашњење законских норми које је дао Касациони суд у побијаној пресуди из 1989. године, када је закључено да је нижи суд прекршио одредбе закона када је запосленој која је отпуштена због укидања радног места досудио исплату накнаде за незапослене. Тадашњи члан L. 321-5 Законика о раду није предвиђао санкције у случају када послодавац запосленом чије радно место се укида није понудио уговор о конверзији. Наиме, чињеница да послодавац не предлаже уговор о конверзији може бити само формална неправилност која даје право запосленом на накнаду једномесечне зараде, када је отказ основан.²¹¹² Но, како је послодавац дужан да уговор изврши у „доброј вери“, он мора запосленом омогућити додатно професионално образовање.²¹¹³ Отуда се неуспех мере преквалификације види у томе што је реч о добровољној мери која може бити предузета од стране предузећа уградњом у социјалним план и у договору са Националним фондом за запошљавање, који узима мањи удео у трошковима ефективне реализације те мере.

Законским реформама спроведеним у Француској, након дугогодишњих дебата уведен је уговор о конверзији као нови тип уговора којим се дефинишу реципрочна права и обавезе запослених и послодаваца.²¹¹⁴ Наиме, у случају отказа уводи се обавеза за послодавца да исплати раднику накнаду, која није зарада, у износу од најмање 65% његове претходне бруто зараде у периоду од четири месеца. С друге стране, обавезе запосленог су дефинисане уговором о конверзији закљученим са предузећем (учешће у програмима евалуације и оријентације, активне обуке, прихватање предложених понуда за посао и сл.).²¹¹⁵ Овај систем заштите запослених кроз уговор о конверзији настао је дан након укидања административног овлашћења за отпуштање (Закон од 3. јула 1986. године) и представљао је својеврсни друштвени пандан већем маневарском простору који је остављен компанијама.²¹¹⁶ Штавише, тадашња влада је упутила социјалним партнерима захтев да дефинишу нове поступке отпуштања и активне мере запошљавања које треба да их прате, у смислу коришћења

²¹⁰⁹ У одсуству законске кодификације аустријска судска пракса је дала велики допринос у формирању ове мере.

²¹¹⁰ P. Lokiec, *Droit du travail, Tome I: les relation individuelles de travail, op. cit.*, 258. У одлуци француског Касационог суда послодавац је пропустио да изврши своју обавезу да пружи додатну обуку запосленима, јер је током отпуштања неоправдано претпоставио немогућност њиховог прилагођавања новој техници штампе која се примењује у предузећу, а да претходно није извршио процену њихових вештина. Soc. 6 decembre 2007, no. 06-43346

²¹¹¹ H. Collins, K. D. Ewing, A. McColgan, *Labour law, op. cit.*, 865.

²¹¹² Cass. soc. du 25.2.92, n° 89-41.634.

²¹¹³ Наиме, у оквиру мере образовне преквалификације обезбеђује се континуирано образовање или стручно усавршавање, које се одвија искључиво у стручној школи или специјализованој стручној школи.

²¹¹⁴ Након неуспеха међупрофесионалних преговора, Рафаренова влада је покушала да помири супростављене интереса и ублажи последице економског отпуштања успостављањем нових социјалних права за запослене. После двадесет година обележених делимичном афирмацијом права запослених на преквалификацију, чини се да је неопходно вратити се на место ових мера у подршци реструктурирању како би се проценио степен ефективне заштите коју је та мера пружала запосленима. Од непроцењивог је значаја одредити коме треба поверити одговорност за преквалификацију запослених у случају отказа из економског разлога, компанијама или држави. Carole Tuchsirer, „Le reclassement des salariés licenciés pour motif économique : responsabilité sociale de l'entreprise ou de la collectivité publique?“, *La Revue de l'Ires*, бр. 47, 2005, 157.

²¹¹⁵ *Ibid.*

²¹¹⁶ *Ibid.*, 167.

погодности које уговор о конверзији нуди за све запослене који су отпуштени из економских разлога, без обзира на величину предузећа и обим отпуштања. То је била прва велика новина које се тичала уговора о конверзији у погледу области његове примене и чињеница да отпуштање малог броја запослених која не подлежу захтевима социјалног плана, попримају обавезујућу ноту, у контексту тог уговора, који мора бити предложен за свако отпуштање мање од 10 запослених у предузећу са мање од 50 запослених. Негативна страна је што уговор о конверзији нису могла да закључе лица старија од 56 година и два месеца, из разлога што би њихова преквалификација била тешко изводљива.²¹¹⁷

Кроз имплементацију политике управљања ресурсима окренутом у будућност и у циљу избегавања или смањивања броја запослених којима прети отказ учињени су одређени кораци. Кроз садржај социјалног плана, јавна власт је 90-их године настојала да покрене компаније да се више укључе у олакшавању професионалне мобилности запослених. Отуда, дизајниран је да буде део ширег система усмереног ка развоју вештина запослених, док је израда и имплементација социјалног плана поверена компанијама.²¹¹⁸ Закон Aubry из 1993. године, који се односио на отпуштања у привреди прецизирао је да је „отпуштање ништаво све док послодавац не приложи план за преквалификацију запослених који се интегришу у социјални план“.²¹¹⁹ План за преквалификацију запослених мора да предвиди и друге мере, а не да буде израђен на пуком преписивању одредаба које према закону мора да садржи уговор о конверзији, као што су мере интерне и екстерне мобилности, активне обуке и преквалификација, као и мере за скраћивање или прилагођавање трајања радног времена.²¹²⁰ Оно што је важно напоменути је и настојање да се систем прошири тако да превазиђе бинарну поделу на запослене и незапослене, тако да систем буде доступан свима под истим условима и да се превентивно делује, те да се у складу са осмишљеним планом током професионалног образовања запослени задржи на раду уз задржавање дела зараде.

Поред тога, инсистира се на персонализованом приступу у примени мере преквалификације, што значи обавезу за послодавца који припада групи да обезбеди обуку ван предузећа како би запослени био оспособљен да обавља послове који му могу бити обезбеђени као мера за запошљавање. У предмету који се нашао пред француским Касационим судом предузеће које обавља делатност међуградског превоза путника вршило је реструктурирање из економских разлога, услед чега је дошло до отпуштања неколико запослених међу којима је осам возача оспоравало легитимност отказа. Како је у одлуци наведено, „послодавац је требало да у писмима у којима се тражи преквалификација у оквиру компанија која су део групе пружи конкретне податке о профилу запослених на елиминисаним радним местима, посебно у вези са њиховим годинама, обуком, искуством, квалификацијама и радним стажом“.²¹²¹ Ово из разлога што су радна места која захтевају поседовање возачке дозволе Д категорије била доступна у оквиру подружнице групе. Такође, морају се понудити само позиције које су компатибилне са квалификацијама запосленог, што је послодавац требало да испита.²¹²² У другом предмету, послодавац је, с правом, тврдио да не може пренети на предузећа из групе одговорност испитивања усклађености расположивих радних места са

²¹¹⁷ Љ. 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“, *op. cit.*, 502.

²¹¹⁸ C. Tuchsirer, „Le reclassement des salariés licenciés pour motif économique : responsabilité sociale de l'entreprise ou de la collectivité publique?“, *op. cit.*, 160.

²¹¹⁹ *Ibid.*

²¹²⁰ M. Blatman, „Collective Dismissal in France“, *op. cit.*, 134.

²¹²¹ Cass. soc. 17-3-2021 n° 19-11.114. Такође, отаказ није ваљан ако послодавац једноставно пошаље циркуларно писмо, без детаља, компанијама које чине део групе (Cass. soc. 13-2-2008 n° 06-44.984 F-D ; Cass. soc. 23-3-2011 n° 09-71.599 F-D), али је довољно персонализовано уколико се овим циркуларним писмом назначи име и презиме запослених, њихова квалификација и природа посла који обављају (Cass. soc. 22-10-2014 n° 13-20.403 FS-PB : RJS 1/15 n° 13). Ипак, у недавној, али необјављеној одлуци истог суда сматра се претераним од послодавца захтевати детаље о прошлости и искуству сваког запосленог (Cass. soc. 1-7-2020 n° 18-24.608 F-D).

²¹²² Исти закључак заузет је и у другим предметима. Вид. Cass. soc. 19-11-2008 n° 07-44.416 F-D : RJS 2/09 n° 158.

профилом запослених чије је отпуштање било предвиђено.²¹²³ У суштини, обавеза да обезбеди адаптирање запослених пословима које обављају, кроз праћење њихових способности за одржањем тих послова, посебно са развојног аспекта пада само на њега, али не и на остала предузећа у групи. С друге стране, обавеза преквалификације запослених се може проширити на радно место које захтева додатну обуку запослених, али не и на радно место које захтева пружање дуготрајне или квалификационе обуке.²¹²⁴ Поред тога, претерани је терет наметнути послодавцу обавезу да обезбеди запосленом обуку којим стиче нову квалификацију коју му омогућава рад на послу више категорије.²¹²⁵ Исто важи и за обуку која траје дужи од редовне обуке, што аутоматски повлачи веће издатке за послодавца који могу бити неразумни односно штетни за послодавца. На готово идентично решење наилазимо у хрватском праву где се очекује да послодавац предузме све оно што се од њега може разумно очекивати, узимајући у обзир све околности. Како се истиче, међу хрватским ауторима, ова обавеза послодавца је релативизована, с обзиром на то да се не намеће послодавцу као императив, већ се активира само када је то оправдано и објективно могуће због чега послодавац увек може ваљано побијати тужбу за незаконити отказ навођењем околности које су утицале на немогућност пружања обуке.²¹²⁶

С друге стране, немачка јуриспруденција, у складу са начелом сразмерности, инсистира на претпоставкама које морају бити испуњене како би остваривање овог права било могуће у пракси, а тиче се стварних могућности за примену ове мере која је прихватљива за послодавца који након додатне обуке може запосленом да понуди посао у предузећу, као и то да је мера прихваћена од стране запосленог, што је један од ретких услова који се поставља посматрано из компаративне перспективе.²¹²⁷ Но, критеријуми нису до краја разрађени, те се прихватљивост мера оцењује од случаја до случаја. Тако, стручно оспособљавање се сматра прихватљивим ако постоје образовне установе или је предавање могуће организовати унутар погона, а имајући у виду величину и економски положај погона. Затим, релевантан је и број запослених који већ поседују потребне квалификације које запослени тек треба да стекне, као и расположеност запосленог да узме удео у трошковима властитог образовања, чиме мера постаје прихватљивија из угла послодавца. Коначно, запослени ради за послодавца довољно дуго и према прогнозама, наставиће да ради и у будућности чиме се трошкови преквалификације испате јер представљају улагања у будући развој. Правна теорија овим критеријумима додаје и уговорни однос у целини, што конкретно значи дужину трајања уговора, врсту посла, међусобан однос запосленог и послодавца и успешност раније сарадње. Као што је раније поменуто, неопходно је и да постоји радно место истог ранга, које се може понудити запосленом по окончању обуке, јер би у супротном преквалификација, као мера, изгубила смисао. Сходно томе, ваљан је отказ уговора о раду 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 квалификацијама.²¹²⁸

Историјски посматрано, домаће право је у периоду самоуправљања ограничавало право запослених на стручно оспособљавање након достизања одређене животне доби, када, по правилу, опада физичка и психичка снага и мотивисаност за професионални развој и напредак. Тако, ради распоређивања или заснивања радног односа на неодређено време код другог послодавца, послодавац је могао, мушкарцима млађим од 50 година и женама млађим од 45

²¹²³ Cass. soc. 27-5-2009 n° 07-44.022 F-D ; Cass. soc. 13-1-2010 n° 08-15.676 FS-PB.

²¹²⁴ Cass. soc. 3-4-2001 n° 99-42.188 FS-PB : RJS 6/01 n° 731; Cass. soc. 2-7-2014 n° 13-13.876 FS-PB : RJS 10/14 n° 672.

²¹²⁵ Soc. 17 mai 2006, no. 04-43022.

²¹²⁶ Željko Potočnjak, „Prestanak ugovora o radu“, u: Željko Potočnjak (ur.), *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007, 398.

²¹²⁷ S. Laleta, *Prestanak ugovora o radu*, op. cit., 200.

²¹²⁸ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, op. cit., 187.

година да обезбеди посебне курсеве ради преоријентације или доквалификације.²¹²⁹ То се спроводило у сарадњи са организацијом за запошљавање, која је, заједно са послодавцем, покривала трошкове обуке. Поред тога, током трајања течајева за стицање нових знања и вештина, запослени су имали право на накнаду зараде у висини зараде коју би остваривали на радном месту на којем су били распоређени, а за које нису имали потребна знања и вештине. Ово решење је напуштено, тако да се у случају укидања радних места (али не и смањења броја извршилаца на истом радном месту) због процеса реорганизације послодавца, накнада зараде одређује према заради за упоредиво радно место (упоредив рад једнаке вредности).²¹³⁰ Право на накнаду зараде не траје само током периода обуке и стручног оспособљавања, него наставља да фигурира све док се запосленом не обезбеди радно место или неко друго право. По завршетку стручног оспособљавања, преквалификације или доквалификације, запослени наставља да ради код истог послодавца на радном месту за које је стекао знања и вештине, или се упућује на рад код другог послодавца, ако такво радно место код матичног послодавца не постоји или није слободно. У потоњем случају се преузимање врши на основу споразума (уговора о преузимању) између матичног и новог послодавца и не тражи се сагласност запосленог, јер се полази од тога да је његов пристанак унапред дат, када је прихватио меру (пре)доквалификације. Похвално је то што се више не постављају старосна ограничења која су у основи предрасуде које воде старосној дискриминацији, тако да сваки запослени може користити меру преквалификације и доквалификације ради наставка рада код истог или упућивања на рад код другог послодавца.²¹³¹ Из свега наведеног следи да мера преквалификације и доквалификације стоји у нераскидивој вези са начелом трипартизма, као основним начелом радног права које подразумева активно учешће и суделовање релевантних институција тржишта рада. Особито важно место, поред послодавца, заузима и организација за запошљавање које пружа образовну, организациону и финансијску подршку у спровођењу програма оспособљавања за рад на одређеним пословима код послодавца или другог привредног субјекта код којег се запослени упућује на рад.²¹³² Коначно, преквалификација као оспособљавање за рад у другој струци и доквалификација, као стицање вишег степена стручне спреме у оквиру исте струке, представљају мере за запошљавање које се састоје у различитим врстама теоријске и практичне обуке, које запосленима обезбеђују стицање нових знања и вештина, као и формалних квалификација, које их чине видљивијим на тржишту рада јер повећавају њихову професионалну компетентност.

Немачки законодавац 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 када то укључује потребу за преквалификацијом, доквалификацијом или изменом уговорених услова рада.²¹³³ У информативној белешци која се доставља радничком савету, послодавац мора да докаже да је анализирао сваку алтернативу да заштити запослене и задржи на рад (скраћење радног времена, престанак уговора на одређено време и уговора о привременим и повременим пословима, итд.). С тим у вези, ако није пронађена интерна позиција за прераспоређивање или није прихваћена од стране запослених, послодавац их може учинити технолошким вишком након што се исцрпе и све мере екстерног прераспоређивања.

Интересантно је приметити да се у аустријском праву не користи формулација отказ из економских разлога, него отказ из оперативних разлога или других пословних потреба, при чему суд у случају спора испитује да ли је отказ заиста био неопходан или је било могуће

²¹²⁹ *Ibid.*

²¹³⁰ Б. А. Лубарда, *Радно право – Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, *op. cit.*, 583.

²¹³¹ П. Јовановић, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *op. cit.*, 51.

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 182.

преместити радника на друго радно место.²¹³⁴ С друге стране, холандско право даје органима власти овлашћење да утврде да ли су испуњени захтеви закона и да ли су послови заиста вишак, те да ли прелазак на друге послове код истог послодавца није могућ.

3.5. Прелазак на рад се непуним радним временом као мера запошљавања

Суочени са финансијским потешкоћама изазваним недостатком активности послодавци настоје да организацију рада учине што флексибилнијом, прибегавајући различитим мерама. Конверзија рада са пуног на непuno радно време у поступку решавања вишка запослених значи флексибилније управљање процесом рада, што последично води рационализацији трошкова производње, јер су радници плаћени само за сате рада неопходне послодавцу. У том смислу, политика коју спроводи послодавац на нивоу предузећа је да оживи пословање кроз што боље прераспоређивање запослених на расположива радна места или промену режима радног времена. Штавише, глобална економска криза која погађа солвентност привредних субјеката утицала је на све већу промоцију иновативних и флексибилних облика организације рада, као што је рад са непуним радним временом.²¹³⁵ Истиче се да је рад са непуним радним временом добро прелазно решење у ситуацијама када су послови само привремено изгубљени.

Према истраживању спроведеном у Немачкој, менаџери (73%) и раднички савети (61%) налазе да смањења радног времена има позитиван утицај на развој компаније.²¹³⁶ Тако, средином 90-их година социјални партнери у металском сектору потписивали су колективне уговоре о раду који су дозвољавали смањење стандардног радног времена како би се премостили привремени недостаци у обезбеђењу довољне количине посла и последично спречила отпуштања. Узор им је био колективни уговор о раду компаније *Volkswagen* потписан 1993. године, којим је социјалним партнерима дата могућност да смање стандардно радно време до 28,5 сати недељно.²¹³⁷ То је учињено да би се избегло 30 000 отказа уговора о раду. С тим у вези, јавна власт може предложити одговарајуће мере за ублажавање колективног отпуштања, а може пружити и финансијску помоћ компанијама у кризи. То је нарочито случај са преласком на рад са непуним радним временом, који је достигао врхунац своје примене у Немачкој.²¹³⁸ Даље, услов за финансијску подршку националне службе за запошљавање је редукција послова у предузећу за најмање 1/3 радне снаге, с тим да је до укидања послова дошло из економског разлога. Притом, укидање послова мора имати привремени карактер и није оправдано ако се колективно отпуштање може избећи одобравањем одсуства са рада или коришћењем флексибилног система радног времена.²¹³⁹ Штавише, нема места примени ове мере ако је реч о сезонским пословима, који су, по правилу, привремени или је рад са непуним радним временом уобичајена пракса за одређену индустрију. У сваком случају, пре отпуштања запослених послодавац или раднички савет морају обавестити националну службу за запошљавање. Ово из разлога што национална служба за запошљавање заузима централну позицију, јер обезбеђује накнаду запосленима, сходно принципу *pro rata temporis*. На овом месту ваља поменути да је финансијска подршка,

²¹³⁴ Rochelle Le Roux et Allison Fiorentino, „Redundancy and Judicial Power: Between Inaction and Creative Boldness“, *Comparative Labour Case Law*, бр. 4, 2017, 126.

²¹³⁵ Stewart Johnstone, „Human resource management in recession: Restructuring and alternatives to downsizing in times of crisis“, *Human Resource Management Journal*, Vol. 34, бр. 1, 2024, 4.

²¹³⁶ Gerhard Bosch, „Working Time and Working Time Policy in Germany“, 33. Доступно на: https://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.7_bosch.pdf, 4.5.2024.

²¹³⁷ Matthias Knuth, Gernot Mühge, Johannes Kirsch, *Managing restructuring in Germany: Innovation and learning after the financial crisis*, IRENE Policy Paper N° 7, 2014, 16.

²¹³⁸ Видети бројчану статистику у S. Johnstone, „Human resource management in recession: Restructuring and alternatives to downsizing in times of crisis“, *op. cit.*, 5.

²¹³⁹ Pedro Sánchez Pérez, „Las modificaciones de la relación laboral como instrumento de flexibilidad interna“, *Documentación laboral*, бр. 111, 2017, 92.

према важећем решењу, ограничена на максимални период од 12 месеци, док је тај период раније био шест месеци, једном продужен чак и на 24 месеца.²¹⁴⁰

Ваља поменути јединствено и иновативно решење за спречавање отпуштања који иде руку под руку са мером преласка на непуно радно време, а то је могућност запослених да управљају радни временом преко налога тзв. рачуна радног времена (*Arbeitszeitkonten*).²¹⁴¹ Овај нови модел расподеле радног времена замењује стандардно радно време и постао је широко распрострањен у Немачкој (готово 60% предузећа их користи). Свакако је занимљив податак да се ови специјални рачуни користе као база флексибилног радног времена још од 60-их година прошлог века. Кроз тзв. Леберов споразум, обновљен је индустријски распоред времена и, у сажетој форми, договорена замена стандардног радног времена за флексибилније и продуктивније радно време. Заправо, пребацивањем имплементације смањења радног времена на ниво компаније, компетенције политике колективног преговарања су „корпоратизоване“ и постављен је камен темељац за специфично формулисање тзв. рачуна радног времена.²¹⁴² Следствено томе, тзв. рачуни радног времена се користе за расподелу радних сати на дане, недеље или године. На рачунима се рад који запослени обавља (укључујући годишњи одмор, боловање, прековремени рад итд.) пореди и компензује са радом који треба да се обавља према уговору о раду, колективном уговору или стандардној пракси компаније. За поређење је неопходно поуздано и индивидуално мерење времена provedеног на раду сваког запосленог, за шта се често користе електронски системи за евидентирање времена, премда је могуће и папирно (ручно) евидентирање.²¹⁴³ Време provedено на раду се документује печатом на терминалу за евидентирање времена или тако што их запослени бележи самостално.

Слично решење, у погледу оснивања фонда за пружање финансијске помоћи ради спречавања настанка вишкова, познаје и италијанско право, које је у периоду након Другог светског рата препознало потребу за превентивним деловањем.²¹⁴⁴ У случају економских тешкоћа које неминовно воде укидању послова, а са циљем задржавања запослених на раду, институционализован је посебан фонд за индустријски сектор који заједнички финансирају послодавци и запослени. Поменути фонд служи да надомести део зарада запослених које се „губе“ услед промене фонда радних сати, то јест преласка са пуног на непуно радно време. Наиме, показало се да је рад фонда посебно значајан у периодама рецесије, будући да се из средстава фонда „покривају“ трошкови радне снаге за чијим радом је престала потреба, а које послодавац није у могућности да обезбеди.²¹⁴⁵ Заправо, средства фонда се могу користити у различите сврхе, а најчешће се то чини када је неопходно послодавце финансијски растеретити, како би превазишли привремене тржишне потешкоће. У погледу исплате дела зараде, у пракси то углавном износи 80% редовне зараде запосленог, уз максимална ограничења која се постављају на годишњем нивоу.²¹⁴⁶ Осим висине зараде, лимит је постављен и у погледу календарског оквира у којем се могу користити средства, а који не може

²¹⁴⁰ Sozialgesetzbuch III, §§ 95, 96.

²¹⁴¹ Hermann Groß, Eva Münz, Hartmut Seifert, „Verbreitung und Struktur von Arbeitszeitkonten“, *Arbeit*, Vol. 9, бр. 3, 2000, 217.

²¹⁴² У зависности од контекста користе се различити термини, попут „флекси-време“, „варијабилно радно време“ или „време поверења“ („*Vertrauenszeit*“), које се у немачком језику користи најчешће као синоним за тзв. рачуне радног времена. *Ibid.*

²¹⁴³ Флексибилно радно време замагљује границу између слободног времена и посла што се негативно одражава на приватни живот.

²¹⁴⁴ 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", INT96/2012, 2012, 16.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, 18.

²¹⁴⁶ Maximilian Fuchs, „Germany: part-time work – a bone of contention“, у: Silvana Sciarra, Paul Davies, Mark Freedland (eds.), *Employment policy and the regulation of part-time work in the european union: a comparative analysis*, Cambridge University Press, New York, 2009, 122; R. Le Roux, A. Fiorentino, „Redundancy and Judicial Power: Between Inaction and Creative Boldness“, *op. cit.*, 129.

бити дужи од 13 узастопних недеља. У сваком случају, пре коришћења средстава фонда морају се испунити процесни услови, у смислу подношења захтева који служи да послодавац информише синдикате о димензијама и трајању коришћених мера.²¹⁴⁷

Иако српско право нема посебне фондове за наведене намене, сам прелазак на непуно радно време је уврштен у списак мера запошљавања.²¹⁴⁸ Поступак преласка са пуног на непуно радно време претпоставља закључење анекса, који за предмет има ову меру, која се реализује тако што запослени наставља да ради за послодавца уз другачију организацију радног времена. У литератури се наводи да запослени наставља да ради за послодавца непуно радно време, док му у погледу преосталог радног времена престаје радни однос решењем послодавца уз исплату отпремнине.²¹⁴⁹ Иако законски текст не упућује на јасан одговор да ли се ова мера запошљавања 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, у правној доктрини се заузима став да су могуће обе опције, зависно од доступних послова код послодавца и структуре послова који се укидају или редукују.²¹⁵⁰ У складу са тим, запослени може радити са измењеним режимом радног времена на истом послу или бити премештен на други посао са непуним радним временом, али не краћим од половине пуног радног времена.

Премештај запосленог на други посао са непуним радним временом код истог послодавца не значи да запосленом престаје статус запосленог за чијим радом је престала потреба (сразмерно недостајућем радном времену до пуног радног времена). Наиме, запослени остварује права код свог послодавца сразмерно радном времену (проведеном на раду), а за недостајуће радно време остварује права по основу статуса вишка.²¹⁵¹ Штавише, запослени не губи статус (и права по основу) вишка код матичног (примарног) послодавца ни уколико заснује радни однос са непуним радним временом код секундарног послодавца. Како се подстиче радни однос са пуним радним временом, запослени може успоставити двојни радни однос, како би остварио укупан фонд од четрдесет часова недељно. Дакле, запослени који ради са непуним радним временом код једног послодавца може за остатак радног времена да заснује радни однос код другог послодавца и да на тај начин оствари пуно радно време.²¹⁵²

У суштини, пожељан је и законски легитиман рад за другог послодавца, ради допуне радног времена до пуног радног времена, јер се тиме остварује рад у пуном капацитету. Коначно, распоређивање запослених који су утврђени као вишак представља кретање запослених за време трајања радног односа и остварује се у форми премештаја на други посао код истог или другог послодавца са пуним радним временом ако је могуће или са непуним радним временом, као мера решавања проблема вишкова. Стога, понуда запосленом да са режима пуног радног времена пређе на режим непуног радног време може бити законита само као мера запошљавања, у супротном такву измену уговорног односа није могуће предузети, осим ако је изричито прописано општим актом или предвиђено уговором о раду, али без могућности давања отказа због одбијања понуде.²¹⁵³

Мера прелазак на непуно радно време може има низ предности и за послодавца и за запослене који су утврђени као вишак, будући да се тиме осигурава остваривање права

²¹⁴⁷ *Ibid.*

²¹⁴⁸ Закон о раду, чл. 155.

²¹⁴⁹ Pedro Sánchez Pérez, „Las modificaciones de la relación laboral como instrumento de flexibilidad interna“, *op. cit.*, 93.

²¹⁵⁰ *Ibid.*

²¹⁵¹ Када је реч о раду са непуним радним временом примењује се најнижа месечна основица за плаћање доприноса и то у зависности од тога да ли запослени ради код једног или два послодавца. Када запослени ради код једног послодавца примењује се најнижа месечна основица доприноса за сате које је радио у једном месецу, док у ситуацији када запослени ради код два послодавца, сваки послодавац рачуна допринос за основицу коју је остварио запослени радећи код њега, док други послодавац то исто чини, то јест само за део зараде коју он исплаћује запосленом.

²¹⁵² П. Јовановић, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *op. cit.*, 52.

²¹⁵³ *Ibid.*

запослених и реализује програм, као пратећи елемент реорганизације послодавца. Из угла послодавца, ова мера доноси низ предности, јер оставља могућност ефикасније организације процеса рада кроз флексибилне аранжмане на начин да се отклоне разлози настанка вишкова. То је особито видљиво када је до масовног отпуштања дошло из разлога који су уско скопчани са осцилацијама у процесу рада изазваним специфичностима производње или могућностима продаје који чине неоправданим и финансијски неодрживим ангажовање запослених са пуним радним временом.²¹⁵⁴ Тако, прелазак на непуно радно време доприноси рационалнијој организацији посла, кроз смањивање броја запослених са пуним радним временом и прерасподеле њиховог доприноса укупном фонду радни сати остварених на нивоу предузећа. На тај начин се постижу бољи економски резултати без угрожавања нормалног функционисања процеса рада, с обзиром на број, радне и стручне капацитете запослених и њихове могућности ротирања (интерне мобилности) у циљу оптималнијег коришћења ресурса.²¹⁵⁵ С друге стране, коришћење ове мере је социјално оправдано, јер омогућава стабилност запослења, односно спречава губитак посла и финансијских средстава за живот што није пожељено, како за запосленог, тако и за ширу друштвену заједницу којој припада. У светлу тога, запослени делимично остају у радном односу и сразмерно остварују примања, уз могућност рада и за другог послодавца, ради допуне радног времена и стицања права у пуном обиму. Уз то, запослени може конвертовати дужину радног време ако има друге радне или пословне активности, самостално или за другог послодавца, за које му треба одређени корпус времена који на тај начин добија, или уколико има породичне и друге обавезе које захтевају време.²¹⁵⁶ Поред позитивних аспеката рада са непуним радним временом, ова мера запошљавања има и негативне стране, због чега је на комунитарном нивоу у форми директиве прописано да одбијање запосленог да прихвати анекс не може бити *per se* оправдан разлог за отказ. У Директиви Савета 97/81ЕЗ се, ипак, наводи да ваљани разлози за отказ могу бити оперативни разлози у вези са овим захтевом, чиме се сугерише да решавање вишка запослених може бити легитиман основ за истицање захтева за прелазак са пуног на непуно радно време.²¹⁵⁷

²¹⁵⁴ Pedro Sánchez Pérez, „Las modificaciones de la relación laboral como instrumento de flexibilidad interna“, *op. cit.*, 93.

²¹⁵⁵ *Ibid.*

²¹⁵⁶ А. Лазаревић, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, *op. cit.*, 94.

²¹⁵⁷ Директив Савета 97/81ЕЗ, чл. 11.

ИЗМЕНА УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА

1. Појам промена послодавца

1.1. „Пренос предузећа“ у праву ЕУ и њеним државама чланицама

Поједини аутори дефинишу измену уговора о раду као „измену његових суштинских елемената“, или као „једнострану или билатералну измену његовог садржаја“.²¹⁵⁸ Понуђене дефиниције су само делимично тачне, јер губе из вида одређене случајеве измена уговора о раду у којима долази до промене послодавца приликом реорганизације или промене власника имовине. Дакле, измена уговора о раду није само измена његових елемената, већ и измена једне од стране уговора – послодавца.²¹⁵⁹ Када се преноси имовина или обавеза пружања услуга на друго правно лице (предузеће), најважније питање које се поставља је да ли се са имовином преносе и уговори о раду односно да ли погођени запослени имају право да наставе да раде за новог послодавца. У случају позитивног одговора, долази се до следећег питања: да ли запослени задржавају уговорена и друга права која су имали пре преноса предузећа. С обзиром на то да нови послодавац заузима позицију старог послодавца, да ли се битно мењају услови рада? Имајући у виду значај очувања стечених права (*acquired rights*), Директива Савета 2001/23/ЕЗ питање измена уговорених услова рада и права запослених на њихове послове (*right to their jobs*) ставља у центар свог интересовања. То је потврдио и Европски суд правде, који је у сијасет спорова нагласио да је сврха Директиве да заштити, колико год је то могуће, права радника у случају промене послодавца, допуштајући да запослени остану у радном односу под истим условима. Имајући то на уму, Суд је сматрао да Директива треба да се примењује увек када као резултат преноса или спајања дође до промене физичког или правног лица одговорног за вођење предузећа, који последично улази у уговорне обавезе послодавца према запосленима који раде у предузећу.

Правила о преносу предузећа на европском нивоу су се појавила 1977. године када је донета Директива 77/187 која је у целости модификована новим решењима из Директиве Савета 2001/23/ЕЗ која у овој области представља важећи документ.²¹⁶⁰ Предметна Директива је усвојена једногласно и није имала за циљ успостављање јединственог режима заштите запослених, у смислу плафонирања права, него се дозвољава државама чланицама да дају већу заштиту запосленима, ако сматрају то прикладним. Наводе се опречни ставови разлога који су били покретачки мотив за њено усвајање, те се тако истиче тежња за заштитом заједничког тржишта (економски разлози), с једне стране и заштита запослених (социјални разлози), с друге стране. Постојала је забринутост да ће економски трендови реорганизације предузећа кроз пренос целог или дела пословања довести до бројних отпуштања, и последично, до незапослености што би се директно одразило на заједничко европско тржиште. У том смислу

²¹⁵⁸ Bruno Mestre, „The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis“, 48. Доступно на: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=bILF0ANwOpA%3D&portalid=30>, 12.4.2024.

²¹⁵⁹ То је изричито наведено у мађарском Закону о раду, где се пренос предузећа поима као аутоматска измена уговора о раду, с обзиром на то да се мења идентитет једне од страна у уговору о раду. Међутим, за разлику од општих правила о измени уговора о раду, сагласност запосленог није потребна да би пренос предузећа био правно ефективан, а као последица промене предузећа је пренос свих уговора о раду уз задржавање истих услова рада. Helga Fehér, „Hungary“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016, 240-241.

²¹⁶⁰ Првобитна верзија Директиве је донета у периоду усвајања Програма социјалне акције и Јединственог европског акта, што је објашњено као корак усмерен на „ограничавање друштвеног утицаја економске кризе и индустријских трансформација које су се десиле у Европи.“ Silvia Rainone, *The role of the Court of Justice in EU labour law: A case study on the Transfer of Undertaking Directive*. Doctoral Thesis, Tilburg University, KU Leuven, 2022, 8.

се тврди да је заштита запослених као друштвени циљ подређена економском циљу спречавања дисторзије и функционисања Заједничког тржишта.²¹⁶¹ Захтев за њеним усвајањем је потекао сврсисходно, у смислу изградње чврсте економске основе за реализацију социјалних мера, те Директива представља својеврсну „артикулацију социјалне политике, која је сама себи циљ.“²¹⁶² Друго, њено поље примене се не ограничава на одређени облик пословања (друштво са ограниченом одговорношћу) и једну врсту статусне промене (спајање),²¹⁶³ већ покрива широк спектар статусних промена, под условом да те промене покрећу промену идентитета послодавца. Европски суд правде је кроз своју јуриспруденцију потврдио да се Директива 77/187 односи на различите облике реструктурирања предузећа, укључујући и приватизацију, као и поверавање послова или пренос услуга на екстерно предузеће (*contracting-out*) и подуговарање (*subcontracting*). То укључује разне врсте трансфера, у којем привредни субјект преноси са једног правног лица на друго споредне активности предузећа или цело предузеће, место производње, организоване радне јединице и сл., на начин да омогућава овом другом да замени првог у својству новог послодавца.

У француском праву, пренос предузећа регулисан је у члану L. 1224-1 Законика о раду, који прописује да „када дође до промене предузећа, посебно путем сукцесије, продаје, спајања и пословне трансформације сви уговори о раду који су на снази на дан преноса остају да важе између новог послодавца и запослених.“²¹⁶⁴ Овај принцип аутоматског преноса уговора о раду уведен је Законом од 19. јула 1928. године, да би се обезбедила извесна стабилност за запослене у случају економских промена унутар њиховог предузећа. Кодификација се догодила 70-их година, у време наглог преокрета изазваног нафтном кризом 1973. године, која је фактички приморала многе компаније у Француској и остатку Европе да се реструктурирају. Да би се применила правна регулатива у овој области потребно је да се испуне два услова: 1) постојање аутономног привредног субјекта који обавља одређену делатности и 2) очување активности.²¹⁶⁵

Први услов се сматра испуњеним ако привредни субјект има своје запослене и сопствену материјалну имовину (некретнине, инвентар, машине, опрему) и нематеријалну имовину (купци, ауторска права, жиг, познати бренд, дозволе, лиценце) која служи остварењу циља који се може идентификовати. Средства стављена на располагање од стране друштва преносиоца која су кључна за наставак активности могу бити довољна за квалификацију преноса, док се активност сматра очуваном ако стицалац настави исту или сличну активност, с тим да није од значаја то да ли је наставак активности уследио одмах након преноса.²¹⁶⁶ Ипак, ако дође до трајног прекида продукционе производње или измене услова рада потоњи услов није испуњен. Под категорију самостални привредни субјект, може потпасти и део пословања све док се делатност која се преноси разликује од осталих делатности компаније то јест где су запослени распоређени на одређене послове који су организовани да би се постигла специфична намена уз коришћење властитих средства за рад и под условом да ентитет располаже сопственим финансијама. Додатно, ентитет мора да задржи свој идентитет, односно да буде организован на исти начин (иста делатност и клијенти). На пример, уместо наменског ангажовања информационо-технолошког тима, препуштање екстерном предузећу да управља

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² Martin Brewer, Anna Youngs, *TUPE Transfers* 2007, 15. Доступно на: https://books.google.rs/books?id=9ZssRlIdp_gC&pg=PA32&lpg=PA32&dq=Ball%0D%0Av+BET+Catering+EAT+637/96&source=bl&ots=pb0eeKqudt&sig=ACfU3U0FXoBel1H2Uoox9f4Uya-fSKrD0A&hl=sr&sa=X&ved=2ahUKEwjhvYi6uMyFAxVzgf0HHcqLCx8Q6AF6BAgGEAM#v=onepage&q=Ball%20%20v%20BET%20Catering%20EAT%20637%2F96&f=false

²¹⁶³ Пре њеног усвајања, постојала су правила која су била лимитиране природа, због чега се Директива сматра свеобухватним документом.

²¹⁶⁴ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, *op. cit.*, 53.

²¹⁶⁵ Марија Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, докторска дисертација, (необјављена), Универзитету Нишу, Ниш, 2022, 125.

²¹⁶⁶ Giuseppe Sigillò Massara, *Transfer of undertakings, Insolvency Proceedings in the United Kingdom and Italy, and the European Court of Justice Case Law*, DSI Essays Series, McGraw-Hill, Milano, 2010, 33.

информационо-технолошким услугама компаније, али на сасвим другачији начин, неће се сматрати преносом пословања.²¹⁶⁷

Према Новом грађанском законик у Чешке Републике, у случају преноса дела пословања, релевантни део мора представљати независну организациону целину, што се утврђује на основу засебног рачуноводства и одвојених средстава за самостално функционисање.²¹⁶⁸ Независна организациона компонента пословања не значи да су само пренети делови предузећа са индивидуалном управљачком структуром која постоји пре преноса. Кључни елемент у процени независне организационе компоненте пословања је способност одвајања ове компоненте од остатка пословања. Када обавезе које преузима послодавац следбеник нису стриктно идентификоване у релевантном купопродајном уговору, све обавезе у вези са пренетим послом, од датума ступања на снагу уговора аутоматски прелазе на друштво стицаоца. Такође, када се активности или њихов део, или задаци или њихов део, преносе са једног на другог послодавца, права и обавезе које произилазе из радног односа преносе се у пуном обиму на новог послодавца.²¹⁶⁹

Директива се примењује на све ситуације у којима долази до промене правног или физичког лица одговорног за обављање делатности, без обзира на то да ли се мења власништво над предузећем. Тако, пренос власништва над акцијама или замена већинског акционара не доводе до преноса предузећа, пошто правни субјективитет послодавца остаје исти. Такође, потребно је размотрити да ли промена уговорне стране представља измену уговора, пошто су уговорне стране субјекти правног акта, а не његов предмет. Ово је потребно посебно анализирати у контексту уговора о раду, када се мења послодавац, као једна од страна уговора о раду. Наиме, посебна правила су конституисана у случају промене послодавца, где, након преноса предузећа, нови послодавац слободан да, ради очувања континуитета уговорног односа, предложи измену уговор о раду.²¹⁷⁰

Међутим, ако до промене дође након преноса предузећа, послодавац је дужан да информише запослене који имају право учешћа, док мере могу бити различите (скраћење радног времена, смањење зараде итд.). Не сме се сметнути с ума да пренос предузећа, сам по себи, не представља измену уговора о раду, односно не оправдава ни раскид ни измену уговора о раду.²¹⁷¹ Штавише, за мере које се планирају пре преноса предузећа, преносилац је одговоран за консултације са представницима радника, а ако се о њима одлучује након преноса предузећа одговорност за консултације лежи на стицаоцима.

Естонски нови Закон о уговорима о раду из децембра 2008. транспоновео је ову Директиву у национално законодавство потврђивањем да се уговори о раду преносе на стицаоца предузећа без измена ако предузеће наставља исту или сличну привредну делатност и преносиоцима и стицаоцима предузећа је забрањено да отказују уговоре о раду због преноса предузећа, осим у случају проглашења стечаја послодавца.²¹⁷² Албански Закон о раду предвиђа да у случају преноса предузећа или његовог дела, права и обавезе које из тога произилазе по основу уговора о раду прелазе на лице на које се то право преноси.²¹⁷³ Запослени, чак и када одбије да промени послодавца, остаје везан за новог послодавца до истека отказног рока. Можда би било корисно додати да је након промене власништва, нови послодавац одговоран за све неисплаћене погодности или права која се дугују запосленима у тренутку промене власништва.

²¹⁶⁷ Gregor Thüsing, *European Labour Law*, Verlag C.H. Beck oHG, München, 2013, 106.

²¹⁶⁸ Грађански законик Чешке, чл. 2183.

²¹⁶⁹ *Ibid.*

²¹⁷⁰ Leslie Braginsky, „Comment - How Changes in Employer Identity Affect Employment Continuity: A Comparison of the United States and the United Kingdom“, *Comparative Labour Law Journal*, бр. 16, 1994-1995, 250.

²¹⁷¹ Malcolm Sargeant, *A study of the implementation of the Acquired Rights Directive in the United Kingdom and other Member States of the European Community*, School of Law, Middlesex University, London, 1997, 130.

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ *Ibid.*

У Немачкој су права запослених у случају промене идентитета њиховог послодавца била заштићена и пре доношења Директиве о стеченим правима. Члан 613а немачког Грађанског законика предвиђа да до сингуларне сукцесије долази на основу купопродајног уговора или другог правног посла, чиме се искључује могућност да до промене субјеката у правном односу дође на основу закона.²¹⁷⁴ Даља разрада правила посвећених преносу предузећа развила се у судској пракси радних судова, где је за нашу тему од посебног значаја конституисање права запосленог на приговор у случају преноса посла (*Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers*).²¹⁷⁵ У наставку поменутог члана потврђено је да се сва права из уговора о раду и радног односа аутоматски преносе, тако да стицалац постаје нови послодавац одговоран за испуњење свих обавеза које настану након преноса. Што се тиче обавеза које су настале пре преноса, а које преносилац није испунио, такође се преносе на новог послодавца, али је запослени дужан да захтева то потраживање у року од годину дана.

У погледу права радника, разликују се три нивоа реструктурирања: први, реструктурирање без смањења трошкова рада; други, реструктурирање са смањењем трошкова рада, али без отпуштања; и трећи, смањење броја запослених, али на друштвено одговоран начин који подразумева пружање подршке и помоћи отпуштеним радницима. Последице реструктурирања по раднике могу бити драматичне, као што је то био случају са француским предузећем Телеком, које је приватизовано 2004. године. Тај процес је довео до гашења 22.000 радних места, док је 10.000 запослених наставило до ради под измењеним условима, што је све заједно довело до самоубиства великог броја радника погођених променама. Према оценама француског инспектората рада процес реструктурирања предузећа Телеком није адекватно спроведен, јер је послодавац био у обавези да процени и спречи у мери у којој је то могуће, наступање психосоцијалних ризика по запослене. Заиста, последњих неколико година се све више примећује да је очување конкурентности предузећа постао доминантан разлог због којег послодавац реорганизује своје пословање.²¹⁷⁶

У јуриспруденцији холандских судова је потврђено да прекид пословних активности и њихов повратак првобитном предузећу не утиче на пренос предузећа. Тако, у једном случају до преноса пословања је дошло у случају у којем је уговор о закупу кафића раскинут од стране власника кафића, јер купац није испунио услове из уговора, да би првобитни власник, након неколико месеци, наставио са радом кафића.²¹⁷⁷ Други случај се односио на ситуацију раскида закупа дискотеке, где је првобитни купац преузео пословање, али је уговор о закупу раскинут, а власник је потом пренео активности на новог закупца, тако да је пренос пословања обављен у две фазе.²¹⁷⁸

Надаље, одсуство уговорне везе између послодавца претходника и послодавца следбеника не може спречити пренос. С друге стране, нема преноса предузећа у случају куповине акција корпоративног ентитета (*share deal*), јер се акционари не сматрају послодавцем, него правно лице као предузеће, тако да права и обавезе друштва остају исте. Пренос акција подразумева промену власништва и контроле над предузећем, иако у погледу послодавца нема промене, правно лице остаје исто. Промена контроле може, међутим, негативно да утиче на положај запослених, због чега поједини колективни уговори о раду

²¹⁷⁴ С друге стране, до универзалне сукцесије долази када имовина у целини, са свим правима и обавезама прелази на правног следбеника, што се догађа у случају смрти послодавца.

²¹⁷⁵ Ово је значајан изум судске праксе, будући да је члан 613а немачког Грађанског законика остао недоречен у погледу тога да ли запослени мора да пристане на пренос, а имајући у виду једину паралелу која се може наћи код уговора о закупу, где је прописано да када закуподавац прода кућу која је дата у закуп закупцу, купац куће аутоматски постаје страна уговора о закупу.

²¹⁷⁶ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 200.

²¹⁷⁷ Nicola Smit, *Labour law implication of the transfer of an undertaking*, Faculty of Law of the Rand Afrikaans University, Johannesburg, 2001, 56.

²¹⁷⁸ *Ibid.*

предвиђају одређену заштиту за запослене (отказ уз претходну најаву и одштета) чија је позиција погођена уговором о акцијама.²¹⁷⁹

Из пресуде *Temco* произилази да је до преноса предузећа дошло иако између друштва преносиоца и друштва стицаоца нема уговорног односа. Предузеће *Volkswagen* је ангажовало за чишћење одређеног броја индустријских објеката пренело послове на специјализовану компанију *BMV*, која је екстернализовала операцију чишћења подружница компанији *GMC* која је деловала као подизвођач. Из тог разлога предузеће *Volkswagen* је раскинуо уговор са компанијом *BMV*, доделивши посао чишћења новој компанији *Temco*. Као последица наведеног је отпуштање скоро свих запослених предузећа *GMC*, са изузетком четири запослена који су уживали посебну заштиту као синдикални представници. Међутим, као последица важећег колективног уговора, *Temco* је морао да ангажује део особља *GMC* предузећа. Европски суд правде је утврдио да, иако је пренос вршен између подружница првобитног подизвођача и нове компаније за чишћење, одсуство директног уговорног однос, између предузећа *GMC* и *Volkswagen* или *Temco* не значи да није дошло до преноса предузећа.²¹⁸⁰

Имамо и другачије примере, те тако док је на нивоу Европске уније концепт преноса предузећа постављен широко, румски законодавац је рестриктивнији, будући да захтева да се пренос предузећа врши променом власништва.²¹⁸¹ Са циљем да дају униформно тумачење националних одредби румунски судови се ипак одлучују у правцу признања постојања преноса предузећа и када нема промене у својини, већ само у управљачким овлашћењима над пренетом делатношћу. У румунском праву заштита права запослених се примењује без обзира на природу капитала (јавна и приватна предузећа), док Директива о стеченим правима изричито искључује из свог делокруга административну реорганизацију органа јавне управе и премештај административних функција између органа јавне управе.²¹⁸² Важно је поменути да је застарела пракса документовања преноса права и обавеза запослених, преко додатка (*addendum*) уговора о раду, пошто сагласност запослених није потребна да би се извршио пренос. Напротив, такви документи нису потребни јер бу у супротном то значило да запослени пристају на трансфер, те им је имплицитно признато право да се супротставе/определе за пренос. Иако то није изричито предвидео румунски законодавац, у пракси, премештање запослених се састоји у примопредаји уговора о раду који се накнадно региструју код друштва преносиоца у његовом општем регистру запослених. Примопредаја уговора о раду се понекад допуњава троделном потврдом између извршиоца преноса и сваког запосленог, са циљем да се потврди да је до трансфера дошло *ipso iure*.²¹⁸³ Без обзира на форму и садржај потврде, горе наведене формалности нису давање сагласности запослених за трансфер, већ служе као практично (административно) средство, како за преносиоца (за евидентирање краја радног односа са премештеним запосленима), тако и за стицаоца који се јавља у својству новог послодавца (утврђивање постојања уговора о раду и евидентирање детаља о запосленима).

²¹⁷⁹ Vincent Carron, Anne Roux -Fouillet, „Switzerland“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, SpringerVerlag, Berlin, 2016, 481.

²¹⁸⁰ A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, *The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis*, EUI Working Paper LAW No. 2008/20, 4.

²¹⁸¹ Monica Georgiadis, „Romania“, у: *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 353.

²¹⁸² Todor Kalamatiev, „Protection of employees' individual right in the event of a change of employer (transfer of undertaking) in the Republic of Macedonia. Restructuring of companies and protection of employees' right“ у: *Views from the EU, Austria, Serbia and Macedonia – Collection of extended abstracts of contribution presented at the International conference held at the University of Belgrade Faculty of Law on March 2nd 2017* (eds. Lj. Kovačević, M. Radović), University of Belgrade Faculty of Law, Belgrade, 2017, 8.

²¹⁸³ Љубинка Ковачевић, „Усклађивање домаћег законодавства и праксе са радним правом Европске уније – пример заштите права запослених у случају промене послодавца,“ *Радно и социјално право*, Vol. 21, бр. 1, 2017, 5.

Пренос предузећа, јединице или делова не представља само по себи основ за појединачно или колективно отпуштање запослених код преносиоца или стицаоца. Ово не ограничава могућност послодавца дапусти запослене из оправданих разлога, када се то не користи средство за заобилажење забране отпуштања као резултата преноса.²¹⁸⁴ На теоријском (не и практичном) нивоу је у Румунији идентификована потреба да се допусти реорганизација предузећа пре или након преноса, ако су испуњени одређени услови (нпр. постоје стварни и озбиљни разлози за реорганизацијом одељења).²¹⁸⁵ Наиме, разлози за реструктурирање нису ни на који начин повезани са трансфером, мада је то тешко утврдити посебно у оним случајевима када трансфер резултира удвостручењем радне снаге у одређеним тимовима/одељењима.

Позивајући се на пресуду у предмету *Spijkers*, Европски суд правде је нагласио да је одлучујући критеријум за утврђивање постојања преноса предузећа је тај да ли предузеће задржава свој идентитет.²¹⁸⁶ Задржавање идентитета обележава и наставак истих активности код новог послодавца и одржавање континуитета, у погледу радне снаге и руководећег особља, те начина на који је рад организован и коришћене оперативне методе, као и ресурсе који су на располагању. На националним је судовима да процене да ли је дошло до преноса предузећа узимајући у обзир различите факторе (врста предузећа и природа посла, вредност нематеријалних средстава у тренутку преноса, степен сличности између активности пре и после преноса, запошљавање већине запослених код новог послодавца) тако да се одлука не може донети на основу појединачних аспеката. Термин „привредни ентитет“ се односи на организовано груписање ресурса (лица или имовине), које има за циљ обављање привредне делатности. Значајно је да долази до аутоматског преноса права и дужности без обзира на избор или намере послодавца претходника, послодавца следбеника или запосленог.

Општи правни оквир преноса пословања у чешком праву постављен је у Законику о раду, Новом грађанском закону и Закону о привредним друштвима и задругама. До преноса предузећа долази на основу уговора који одражава консензус страна и по сили закона (сукцесијом или наслеђивањем). Пренос уговором посла или дела посла познат је и као продаја имовине (*de facto* трансфер) који укључује пренос пословања, као самосталне и функционалне целине. Претпоставља се да је продајна цена посла одређена на основу вредности имовине наведене у пословним књигама, с тим да ако је предвиђено да уговор о преносу треба да ступи на снагу каснијег датума од датума стварног преноса, продајна цена може бити повећана или смањена, узимајући у обзир флукуације у вредности имовине које настану у међувремену.²¹⁸⁷

У италијанском праву, пренос предузећа означава промену послодавца која је последица уговорног преноса или спајања предузећа, укључујући и промену власништва над организованом економском активношћу која је задржала свој идентитет након преноса. Наиме, италијански Грађански законик дефинише пренос пословања на начин да обухвата промену власништва над организованом економском делатношћу независно од врсте уговора и циља (ради остварења профита или не).²¹⁸⁸ Интересанто је приметити да се то односи и на ситуацију плодуживања када ималац права може да оствари добит од имовине или корист од тога што имовина произведе (на пример, давањем у закуп) која је у власништву другог субјекта.²¹⁸⁹ Наведена одредба Грађанског законика се односи и на пренос огранка пословања који је дефинисан као самофункционални део организоване економске активности, који је, као таква, идентификована од стране послодавца претходника и послодавца следбеника у

²¹⁸⁴ *Ibid.*

²¹⁸⁵ M. Georgiadis, „Romania“, *op. cit.*, 353.

²¹⁸⁶ Нав. према: Марија Драгићевић, „Појам „преноса предузећа“ у смислу европског радног права“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019, 621.

²¹⁸⁷ Petr Samec and Marketá Cibulková, „The Czech Republic“, у: *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 116.

²¹⁸⁸ Италијански Грађански законик, чл. 2112.

²¹⁸⁹ Samuel Edwin Etukakpan, *Transfer of undertakings: the tension between business rescue and employment protection in corporate insolvency*, Nottingham Trent University, Nottingham, 2012, 217.

тренутку преноса.²¹⁹⁰ Дакле, битни елементи преноса предузећа су претходно постојање организованог ентитета у стању да производе робу или пружи услугу и да економски ентитет остаје непромењен, поред тога што је на дан преноса задржана његова економска и производна вредност. Из тог појма су искључени случајеви: 1) преноса имовине предузећа, где продавац и купац одлучују да пренесу власништво над појединачним средствима, без обзира на њихову функционалну повезаност; 2) промена правне форме и 3) пренос акција, без промене власништва над средствима која се користе за обављање делатности.

Надаље, правила о преносу предузећа се не примењују на структуре које су успостављене *ad hoc* или организоване од стране друштва преносиоца и друштва примаоца за потребе будућег преноса, док економски ентитет не може да се установи ради извршења одређеног задатка. Иако комунитрано право не предвиђа да ентитет пре преноса мора постојати, италијански Апелациони суд је овај услов претпоставио као обавезујући, уз навођење да ентитет карактерише присуство функционалне везе између запослених и опреме за рад.²¹⁹¹ Другим речима, опрема за рад и запослени морају бити функционално повезани у циљу обављања предузетничке делатности. Из корпоративне перспективе, појам предузећа је дефинисан у члану 2555 Грађанског законика, који описује предузеће као скуп имовине коју организује предузетник за рад предузећа.²¹⁹² Након преноса активности, нови власник може да изврши интеграцију са постојећом организацијом, док се услови за пренос користе као брана од злоупотреба, као што је ситуација у којој преносилац оснива филијалу у сврху преношења активности на штету радника. Огранак мора бити функционално самосталан део организованог привредног субјекта који је у стању да обавља пословну делатност и после накнадне интеграција са друштвом примаоцем.

То мора бити привредна делатност са својом наменом и идентитетом, што значи да би могла бити пословна јединица која је довољна одвојено од осталих пословних јединица да се третира као самостални привредни субјект. Премда у праву Уједињених Арапских Емирата није прецизирано шта се подразумева под променом облика и правног статуса предузећа сматра се да се то у основи односи на промену корпоративног идентитета. Немачки Савезни радни суд је, позивајући се на одлуке Европског суда правде, навео да је за очување идентитета привредног субјекта довољно да је одржана функционална веза (*funktionelle Verknüpfung*), то јест да је обезбеђен наставак одређених функција (тзв. функционална сукцесија).²¹⁹³

Према пољском Закону о раду, пренос предузећа или дела предузећа је широко постављен и може бити резултат различитих правних или чињеничних околности, као што су стицање или закуп предузећа, поверавање пружања услуга другог правном лицу (*outsourcing*), подела или спајање предузећа, одлука државног органа о поверавању јавних послова приватном лицу, наслеђивање или стицање предузећа без правног основа преузимајући стварну контролу над њим.²¹⁹⁴ Другим речима, пренос предузећа може да се изврши и без правног основа (споразума закљученог између послодаваца укључених у трансфер), као резултат разних догађаја, како правних тако и фактичких. Члан 44 шпанског Радничког статута предвиђа два битна услова за постојање преноса предузећа. Први је промена власништва предузећа или значајног дела пословања који представља аутономну производну јединицу, премда може произићи из *inter vivos* акта или уступања и преноса *mortis causa*. Други услов је да дељена средства морају чинити производну јединицу погодну за самостално коришћење

²¹⁹⁰ Италијански Грађански законик, чл. 2112 пар. 5.

²¹⁹¹ S. E. Etukakpan, *Transfer of undertakings: the tension between business rescue and employment protection in corporate insolvency*, *op. cit.*, 217.

²¹⁹² С друге стране, у пољском праву предузеће се дефинише као организован скуп материјалних и нематеријалних компоненти, који служи реализацији специфичне сврхе послодавца (обављање одређене пословне активности).

²¹⁹³ A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, *The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis*, EUI Working Paper LAW No. 2008/20, 4.

²¹⁹⁴ Helena Lamponen, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, Helsinki University Print, Helsinki, 2008, 178.

или управљање.²¹⁹⁵ Под преносом предузећа се подразумева промена номиналног власништва над предузећем, као и пренос на друштво стипендијара средстава која чине основну корпоративне инфраструктуре. Изузетак постоји када се пренос врши у случајевима у који важећи колективним уговор о раду изричито предвиђа обавезан механизам преноса.

Пред белгијским судом нашао се предмет у којем је компанија А раскинула уговор о услугама са компанијом Б и закључила нови уговор са компанијом В која је преузела одговорност за активности које је претходно вршило предузеће Б. Компанија В је одбила да запосли тужиоца, а белгијски Апелациони суд за рад је оценио да у погледу услуга угоститељства није неопходно да друштво прималац преузима особље друштва преносиоца да би дошло до преноса ентитета који одржава свој идентитет.²¹⁹⁶ Слично, компанија А је водила ресторан који се налази у универзитетском кампусу на бази уговора закљученог са органом управљања универзитета. После раскид уговора са компанијом А, сам универзитет је преузео рад ресторана, при чему је за извођење ове активности универзитет користио исте просторије и кухињску опрему.²¹⁹⁷ То је био одлучујући разлог за Апелациони радни суд у Бриселу, који је у својој одлуци навео да је угоститељство делатност у којој је опрема, а не особље најважнији критеријум у одређивању релевантног трансфера, али да у конкретном случају није било преноса пословања, јер није дошло до стварног преноса имовине, будући да је компанија А само користила опрему на локацији која јој је уступљена, док је власник целокупне имовине био универзитет. Врховни суд је поништио одлуку Радног суда, оценивши да за пренос није неопходно да се законско власништво над материјалним добрима пренесе на ново предузеће. Уз то, пренос пословања не имплицира да друштво стипендијара има намеру да настави привредну делатност на неограничен период. Привредни субјекти који се баве привредним делатностима заснованим (у значајној мери) на имовини, за пренос пословања релевантна је: 1) природа и важност укључене имовине; 2) индустрија којој укључене компаније припадају и 2) друге чињеничне околности предметног случаја.²¹⁹⁸ У секторима у којима су услуге које пружа особље од суштинског значаја, материјална средства и радни инструменти предузећа су мање важни, пренос особља ће се сматрати довољним за пренос предузећа. У светлу тога, довољан је пренос основне имовине, која омогућава послодавцу следбенику да настави дотадашње активности након преноса.

1.2. Промена послодавца у домаћем праву

Привредна активност у време социјалистичког уређења наше државе и привредног система била је под државном контролом. Непостојање тржишних услова и висок ниво социјалне сигурности запослених нису стварали потребу за регулисањем положаја запослених у случају реорганизације предузећа. Поступак транзиције отпочео је почетком 90-их, али су економске санкције успориле процес, због чега је ова материја остала ван сфере законске регулативе. Да статусне промене предузећа у том периоду нису постојале у значајнијем обиму, може се видети и анализом одредби некадашњег Антимонополског закона, који не санкционише спајање предузећа као једне од могућности стварања монополског положаја. Касније друштвене промене и прокламовани циљеви демократизације и социјалне заштите су покренули процес приватизације друштвених предузећа, која у целини послују државним капиталом. Мењање власничке структуре, али и прилив страних инвестиција, створили су основу да се започне са истинском тржишном утакмицом што доводи до различитих и честих статусних промена.²¹⁹⁹

²¹⁹⁵ S. E. Etukakpan, *Transfer of undertakings: The Tension Between Business Rescue And Employment Protection In Corporate Insolvency*, op. cit., 170.

²¹⁹⁶ Ibid.

²¹⁹⁷ Vilim Herman, Milorad Ćuprija, *Osnove radnog prava*, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2011, 40.

²¹⁹⁸ Ibid.

²¹⁹⁹ Предратно српско право није познавало могућност промене послодавца, јер је Закон о радњама негирао могућност цесије (преноса) права и обавеза из радног односа са једног на друго лице. Штавише, да би се службени

Одредбе Закона о раду су конкретизација Резолуције о придруживању Европској унији која прописује усклађивање законодавства Републике Србије са правним тековинама Европске уније.²²⁰⁰ Као што смо већ поменули у праву Европске уније, наведена материја иницијално је била регулисана Директивом 77/187 која је у значајнијој мери измењена одлукама Европског суда правде, због чега је донета Директива 98/50 којом је првобитна Директива допуњена судском праксом. Разлози правне сигурности и транспарентности резултирали су у доношењу Директиве 2001/23 којом је предметна материја данас регулисана. Иако нису позитиван извор права у домаћем правном поретку, директиве Европске уније су од значаја приликом примене оних домаћих правних института који своје извориште налазе у овом правном систему.²²⁰¹

У том смислу, сматрамо да се може бранити став да приликом (циљног) тумачења правних празнина и недоумица института домаћег права који су реципирани из европског законодавства, добар ослонац може бити изворни текст директива као и пракса Европског суда правде. Са друге стране, у правцу циљног тумачења директива Европске уније у области радних односа, треба рећи да је циљ Европске уније у овој области, достизање „европске социјалне регије“ или како је истакнуто у Европској социјалној повељи „комплетирање унутрашњег тржишта мора водити побољшању животних и радних услова запослених у ЕУ“.²²⁰² Таква концепција проистиче из чињенице да се Европска унија определила за тзв. „социјални капитализам“, који одржава извесну меру равнотеже између економске конкурентности и државе благостања.

Напоследку треба рећи да је Директива донета у циљу да се запослени заштите од потенцијално неповољних последица које настају преносом привредног друштва, а које настају као резултат економских кретања како на нивоу ЕУ, тако и на нивоу одређене државе, те се стога не примењује на административну реорганизацију државне управе или пренос административних функција између органа државне управе. Међутим, има места примени Директиве у случају да јавно предузеће учествује у економским активностима под истим условима као и остали учесници на тржишту. Као резултат утицаја Европског суда правде, став да се под преносом предузећа не може сматрати промена власништва, односно пренос јавних услуга на приватно лице мање је категоричан, мада француски лабуристи заговарају да примена мора бити остварена у ситуацијама када су премештени запослени радили у јавним службама под идентичним условима као у приватном сектору.²²⁰³

За разлику од права ЕУ, у домаћем праву се заштита запосленима пружа независно од тога да ли је дошло до очувања идентитета предузећа. Економски идентитет се дефинише на апстрактан начин, као организована група ресурса која има за циљ обављање економске активности која, притом, може бити главна или споредна активности. Притом, конструкција „преноса предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања“ не фигурира у домаћем праву, а не пружа се ни пригодно одређење појма предузеће, што представља прву препреку у идентификацију кључних појмова. Уместо преноса предузећа, Закон о раду у делу посвећеном промени послодавца парцијално уређује овај институт остављајући низ питања отворених. Свакако највећи проблем у обезбеђивању делотворне заштите запослених је прилично неодређена норма да се заштита запосленима погођеним преносом обезбеђује сваки пут када дође до промене послодавца у складу са законом. Притом, у матичном легислативном акту за област рада као једини случај промене послодавца изричито се наводи статусна промена, као

(радни) однос пренео на ново лице, био је потребан раскид ранијег односа и конституисање новог, јер би у супротном службодавац и даље остао одговоран према службопримцу. С. Бајич, *Основи радног права*, *op. cit.*, 81-82.

²²⁰⁰ *Сл. гласник РС*, бр. 112/04.

²²⁰¹ Ljubinka Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, у: Erika Kovács, Martin Winner (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring – Selected Company and Labour Law Issues*, Nomos, Hart Publishing, Wien, 2018, 241.

²²⁰² J. Pélessier, G. Auzero, E. Dockès, „Les restructurations d’entreprises et leur effets sur l’emploi“, *Revue internationale de droit comparé*, бр. 1, 1990, 353.

²²⁰³ *Ibid.*

форма реорганизације друштва у којој једно друштво (преносилац) преноси имовине и обавезе на друго друштво (стицалац). Као што сам назив упућује, статусне промене су промене које настају променом статуса привредног друштва, с тим да из угла привредног права и промена правне форме може резултирати променом послодавца. Дакле, Закон о раду није једини релевантан за оцену ситуација у којима долази до промене послодавца, јер се упућује и на друге законе уз издвајање статусне промене као најчешћег облика реорганизације у пракси. Ипак, промена правне форме и даље остаје дискутабилно и критичко поље, тако да се може заступати став да промена правне форме не доведи до промене лице које врши управљачка овлашћења.²²⁰⁴

Што се тиче сигурност запослења, она је обезбеђена кроз правило да положај запослених неће бити угрожен или измењен као последица преноса. Другим речима, садржина радног односа остаје непромењен, упркос промени његових субјеката. Закључак је, да какав год да је материјални обим права у оквиру радног односа био пре преноса, та права не треба да буду ништа мања код новог послодавца.²²⁰⁵ Други ниво заштите се односи на забрану отказа која укључује и отказ који је последица суштинских измена услова рада, а који се приписује послодавцу.²²⁰⁶ Начело континуитета радног односа значи да учесници статусне промене не могу отказати запосленима уговор о раду у току спровођења тог поступка. Темпорална заштита није везана за временске координате него за чињеничну основу која доводи до отказа. Тако, отказ не може бити ваљан ако је дат у периоду блиском реструктурирању на основу плана преноса. Ипак, послодавац задржава право да отпусти запосленог због „економских, техничких или организационих разлога који повлаче промене у радној снази“.²²⁰⁷

Да ли је потребно да запослени буду упознати са преносом предузећа? Ако је одговор на постављено питање негативан, то повлачи следеће, да се запослени не може успротивити преносу, јер се са њим није ни упознао. Такође, да ли је довољно да запослени буде упознат са преносом или мора да зна и идентитет преносиоца, што није униформно потврђено, те се тако сматра да је довољно да запослени буде упознат са преносом, јер идентитет новог послодавца суштински не мења ствари и не утиче штетно на његов положај.²²⁰⁸ Без обзира да ли се запослени противе преносу или не, до тога ће доћи *ope legis*. У домаћем праву, постоји обавеза послодавца да у писаној форми обавести запослене о преносу, а запослени се о преносу могу изјаснити у року од пет радних дана.²²⁰⁹ Према српском Закону о раду, послодавац претходник је дужан да обавести запослене чији се уговор о раду преноси како би се они изјаснили да ли пристају или не на поменути пренос. Запослени може поступити на три начина: прихватити пренос уговора о раду, и о томе писаним путем обавестити послодавца претходника или одбити пренос уговора о раду (активно поступање), а могуће је и неизјашњавање о предложеном преносу у законом прописаном року (пасивно поступање). Ако се запослени изричито изјасни у писаној форми о одбијању преноса уговора о раду или се не изјасни у наведеном року послодавац претходник може отказати уговор о раду том запосленом. Пошто може не значи и мора, оправдано се поставља питање какав је статус запосленог коме није отказан уговор о раду од стране послодавца. Као један од могућих начина да се ова правна празнина попуни је узимање као кључне одреднице ступање на рад запосленог који на тај начин успоставља радни однос са послодавцем следбеником. Овакво тумачење произлази из правила да за заснивање радног односа није довољан закључен уговор о раду, и да, без ступања

²²⁰⁴ Тијана Ковачевић, „Заштита индивидуалних и колективних права запослених у случају промене послодавца“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 3, Vol. 95, 2023, 860.

²²⁰⁵ Marija Dragičević, „(Im)Permissibility of amending the employment contract in the circumstances“, *Facta Universitatis*, Vol. 22, бр. 1, 2024, 14.

²²⁰⁶ Lj. Kovačević, „Individual Rights of Employees in Transfers of Undertakings in Serbia“, *op. cit.*, 241.

²²⁰⁷ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 200.

²²⁰⁸ Mélanie Schmitt, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, у: Niklas Bruun, Klaus Lörcher, Isabelle Schömann, Stefan Clauwaert (eds.), *The European Social Charter and The Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2017, 417.

²²⁰⁹ Закон о раду, чл. 149.

на рад запосленог, фактички долази до његовог анулирања. *Argumentum a contrario*, ступањем на рад настаје фикција о заснивању радног односа на неодређено време, упркос одсуству уговора закљученог са послодавцем следбеником. Међутим, ако се дубље анализира институт промене послодавца чини се да његова логика више одговора решењу да се уговор о раду сматра уступљеним послодавцу следбенику, ако се запослени сагласи са преносом уговора, те да се у свим другим ситуацијама има сматрати да се пренос не односи на уговор о раду конкретног запосленог.²²¹⁰

Из угла компанијског права институт промене послодавца би подразумевао промену правне форме, промену власништва над капиталом и статусне промене. Како послодавац може бити и физичко лице, Закон о раду је меродаван за одређивање ситуација у којима долази до промене послодавца. Нажалост, он то не чини, што доводи до низа проблема у одређивању тог појма. У суштини, под променом послодавца би се могла окарактерисати свака ситуација која нужно повлачи промену економски јаче уговорне стране, током трајања радног односа. Закон о раду садржи широку и доста непрецизну формулацију да се послодавац мења у случају „статусних промена, односно промена послодавца, у складу са законом“.²²¹¹ Иначе, ова одредбе није мењана од Закона о раду из 2005. године који је по први пут уврстио норму посвећену заштити запослених у случају промене послодавца (преноса предузећа). То, даље, значи да Закон о раду нема ексклузивитет одређивања ситуација у којима долази до промене послодавца, већ допушта могућност да до промене послодавца дође и када је то неким другим законом предвиђено. Оно што се може приметити је издвајање статусних промена у наведеној дефиницији. У суштини, законодавац помиње ситуацију која је неспорна и најчешће коришћена у пракси. Међутим, до промене послодавца може доћи и у другим ситуацијама, на шта и указује слово Закона, само што те ситуације даље не прецизира. Јасно је да је појам статусних промена ужи од појма промене послодавца, али међупростор остаје празан, а из разлога правне сигурности би морао бити попуњен.

Дакле, законписац наводи једино статусне промене приликом одређивања појма промене послодавца, а на остале ситуације у којима такође долази до тога упућује на друге изворе. Овакво решење није најбоље због недостатка других извора који ово питање изричито уређују. У светлу тога, треба уочити да промена правне форме не повлачи нужно промену и правног субјективитета, те самим тим ни промену лица која врши управљачка овлашћења.²²¹² Када је реч о промени власништва над капиталом десиле су се корените промене које иду у ретроградном правцу. До измена Закона о раду 2014. године поступак својинске трансформације није утицао на запослене и њихов радноправни статус, јер су радна места остала очувана упркос промени лица која врши заступничка и управљачка овлашћења. Приликом промене власништва над капиталом не долази до промене правног субјективитета друштва, па самим тим ни до промене послодавца. Са циљем да се очувају постојећа права запослених, одредбе усмерене ка њиховој заштити у случају промене послодавца протезале су се и на поступак приватизације друштвених предузећа. Упркос формално прокламованом солидном оквиру заштите, у пракси је долазило до отпуштања већег броја запослених кроз тзв. програме вишкова праћених социјалним програмима заснованим на тзв. пасивним мерама политике запошљавања које су се сводили на исплату отпремнине.²²¹³ Приватизација је требало да јасно дефинише својински статус и омогући рентабилније коришћење ресурса који представљају главне чиниоце привредног развоја. Стога трансформација не подразумева само промену власничке структуре, већ и повећање пословне ефикасности, флексибилности и

²²¹⁰ Љубинка Ковачевић, „Усклађивање домаћег законодавства и праксе са радним правом Европске уније – пример заштите права запослених у случају промене послодавца“, *Радно и социјално право*, Vol. 21, бр. 1, 2017, 75.

²²¹¹ Закон о раду, чл. 147.

²²¹² Т. Ковачевић, „Заштита индивидуалних и колективних права запослених у случају промене послодавца“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, *op. cit.*, 861.

²²¹³ Љ. Ковачевић, „Усклађивање домаћег законодавства и праксе са радним правом Европске уније – пример заштите права запослених у случају промене послодавца“, *op. cit.*, 5.

конкурентности које се једино може постићи ако се већински власник налази изван друштва. Иако се нису постигли задовољавајући резултати, изостанак одредбе који се односи на запослене и њихов полагај у поступку приватизације се у теорији оштро критикује, с обзиром да се истек рока за спровођење обавезне приватизације не односи на јавни капитал. Такође, промена власништва над капиталом не значи промену послодавца у смислу остваривања права на отпремнину, чиме се заштита запослених додатно обрушава.²²¹⁴

Имајући у виду велики број поступака приватизације који су вођени у Србији, увид у судску праксу Европског суда правде може бити користан, нарочито ако се узме у обзир чињеницу да се поступци приватизације неретко нису могли окончати. Интересантан је случај из 90-их *Celtec Ltd v John Astley* у којем је након приватизације дошло до аутоматског преноса уговора о раду, а да су запослени били у заблуди о току приватизације.²²¹⁵ Наиме, државна агенција за запошљавање у Велсу је уступљена приватном предузећу за обуку и саветовање као део административне реформе, при чему је део запослених одлучио да настави да ради код новог послодавца на истим пословима, уз уверење да су они задржали статус државних службеника. Како је било речи о градацијској приватизацији, која је подразумевала постепену промену својинске структуре, у транзиционом периоду од три године, приватно предузеће је користило базе података и пословни простор државне агенције, укључујући и радну снагу, док је формални послодавац и даље остала држава. Након тог периода, запосленима је понуђен наставак запослења у приватном предузећу за обуку и саветовање или поновно запослење у државној агенцији. Проблем се јавио у погледу тренутка од када се рачуна почетак рада за новог послодавца, да ли од тренутка трансформације статуса или од самог почетка када је запослени, у ствари, имао статус државног службеника, јер је послодавац дужан да обавести у писаној форми запослене о условима рада у моменту заснивања радног односа. У светлу Директиве 77/187 која је донета на основу тадашњег члана 100 (а садашњег члана 94) Римског уговора, послодавац следбеник не би требало да нарушава континуитет запослења. Штавише, до преноса је дошло у тренутку када је послодавац следбеник имао искључиву контролу над пословањем, а у прилог говори и то да је радна снага од стране новог послодавца коришћена током читавог транзиционог периода.²²¹⁶ Дакле, датум преноса предузећа не мора бити фиксиран у времену, што значи да до преноса може доћи и поступно у неколико фаза, а да за запослени о томе морају информисати у првој фази. Окончање поступка преноса предузећа повлачи замену дужника, тако да егзактан датум преноса значи ослобађање старог послодавца и улазак новог послодавца у тај статус, у погледу права и обавеза које има према запосленима. Међутим, пренос предузећа се не може одложити за каснији датум од датума назначеног у уговору о преносу вољом старог или новог послодавца.²²¹⁷ Поред тога, ако се пренос предузећа не поклапа са преносом уговора о раду, настају додатне компликације, јер се отежава одређивање тачног датума преноса предузећа. У тим ситуацијама, потребно је спречити наступање ризика да заштита гарантована запосленима буде изиграна, због чега ће суд, уз уважавање слободе уговарања признати запосленима право да одбију пренос уговора о раду. Дом лордова потцртава да аутоматски пренос уговора о раду не може деловати у обрнутом смеру, да запослени након преноса остану у саставу („хумани капитал“) друштва преносиоца. То може довести до тога да запослени не буду упознати са чињеницом преноса, што значи да нису ни могли да дају свој пристанак. У случају *Celtec*, пренос уговора о раду је свакако користио запосленима, јер би у супротном они изгубили права стечена код претходног послодавца, али то не значи да ће у свакој ситуацији бити тако. Да би се то отклонило уведена је обавеза информисања свих запослених код послодавца о намери преноса предузећа и важним чињеницама везаним за пренос (датум и разлози преноса, правне последице преноса, идентитет новог послодавца).

²²¹⁴ Закон о раду, чл. 158.

²²¹⁵ Пресуда Европског суда правде у предмету бр. Case C-478/03, (*Celtec Ltd v John Astley and Others*).

²²¹⁶ За примену Директиве 77/187 је од значаја и да предузеће стичалац обавља економску активности.

²²¹⁷ Више о одлагању датума преноса предузећа вид. у предмету *Rotsart de Hertaing*.

Поменута Директива Европске уније, а што може бити од значаја и у нашем правном поретку, примењује се и на пренос дела предузећа, односно све присутнијег коришћења *outsourcing*-а што је утврђено је од стране Европског суда правде у случају Шмит (Norbert Schmitt).²²¹⁸ Наиме, тужила је била задужена за чишћење једног одсека у немачкој банци која је пренела део своје делатности другој банци (*Spiegelblank*). Ново предузеће је понудило запосленој посао уз већу плату, али је она била задужена за чишћење веће броја просторија из разлога што је делатност предузећа на које је пренето власништво било задужено за чишћење већине зграда у поседу банке. Таква понуда је код запослене изазвала незадовољство, јер је по њеном мишљењу зарада код новог послодавца била реално мања због чега је затражила судску заштиту са захтевом да се *Spiegelblank* обавезе на поштовање ранијих услова рада.²²¹⁹ Европски суд правде је заузео став да Директива треба да покрива ситуације у којој једно предузеће поверава уговором другом предузећу делатност чишћења пословних просторија које је до тада оно само обављало. Чињеница да је пренесена активност од секундарног значаја за претходног послодавца и да није у непосредној вези са циљем предузећа не може сама по себи искључити примену Директиве.

Одлукама Суда утврђено је да за примену Директиве није неопходна непосредна правна веза између послодавца претходника и послодавца следбеника (тзв. „двостепени трансфер“). Тако се у случају Меркс (*Mercks*) Европски суд правде изјаснио да има места примени Директиве у ситуацији када предузеће које се бави дистрибуцијом моторних возила на одређеној територији прекида своју активност и преноси је након добијања лиценце за продају возила на друго предузеће које преузима део запослених и која се од стране предузећа које производи возила препоручује купцима, и то без директне уговорне везе између тих предузећа.²²²⁰

Једна од сврха увођења Директиве је да се обезбеди да конкуренција између држава чланица не буде неоправдано нарушена деловањем веома различитих националних правила која регулишу реструктурирање пословања. Директива покушава да помири заштиту социјалних права са економским правима у време када су неке европске владе настојале да промовишу већу флексибилност тржишта рада. Европски суд правде је кроз своју јуриспруденцију потврдио да уговори о раду који постоје у моменту преноса се аутоматски преносе на послодавца сукцесора, без обзира на супротну намеру послодавца претходника или послодавца следбеника или одбијање друштва стицаоца да преузме обавезе.²²²¹ Притом, до преноса уговора о раду долази на дан преноса предузећа, јер би остављање простора да се пренос уговора о ради врши одабиром датума од стране друштва стицаоца и/или друштва преносиоца довело до деволвирања сврхе Директиве.

2. Правне последице промене послодавца

2.1. Аутоматски пренос уговора о раду

Режим аутоматског преноса уговора о раду подразумева да сви уговори о ради и сва права и обавезе које произилазе из тих уговора прелазе са послодавца претходника на послодавца следбеника по аутоматизму. У вези са тим је потребно разјаснити да ли се правило о аутоматском преносу уговора о раду примењује и у ситуацији када запослени одбије наставак радног односа. Ово нарочито ако се узме у обзир формулација коришћена у

²²¹⁸ Пресуда у предмету бр. Case T-175/03, *Norbert Schmitt v European Agency for Reconstruction (EAR)*.

²²¹⁹ Линец Александр Александрович, *Трудовые и социально-партнерские отношения при передаче предприятия по праву Европейского Союза и Российской Федерации*, Юридический факультет, Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова, Москва, 2014, 19.

²²²⁰ S. Rainone, *The role of the Court of Justice in EU labour law: A case study on the Transfer of Undertaking Directive*, *op. cit.*, 8.

²²²¹ *Ibid.*

појединим законским текстовима, па тако швајцарска право познаје решење по којем ће се права и обавезе из уговора о раду или радног односа који је постојао на дан преноса пренети на послодавца сукцесора, осим ако се запослени успротиви преносу.²²²² Исто питање поставило се и у британском случају *Direct Radiators Ltd v Howse* у којем је предузеће послодавац следбеник пре преноса изјавило да неће преузети запосленог, јер му његов рад није потребан, а послодавац претходник је задржало запосленог на раду.²²²³ Наиме, Суд је уважио аргумент новог послодавца да уговорни основ везе између ранијег послодавца и запосленог није прекинут у моменту преноса предузећа, без даљег појашњења да ли наставак рада код истог послодавца значи анулирање правила о аутоматском преносу уговора о раду, што у предметном случају значи да послодавац претходник остаје правно одговоран према запосленом за исплату отпремнине по престанку радног односа.²²²⁴ Ипак, правило о аутоматском преносу уговора о раду није нарушено када је запосленом, након преноса предузећа, понуђен нов уговор о раду са послодавцем стицаоцем који је требало да ступи на снагу неколико недеља након трансфера, док би за то време запослени остао да ради код послодавца претходника.²²²⁵ У том смислу, ако ранији послодавац жели да задржи део радне снаге мора да редифинише свој однос са њима односно да пре преноса преноса предузећа изврши измену уговора о раду.

Имајући у виду богату судску праксу Европског суда правде, ваља указати и на појединости случаја у којем је запослени након преноса имовине, радио за оба учествујући друштва, иако је, формално посматрано, остао у радном односу са ранијим послодавцем, вршећи послове менаџера производње.²²²⁶ Компанија која је преузела друштво је за време док је запослени био на годишњем одмору продала своју имовину новом предузећу. На списку запослених који су преузети није стајало његово име, али га је послодавац замолио да помаже новом друштву у управљању производњом преузетог предузећа за период од две недеље, на шта је запослени пристао. По истеку договора, запосленом је понуђен уговор о раду са новим послодавцем, а његов ранији послодавац се са тим сагласио. Убрзо након тога, нови послодавац отказује уговор о раду запосленом, а имајући у виду логику која стоји иза правила о аутоматском преносу уговора о раду, до отказа не може доћи само зато што је извршен пренос, али ни у кратком периоду који следи, због чега нема сумње да је континуитет радног односа очуван.²²²⁷

Штавише, није дозвољено склапање нових уговора о раду у циљу заобилажења заштитних норми. Стога, ако послодавац претходник услед преноса пословања откаже све уговоре о раду, а послодавац следбеник закључи нове уговоре са погођеним запосленима, што за последицу има губитак ранијих права, уговор о раду који не одражава раније клаузуле могао би бити проглашен ништавим.²²²⁸ Повлачење правне заштите на бази реципрочно изражене воље не би требало допустити из разлога опасности да запослени могу у изражавању своје воље бити спутани спољашњим утицајима и личним потребама и захтевима.

Ваља поменути ситуацију коју швајцарски законодавац препознаје као деликатну, а то је ситуација у којој је рад запосленог подељен између дела предузећа, који се преноси, и дела на који пренос пословања не утиче, тако да тежиште радног односа мора бити утврђено (*Schwerpunkt*), јер радни однос не може делимично бити пренет. Дакле, уговори о раду се

²²²² Helena Lamponen, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, Helsinki University Print, Helsinki, 2008, 76.

²²²³ *Direct Radiators Ltd v Howse and Shepherd* 4.7.86 EAT 130/86.

²²²⁴ Sylvaine Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 172.

²²²⁵ *Ibid.*

²²²⁶ H. Lamponen, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, op. cit., 76.

²²²⁷ *Ibid.*

²²²⁸ A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, *The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis*, op. cit., 4.

аутоматски преносе на послодавца следбеника или остају код послодавца претходника, те у том смислу средње решење није могуће.²²²⁹ Уговор о раду се преноси самим чином преноса предузећа, без обзира на међусобни договор послодавца претходника и послодавца следбеника. Дакле, правило о аутоматском преносу уговора о раду се примењује чак и против воље послодавца претходника, а није значајно ни то да ли се послодавца следбеник претходно обавезао да ће преузети уговоре о раду, премда дејства преноса могу бити избегнута ако се запослени успротиви преносу. Швајцарски Законик о облигационим односима наводи да до преноса предузећа долази када власник предузећа више није исти правно лице односно када друго правно лице наставља или преузима идентичан или сличне активности.²²³⁰ Притом, суштина је у промени контроле и руководства до које долази пословним трансферима, где се као примери наводе продаја, замена или донација акција предузећа, стицање у поступку реализације принудне наплате, спајање, одвајање или пренос имовине итд.

Према праву Европске уније, пренос радних односа се одвија без изричитих изјава о намерама било које стране.²²³¹ Италијанска судска пракса је јасно утврдила да је пренос уговора о раду (и радног односа) пука аутоматска последица преноса посла и у том циљу друштво преносилац и друштво прималац не морају претходно да прибаве сагласност запосленог.²²³² Упркос томе, запослени има законско право да оспори пренос уговора о раду у преклузивном року од 60 дана од датума преноса, а затим да у року од 180 дана поднесе тужбу пред надлежним судом. Запослени, чији се радни однос не преноси, имају право на првенство у случају новог запошљавања код друштва стицаоца у року од 12 месеци од преноса предузећа или дуже ако је тако утврђено колективним уговором о раду.

До преноса уговора о раду долази без обзира на то да ли запослени раде са пуним или непуним радним временом, на одређено време или обављају приправнички стаж. Исто тако, директори који имају статус запослених аутоматски настављају да раде код новог послодавца у случају преноса пословања. У аустријском праву, изузетак постоји када је директор такође и акционар компаније, а поседује више од 50% акција, или када је запослен у другом привредном друштву.²²³³ Запослени, међутим, има право да одбије пренос уговора на новог послодавца, с тим да су правне последице одбијања уређене националним законима. У том смислу, одбијање наставка рада се може третирати као отказ који повлачи губитак права на отпремнину, уз изузетак када је отказ последица штетне или негативне промене услова рада који се увек приписује послодавцу. По речима енглеског Апелационог суда у предмету *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries* право запосленог да изабере свог послодавца представља „главну разлику између радног односа и односа слуге и кмета“.²²³⁴ У сваком случају, прихватити да запослени могу прећутно одбити наставак рада би било у супротности са духом Директиве 77/187 ЕЕЗ, која уместо тога предвиђа аутоматски пренос уговора о раду као последицу преноса. Када је реч о тачном датуму преноса треба имати у виду да датум ступања на снагу уговора о преносу не мора бити датум стварног потписивања тог акта.

Када је реч о решењу прихваћено у јужноафричком праву, неки правни писци су се залагали против аутоматског преноса уговора о раду, док су други заузимаи супротан став,

²²²⁹ Томе у прилог говори и швајцарски Врховни суд који је потврдио да запослени који су отишли у превремену пензију пре преноса предузећа, па више нису били у радном односу у време преноса не могу истицати своје потраживање према друштву стицаоцу ако друштво преносилац није испунило своје законске обавезе. V. Carton, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 481.

²²³⁰ Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 333

²²³¹ За разлику од европског законодавства, у руском праву пренос предузећа не доводи до преноса уговора о раду, с тим да се ранији и нови послодавац могу споразумети другачије. Но, ако се запослени не сложи са преносом, послодавац га може прогласити технолошким вишком.

²²³² Vito Leccese, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *European Law Journal*, No. 3, Vol. 5, 1999, 318.

²²³³ *Ibid.*

²²³⁴ *Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd* [1940] AC 1014. Paul Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, у: Paul Davies, Antoine Lyon-Caen, Silvana Sciarra, Spiros Simitis (eds), *European Community Labour Law: Principles and Perspectives*, Clarendon Press, Oxford, 1996, 96.

све док се суд није изјаснио у корист аутоматског преноса. Интересантан је изолован случај *Nehawu v UCT & others*, у којем је Апелациони суд тумачио члан 197 јужноафричког Закона о радним односима на начин да се уговор о раду не може пренети без сагласности запосленог, тако да дејство аутоматског преноса почиње тек када се стари и нови послодавац сложе да желе да пренесу уговор о раду, у недостатку сагласности запосленог.²²³⁵ На то се надовезује и правило о садржини уговора о раду која остаје непромењена, осим ако није другачије договорено. То значи да, када дође до преноса уговора о раду, стране нису принуђене да задрже старе одредбе и услове, ако се договоре о другачијим условима рада. Ваља поменути и јединствени став да је потребно запосленима дати право на штрајк којим би се приморао послодавац на правично поступање у поступку реструктурирања. Ипак, важан изузетак је направљен у случају уговора о продаји посла где сврха уговора није пренос посла или једног од његових делова. У таквој ситуацији, ако нема измене уговора, продаја имовине се не квалификује као пренос посла.²²³⁶

Поређења ради, у мађарском праву, запослени немају право приговора на пренос, али у случају да преношење пословања доводи до штетних промена суштинских услова рада, запослени може раскинути уговор о раду у року од 30 дана од дана преноса.²²³⁷ Правила о преносу пословања имају кратку историју (свега 20 година постојања), те је мало и судских одлука посвећених сложеној тематици трансфера. Без обзира на то, судска пракса је доследна и јасна у погледу тога да између послодавца следбеника и запосленог не настаје нови радни однос, већ се дејства ранијег уговор о раду преносе по аутоматизму. Друштво стичалац аутоматски постаје нови послодавац запослених. Радни однос се наставља под непромењеним условима то јест условима који су наведени у првобитном уговору о раду.²²³⁸ Пошто се радни однос одржава без обзира на промену идентитета послодавца, послодавац следбеник не може запосленом наметнути пробни рад, јер је уговарање пробног рада дозвољено само на почетку радног односа.²²³⁹ Свака промена у обострано договореним условима је могућа под условом да обе стране постигну сагласност. Другим речима, промена је могућа само у мери у којој се запослени са њом слаже. Одбијање запосленог да прихвати измену елемената уговора не може послужити као законити разлог за раскид уговорног односа. Колективни уговори о раду, статуту послодавца, подзаконски акти и пословне политике могу садржати услове запошљавања. Додатно, услови рада и/или друге одредбе које се односе на услове рада, утврђене ван уговора о раду (споразуми о неконкурентности, уговори о студирању), могу се променити као резултат преноса.²²⁴⁰

У предмету *Daddy's Dance Hall v. Tellerup* у којем је Данска затражила прелиминарну пресуду у вези са тумачењем појединих одредаба Директиве 77/187/ЕЕЗ, тужилац је био запослен на позицији менаџера ресторана у привредном друштву *Irma Catering*, које је преузело ресторане и барове који су припадали друштву *Palads Teatret*.²²⁴¹ Када је уговор о закупу, који се није могао дати у подзакуп, истекао привредно друштво *Irma Catering* је отпустило све запослене, укључујући и господина *Tellerup*, уз отказни рок од три месеца. Када је истекао отказни рок наведена привредна друштва су поново закључила уговор о закупу, где је предузеће стичалац закључило нове уговоре о раду са свим запосленима, а господин *Tellerup* је наставио да ради на истом послу, с тим да је његов менаџерски уговор предвиђао да ће његова накнада, која је раније била у облику провизије, сада бити исплаћивана у облику

²²³⁵ *Nehawu v University of Cape Town and Others* 2002 (4) BLLR 311 (LAC).

²²³⁶ *Ibid.*

²²³⁷ H. Fehe, „Hungary“, *op. cit.*, 250.

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 110.

²²⁴⁰ Paul Davies, „Transfer of Undertakings“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts – National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, 134.

²²⁴¹ *Ibid.*

фиксне зараде.²²⁴² Поред тога, нов уговор је, на његов захтев, предвиђао и обавезу тромесечног пробног рада, уз могућност да уговор буде отказан уз претходно обавештење дато најмање 14 дана раније. Након истека пробног рада господину *Tellerup* је отказан уговор, те се у вези са тим поставило питање да ли се отказ може дати са краћим отказним роком ако се узме у обзир његово запослење код преносиоца. Наиме, поставило се питање: да ли се запослени може одрећи права која су му дата Директивом ако су недостаци који проистичу из његовог одрицања надокнађени таквим погодностима да, гледајући ствар у целини, он није стављен у лошији положај. Суд је на ово питање дао квалификован одговор, а имајући у виду параграф 14 где се каже да је сврха Директиве да осигура да су права запослених погођених преносом предузећа заштићена, додаје да: „Будући да је ова заштита ствар јавне политике, те стога независна од воље страна у уговору о раду, правила Директиве, посебно она која се тичу заштите радника од отказа због преноса предузећа, морају се сматрати обавезним, тако да од њих није могуће одступити на начин неповољан за запослене“.²²⁴³ Из тога произилази да запослени не могу да се одрекну права која су им дата Директивом, нити им се та права могу ограничити, без обзира на њихов пристанак. Другим речима, дерогација правила Директиве о аутоматском преносу уговора о раду и забрани измене услова рада не могу бити дерогирани. Упркос томе, Директива не забрањује да се закључи нови уговор и да се измене услови рада и услови под којима се може раскинути уговор, ако то до допушта национално законодавство и ако модификације уговора нису извршене као последица преноса.²²⁴⁴

Интересантан је предмет у којем се господин *Katsikas* успротивио наставку рада код предузећа стицаоца.²²⁴⁵ Суд је, позивајући се на своју пресуду у предмету *Daddy's Dance Hall*, истакао да, иако Директива дозвољавала запосленом да остане у радном односу код новог послодавца под истим условима који су договорени са преносиоцем, то се не може тумачити као обавеза запосленог да настави радни однос код стицаоца. Конституисање такве обавезе би значило угрожавање основних права запосленог, а у првом реду прави на рад које претпоставља слободан избор послодавца. Запослени мора бити у позицији да бира да ли ће ступити у радни однос са предузећем примаоцем након датума у којем је извршен трансфер што значи да он заправо врши избор тако што својом слободном вољом одлучује да то не учини. Дакле, запослени не може бити обавезан да ради за послодавца којег није слободно изабрао, јер правило о аутоматском преносу уговора, укључује могућност да се запослени „по сопственој вољи повуче из овог аранжмана одбијањем да ступи у радни однос са примаоцем“.²²⁴⁶

Илустрације ради, приказаћемо још један предмет где је запослени радио за компанију *Renault France* као менаџер маркетиншког одељења у пословној јединици у Кану. Након пет година потписан је анекс уговора о раду којим је запослени прихватио унапређење и додавање клаузуле географске мобилности која је предвиђала да се од запосленог може тражити да обавља своје дужности у било којој другој аутомобилској компанији која припада групи *Renault France*.²²⁴⁷ Након што је одбио премештај у другу компанију, запослени је добио отказ због непоштовања клаузуле географске мобилности. Иако је првостепени суд пресудио у корист послодавца, у поступку по жалби поништено је решење са позивом на чл. L. 1222-1 Законика о раду уз образложења да запослени „не може унапред прихватити промену послодавца, док је клаузула географске мобилности ништава без обзира на то што предузеће

²²⁴² Jeff Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2003, 28.

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ P. Davies, „Transfer of Undertakings“, *op. cit.*, 134.

²²⁴⁵ Пресуда у спојеним предметима бр. C-132/91 (*Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis*), бр. C-138/91 и бр. C-139/91 (*Uwe Skreb, Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*).

²²⁴⁶ *Ibid.*

²²⁴⁷ Ово се посебно примењује на руководиоце унутар међународних група или великих компанија у којима је мобилност нужна за напредовање.

преузималац припада истој групи или економско-друштвеној јединици“.²²⁴⁸ Отуда, примена клаузуле географске мобилности не може имати за последицу принудну промену послодавца, тако да је клаузула географске мобилности ништава и у контексту унутаргрупне мобилности. У наведеном члану француског Законика о раду стоји „уговор о раду подлеже правилима обичајног права.“ Овај случај привлачи нарочиту пажњу из разлога што је истакнут другачији правни основ за измену елемената уговора о раду.²²⁴⁹ Ово није први пут да обавеза добре вере служи као основ за остваривање права запосленог. Подсетимо се, наиме, да је обавеза запосленог прилагођавању променама на радном месту настала још 1992. године, пре него што ју је кодификовао законописац 10 година касније. Ова одлука је интересантна и по томе што потврђује крајње ограничену предности која се послодавцу даје постојањем клаузуле географске мобилности. Подсећања ради, клаузула географске мобилности је валидна ако прецизно дефинише географски опсег, а спроводи се у доброј вери и у складу је са интересом компаније и не утиче неоправдано или несразмерно на право запосленог на лични и породични живот. Поред тога, спровођење клаузуле не сме бити праћено изменом уговора о раду, било у погледу обавеза које су поверене запосленом или висине њихове накнаде. Ризик једностране измене накнаде у овом контексту је нарочито присутан јер ће до тога увек доћи ако се запослени плаћају, чак и делимично, на променљивој основи у зависности од промета и комерцијалних резултата, јер се сектор или учинак њиховог новог места запослења, нужно разликује од претходно.

Поред очувања запослења, важно је очување и услова рада, због чега је по Директиви, послодавац следбеник дужан да примењује „стари“ колективни уговор најмање годину дана.²²⁵⁰ Директива о стеченим правима имплементирана је у белгијско национално законодавство кроз колективни уговор бр. 32 од 7. јуна 1985. године о очувању права запослених услед преноса пословања закљученог у оквиру Националног савета за рад.²²⁵¹ У белгијском праву, сва права и обавезе које произилазе из радног односа који постоји на датум преноса аутоматски ће бити пренета на новог послодавца, са изузетком права стечених на основу старости, инвалидности или породичних бенефиција у оквиру додатних шема које се налазе ван оквира законског социјалног система. Заправо, сва права и обавезе се из уговора о раду преносе на стицаоца по закону, те није потребно закључивање нових уговора о раду, што у принципу значи да нови услови рада треба да буду идентични ранијим условима рада.

Белгијско право предвиђа да колективни уговор о раду наставља своју примену код друштва стицаоца до истека периода важења или узајамног раскида и замене другим колективним уговором о раду (ако је колективни уговор закључен на неодређено време). Међутим, појединачни услови рада који произлазе из колективног уговора о раду, а који су постали уговорени услови након њихове имплементације у индивидуалне уговоре о раду, остаће на снази и након истека важења колективног уговора о раду. Као пример се наводе: измена структуре награђивања запослених која произилази из закључка садржаног у колективном уговору; одобравање нових накнада и бонуса или посебне премије; измена услова у погледу радног времена. Даље, услови рада укључени у индивидуалне уговоре о раду биће усклађени са осталим условима појединачних уговора, осим ако инкорпорација није колективним уговором искључена као могућност. Принцип инкорпорације се примењује како

²²⁴⁸ Ипак, поједини аутори сматрају да би било праведније да се валидност клаузуле мобилности унутар групе оцењује узимајући у обзир природу функција и делатности компаније. J. Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, *op. cit.*, 29.

²²⁴⁹ Тада је дошло до брисања одредаба чланова 1134 и 1147 Грађанског законика који су служили као основ за примену режима измена елемената уговора о раду. Овај покрет у циљу аутономије радног права сасвим је логичан имајући у виду да се у том периоду радно право постепено почело ослобађати својих „традиционалних грађанскоправних сидришта“. *Ibid.*

²²⁵⁰ У Уједињеним Арапским Емиратима не постоји концепт колективног уговора о раду, те се тако услови рада који важе за групу запослених морају укључити у индивидуалне уговоре о раду.

²²⁵¹ Sylvaine Laulom, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, *op. cit.*, 172.

на колективне уговоре о раду закључене на нивоу предузећа, тако и на секторске колективне уговоре.

У румунском праву ако након преноса пословања, предузеће не задржава своју аутономију, а колективни уговор на снази код послодавца сукцесора је повољнији, на премештене запослене ће се примењивати један од два колективна уговора о раду који је из угла запослених бољи.²²⁵² Дискутабилно је да ли би у пракси та два уговора требало да се посматрају и упоређују један са другим као целина, јер би било тешко проценити који је колективни уговор у целини повољнији, посебно када се признају права другачије природе. На пример, ако колективни уговор друштва преносиоца предвиђа отпремнину у висини двомесечне зараде у случају отпуштања запослених због реструктурирања, док колективни уговор друштва стицаоца у том случају не признаје право на отпремнину, али предвиђа дуже трајање годишњег одмора. У праву Сједињених Америчких држава послодавац следбеник не мора да поштује колективни уговор о раду који су закључили запослени са послодавцем претходником, тако да послодавац следбеник није везан садржајем ранијег уговора о раду, нити може бити од законодавца присиљен да поштује оригинални уговор.²²⁵³

2.2. Право запосленог да одбије рад за новог послодавца

Пренос привредног друштва (или његовог дела) подразумева промену послодавца која настаје аутоматски, тако да друштво стицалац, на основу закона, постаје странка на дан премештај, без предузимања даљих радњи у смислу закључења нових уговора о раду са запосленима. Ако би било предвиђено другачије, на пример, условљавањем преноса уговора о раду прихватањем од стране друштва стицаоца, онда би заштита запослења била бесмислена. Аутоматски пренос уговора о раду и радног односа на друштво стицаоца не спречава државе чланице да предвиде солидарну одговорност друштва преносиоца и друштва стицаоца за потраживања настала из радног односа. У немачком праву радни однос који постоји у време релевантног преноса се аутоматски преноси на новог послодавца,²²⁵⁴ с тим да према ставу Савезног суда за рад, запослени може да одлучи да остане код старог послодавца.²²⁵⁵ С друге стране, шведско право предвиђа да се уговор о раду не преноси на новог послодавца ако се запослени противи преносу.

Промена послодавца може довести до одређених промена у условима рада запослених. За измене услова садржаних у уговору о раду потребна је сагласност запослених, с тим да посебну пажњу привлаче услови који нису предвиђени уговором о раду. У сваком случају, одговорност за отказ се приписује послодавцу и када се услови рада мењају посредством колективног уговора о раду, интерног статута, подзакониским актом или компанијском политиком.²²⁵⁶ Национална права могу предвидети посебно право на приговор којим се запослени изјашњава позитивно или негативно о последицама преноса на његов радноправни статус. То значи да запослени може наставити радни однос са друштвом преносиоцем, али исто тако може и раскинути уговор о раду због преноса делатности. У потоњем случају, Директива наилази на ограничење у примени, јер се од запосленог не може захтевати да принудно ступи у радни однос са послодавцем кога није слободно изабрао.

²²⁵² A. Nicolescu, „Implications of modifying individual employment contracts in the light of current Romanian legal provisions“, *op. cit.*, 61.

²²⁵³ B. Veneziani, „Formation, Modification and Termination of Employment Contracts“, *op. cit.*, 53.

²²⁵⁴ Грађански законик Немачке, 613а.

²²⁵⁵ A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, *The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis*, *op. cit.*, 4.

²²⁵⁶ Gavin Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *Common Market Law Review*, vol. 42, бр. 1, 2005, 1100.

За разлику од других европских земаља, право на приговор запосленог није изричито предвиђено у аустријском праву, што значи да се радни однос аутоматски преноси на новог послодавца, без обзира на то што би запослени више волео да настави да ради код претходног послодавца.²²⁵⁷ Изузетак је изграђен у судској пракси у погледу чланова радничког савета који могу да приговоре на пренос властитих уговора о раду, али не и на сам пренос предузећа нити на пренос уговора о раду других запослених. Ипак, када се испуне одређени услови: 1) послодавац није преузео колективни уговор који је садржао посебну заштиту од отказа или 2) послодавац није преузео пензијски план послодавца претходника, запослени има право на приговор преноса уговора о раду. У потоњем случају, запослени мора уложити приговор у року од месец дана почев од момента одбијања преноса компанијске пензијске шеме у индивидуални уговор о раду. Мишљење Европског суда правде у погледу апсолутног важења правила о аутоматском преносу, ублажио је аустријски Виши суд правде у пресуди из 2011. године у којој је одлучено да запослени има право на приговор ако има ваљане разлоге истог квалитета као што су две законске ситуације, док се као издвојени разлог наводи личност послодавца као пресудан разлог за заснивање радног односа. У швајцарском праву, право на приговор је посебно право на раскид уговора о раду за који се не захтева посебна форма.²²⁵⁸ Према белгијском закону, запослени немају право да одбију да буду премештени код новог послодавца са преносом предузећа, али могу да дају отказ или да се позову на конструктивни отказ ако је измењен битан елемент радног односа.

Надаље, Директива предвиђа да пре ступања на снагу преноса пословања, послодавац претходник и послодавац следбеник су дужни да обавесте синдикат и раднички савет и консултује се са њима, у циљу постизања споразума о: утврђеном или предложеном датуму преноса; разлозима за пренос; правним, економским и социјалним импликацијама преноса и свим мерама које се односе на запослене.²²⁵⁹ Ове информације морају бити дате унапред и не касније од 30 дана пре датума преноса. Начелно посматрано, запослени нема право да се противи преносу пословања. Запослени може може уложити примедбе током процеса консултација, али ни послодавац претходник ни послодавац следбеник нису дужни да прихвате приговор, тако да приговори не могу ометати имплементацију трансфера. Запослени може уложити приговор зато што је неважећи премештај (нису испуњени услови за премештај) или да он није требало да буде премештен, с тим да је терет доказивања на запосленом.²²⁶⁰ Даље, ако запослени одбије да буде премештен, он мора дати отказ у року од најмање два месеца, будући да се одбијање рада за послодавца следбеника сматра кршењем обавеза из уговора.

Према мађарском Закону о раду постоје две врсте обавештења о условима рада: обавештење запослених пре промене послодавца и обавештење запослених после промене послодавца.²²⁶¹ Потоње обавештење о условима рада се даје писмено у року од 15 дана од дана промене послодавца, с тим да се обим информација ограничава само на услове рада који се мењају као последица преноса предузећа.²²⁶² У случају да послодавац не обезбеди податке о променама услова рада након датума промене послодавца, запослени могу да истакну захтев за посебно обавештење, како би стекли увид у природу промене, њен значај и штетне последице. Поред тога, судови могу да одлуче у ситуацијама када друштво стицалац не обезбеди информације о промени ранијих услова рада да рок од 30 дана, у којем запослени

²²⁵⁷ *Ibid.*

²²⁵⁸ V. Carron, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 481.

²²⁵⁹ Према белгијском праву, послодавац има обавезу да обавести и консултује представничка тела запослених не само у случају значајне промене структуре предузећа, већ и када настану околности (догађаји или интерне дискусије) које могу имати важне реперкусије за компанију и положај запослених.

²²⁶⁰ A-C. Hartzén, N. Hös, F. Lecomte, C. Marzo, B. Mestre, H. Olbrich, S. Fuller, *The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis*, *op. cit.*, 4.

²²⁶¹ H. Fehe, „Hungary“, *op. cit.*, 250.

²²⁶² G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *op. cit.*, 1001.

могу да остваре своје право на посебан облик обавештења, тече од датума стварног сазнања о променама.

Међутим, није предвиђена никаква санкција у случају повреде обавезе информисања. Тако, када након преноса предузећа послодавац измени радно време без консултација са радницима, пренос предузећа и измена уговора остају важећи, али послодавац може бити сматран одговорним и бити у обавези да надокнади штету коју је, у овом случају, изузетно тешко доказати. Какав ефекат има позитивно мишљење радничког савета или представника радника на појединачну измену уговора о раду?²²⁶³ Чини се да мишљење радничког савета или представника радника не може да имплицира да запослени има обавезу да прихвати такву измену уговора о раду. У француској судској пракси је потврђено правило да послодавац не може да наметне раднику измену уговора о раду, без обзира на мишљење радничког савета.²²⁶⁴ Такође, у швајцарском праву, запослени има право да одбије и измену уговора коју је одобрио раднички представник, јер се не захтева да консултације резултирају споразумом о предвиђеним мерама, а послодавац није везан за мишљење представника радника на крају консултација.²²⁶⁵ Питање се чини још деликатнијим, ако у одсуству представника радника, послодавац директно консултује запослене о мерама које истовремено представљају колективну измену уговора.²²⁶⁶ Наиме, право на консултације даје запосленима сигурност да ће бити саслушани, али у овом случају није реч о одбрани индивидуалних, већ колективних интереса запослених. У светлу тога се заступа став да запослени може одбити измену елемената уговора о раду, чак и када је прихватио реорганизацију предузећа у оквиру колективног уговора. Ипак, овај став се доводи у питање због могућности злоупотребе права од стране послодавца.

У немачком праву, постоје строги захтеви у погледу обавештења запослених о планираном преносу предузећа без прецизирања рока у којем обавештење мора да се изда. Са практичне тачке гледишта, најбоље је обавестити запослене у раној фази, јер то омогућава странкама да идентификују запослене који не желе да пређу да раде код новог послодавца, а с обзиром на то да се приговор улаже у року од месец дана од датума издатог обавештења, послодавци би требало да издају обавештење месец дана пре реализације преноса.²²⁶⁷ Наведени рок, у којем запослени треба да се изјасне, не може бити једнострано скраћен од стране послодавца, али може бити продужен колективним споразумом. Приговор спречава пренос уговора о раду, а радни однос са послодавцем претходником се наставља. Ипак, послодавац претходник може да раскине радни однос из оперативних разлога, а ако то не учини, запослени има право да настави радни однос под истим условима. Како је право на приговор гарантовано, оно не може бити експлицитно или имплицитно опозвано. Међутим, право на приговор може бити одузето или проглашено неважећим у случају злоупотребе права.²²⁶⁸ Тако, немачки Савезни суд је закључио да запослени нема право да се врати на рад код друштва преносиоца ако се успротивио преносу предузећа, с тим да се у међувремену придружио радном колективу друштва примаоца. У предметном случају, запослени се противио преносу предузећа, али је радио три месеца за друштво примаоца без улагања протеста, а послодавац следбеник му је исплаћивало зараду.²²⁶⁹

Академске дебате су се водиле око тога да ли Директива и судска пракса Европског суда правде прихватају немачко решење, према којем запослени могу да одбију пренос уговора о раду или фаворизују француски приступ у којем су запослени нераскидиво повезани са

²²⁶³ H. Fehe, „Hungary“, *op. cit.*, 250.

²²⁶⁴ *Ibid.*

²²⁶⁵ V. Carron, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 481.

²²⁶⁶ Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, „Germany“, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 210.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ Mélanie Schmitt, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, *op. cit.*, 418.

²²⁶⁹ Запослени могу појединачно да приговоре на трансфер посла, али и колективно све док удружено деловање нема за циљ да омета пренос пословања када се може квалификовати као злоупотреба права.

предузећем, те се са преносом предузећа аутоматски преносе и сви уговори о раду.²²⁷⁰ Француска судска пракса иде корак даље, те указује на то да се аутоматски пренос и уговори о раду запослених које је послодавац претходник упутио на рад код другог послодавца пре него што је закључио уговор о статусној промени. Кључну улогу имао је случај *Katsikas*, у којем је запослени у ресторану након што је његов власник продао ресторан, одбио да ради за новог послодавца, а Суд је тумачећи одредбе Директиве оценио да њена сврха није да принуди запослене да раде за послодавца за којег не желе. Из тога следи да запослени није преклудирани да уложи приговор на пренос уговора о раду или радног односа, што значи да може да оптира да се на њега не примени заштита запослења коју предвиђа Директива.²²⁷¹ У сваком случају, на државама чланицама, је да одреде каква ће бити судбина уговора о раду или радног односа, односно да ли ће запослени наставити радни однос код послодавца претходника. Двосмисленост одлуке у случају *Katsikas* довело је до тога да се имплементација Директиве, разликује од државе до државе, с тим да прихваћена решења можемо груписати у три целине: право на одбијање преноса, отказ уговора о раду као последица одбијања, или опстанак радног односа са послодавцем претходником.

Притом, у појединим правним системима (Француска, Мађарска) је у складу са тзв. теоријом предузећа ускраћено право запосленима да одбију пренос уговор о раду, будући да су запослени део предузећа, који доприноси његовој укупној вредности на тржишту. Примера ради, португалски Закон о раду, све до 2018. године, није изричито гарантовао право запосленима да одбију пренос уговора о раду.²²⁷² Осим што законодавац уводи потоње право, он га ближе и уређује, те тако запослени који остварују право на приговор морају писмено обавестити свог послодавца у року од пет радних дана од истека рока за именовање представничке комисије запослених, односно након постигнутог договора или истека рока за консултације.²²⁷³ Ипак, из формулације законске регулативе произилази да је право на приговор запосленог ограничено. Према прихваћеном схватању, закон успоставља само један основ, оцртан општом клаузулом - озбиљна штета, која је правно интегрисана са неколико индикативних елемената, као што је очигледан недостатак солвентности, финансијске потешкоће друштва стигаоца, или пословна политика радне организације која не заслужује поверење запосленог који приговара. Међутим, не изостају дилеме о постојању двоструког основа и ако елемент неповерење је, сам по себи, аутономна основа, који је његов обим, односно да ли је довољно да се запослени позове да нема поверења у организациону политику послодавца следбеника и да одмах искористи право на приговор.²²⁷⁴

Размотримо следећи пример: послодавац преноси имовину на друго правно лице, запослени се противе преносу, али се један запослени позива на озбиљност штете, с тим што се не могу доказати објективни елементи који подржавају такву штету, а други запослени се позива на неповерење као једноставан основ који је поприлично флуидан.²²⁷⁵ То би довело до

²²⁷⁰ 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*, Vol. 23, бр. 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2007, 342.

²²⁷¹ *Ibid.*

²²⁷² Наиме, члан 286-А додат је португалском Законику о раду у којем је наведено да запослени може остварити право на приговор у случају преноса или укидања предузећа или посла или дела предузећа или посла који представља економску јединицу, када постоји опасност да ће пренос проузроковати озбиљну штету запосленом, посебно ако је послодавац следбеник платежно неспособан или је пословна политика коју води негативно оцењена, због чега је запослени неповерљив у погледу наставака рада. Примећујемо да се у већини права користе као синоними право на приговор и право на одбијање, иако постоје извесне разлике, јер је право на приговор блаже правно средство у односу на право на одбијање.

²²⁷³ Pedro Oliveira, „Transfer of undertakings and the right of objection from a Portuguese vantage point“, *European Labour Law Journal*, Vol. 14, бр. 3, 2023, 422.

²²⁷⁴ *Ibid.*

²²⁷⁵ У пракси португалских судова се наводи да радник претходно мора да донесе субјективну и генеричку процену, и да се неповерење може донекле утврдити анализом чињеница на које се позива. Тако, чињенице које дају разлоге за неповерење следиће објективне и разумне критеријуме сагледане кроз перспективу просечног

неправичног исхода да један запослени настави радни однос са послодавцем претходником, а да другом буде отказан уговора о раду без права на накнаду штете због губитка запослења. Такође, за разлику од широког концепта озбиљности штете, разлози за приговор који произилазе из финансијске ситуације примаоца су објективнији и лакше их је доказати. Како оценити ситуацију у којој запослени легитимно очекује да, иако је нови послодавац финансијски стабилан, да ће интеграција у нови радни однос резултирати променама које изазивају озбиљне штете на нивоу породице, то јест на приватном плану. Коначно, шта се дешава у ситуацији када није могућ наставак радног односа код послодавца претходника, јер су пословне просторије уступљене новом предузећу или не постоји одговарајућа радна позиција. Према ранијем решењу португалског права, ако нови послодавац није могао да задржи исте услове уговора, запослени је могао да раскине уговор о раду,²²⁷⁶ док према новом легислативном оквиру, послодавац следбеник одлучује да ли ће наставити уговорни однос или ће га прекинути отпуштањем запосленог.²²⁷⁷

У канадском праву, ако нови послодавац понуди наставак радног односа под другачијим условима, запослени може да одбије понуду, ако је то разумно. У случају прихвата понуде запослени задржава уговорно потраживање према ранијем послодавцу за финансијске губитке које је претрпео услед разлике у условима рада. У контексту отпуштања запосленог у вези са преносом посла, примењује се обавезно начело аутоматског преноса уговора о раду. Овај принцип, међутим, не спречава послодавца претходника или послодавца следбеника да отпусте запосленог из других разлога предвиђених законом (нпр. организациони, здравствени и дисциплински разлози).²²⁷⁸ У чешком праву, када је у року од два месеца од датума преноса дато обавештење о раскиду или је радни однос престао споразумно, запослени може поднети захтев суду да утврди да је престанак радног односа настао због значајне штетне промене у радним условима. Затим, ако суд утврди да је захтев запосленог оправдан, запослени има право на отпремнину која одговара тромесечној просечној заради запосленог.²²⁷⁹

Након преноса, послодавац следбеник је у обавези да поштује услове договорене у колективном уговора о раду до датума његовог истека или склапања и примене другог колективног уговора о раду. Међутим, у праву Велике Британије колективни уговори о раду постају пуноважни тек након инкорпорације у индивидуалне уговоре о раду, што у контексту преноса предузећа, може бити проблем.²²⁸⁰ До тога најчешће долази када се права и обавеза јавног предузећа преносе на приватно предузеће, будући да се висина плата државних службеника углавном одређује позивањем на опште колективне уговоре о раду. Према „статичном“ важењу клаузула колективних уговора, нови послодавац је везан само оним колективним уговором о раду који је на снази у тренутку преноса, док „динамичко“ тумачење води закључку да се услови рада могу уредити и након преноса закључењем новог колективног уговора који ће примењивати послодавац следбеник.²²⁸¹

У неколико случајева је разматрано у којој мери послодавац следбеник може бити у обавези према запосленима који су наставили да раде, у ситуацијама када је пре преноса предузећа, кроз колективно преговарање, договорено повећање зарада, без да је послодавац следбеник дао свој допринос у процесу колективног преговарања. Добро познат пример је случај *Alemo-Herron* где су уговори о раду давали право запосленима на повећање зарада у

радника истог знања као дотични запослени. P. Oliveira, „Transfer of undertakings and the right of objection from a Portuguese vantage point“, *op. cit.*, 424.

²²⁷⁶ Запослени је тада могао једнострано да раскине уговора о раду позивајући се на значајне и трајне промене услова рада приликом вршења законских овлашћења послодавца.

²²⁷⁷ Cornelis De Groot, „The Council Directive on the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings: an overview of recent case law“, *Common Market Law Review*, бр. 35, 1998, 715.

²²⁷⁸ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 353.

²²⁷⁹ P. Samec, M. Cibulková, „The Czech Republic“, *op. cit.*, 123.

²²⁸⁰ John McMullen, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, *Industrial Law Journal*, Vol. 25, 1996, 291.

²²⁸¹ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 405.

складу са колективним уговором о раду Националног заједничког савета за услуге локалне самоуправе.²²⁸² Исто тако, можемо се подсетити и предмета *Ball v BET Catering EAT 637/96* у ком је куварица у школској кантини имала са лондонском општином Ричмонд закључен уговор о раду.²²⁸³ Након што је општина пренела обезбеђивање школских obroka екстерном предузећу запосленима су била ускраћена права, јер је нови послодавац тврдио да колективни уговори о раду више немају ефекта. Тако је и у предмету *Whent v T Cartlidge Ltd* разматрано исто питање, где су измењене зараде и одредбе о прековременом раду биле укључене у индивидуалне уговоре о раду након спроведених консултација са релевантним синдикатом, што је послодавац следбеник одбио да примењује.²²⁸⁴ Потом је колективни уговор о раду био измењен тако да је запосленима гарантована већа зарада, а да је аутоматским преносом уговора о раду послодавац следбеник у обавези да поштује све одредбе, укључујући и оне које имају свој извор у колективном уговору. У том смислу, повлачење послодавца из уговора о раду неће утицати на важење одредаба које се тичу измењене зараде. Ипак, није реч о правилу *ad infinitum*, јер је нови послодавац слободан да преговара о промени уговора о раду или да откаже уговор о раду и понуди нови уговор.

На другачије решење наилазимо у мађарском Закону о раду, у којем се наводи да друштво стипендијалац одржава успостављене услове рада садржане у колективном уговору о раду у периоду од годину дана од датума преноса.²²⁸⁵ Оба обавезе се неће постојати: ако колективни уговор преносиоца истиче или престаје да постоји у року од једне године од дана преноса и ако послодавац следбеник има сопствени колективни уговор који ће се аутоматски примењивати на све запослене без обзира на његов садржај и чињеницу да је неповољнији за запослене. Пошто то може довести до неповољних промена услова рада, законодавац предвиђа посебну заштиту запослених, омогућавајући им да раскину радни однос уз посебну новчану накнаду.²²⁸⁶ Након истека рока од годину дана, услови рада који произилазе из колективног уговора се аутоматски уграђује у индивидуалне уговоре о раду премештених запослених и настављају да се примењују до раскида уговора. Да би се услови рада премештених запослених прилагодили условима рада осталих запослених код новог послодавца (ако су неповољнији од услова који настају из уговора), биће потребно да нови послодавац споразумно измени индивидуалне уговоре о раду премештених запослених. За разлику од услова који произилазе из колективног уговора о раду и који се могу мењати на штету запослених, посебна правила о накнадама (која морају усвојити послодавци који запошљавају најмање 20 запослених) укључена у индивидуалне радне односе наставља да примењује нови послодавац.²²⁸⁷

Тако, немачки Грађански законик предвиђа да када су права и обавезе између послодавца и запосленог утврђени колективним уговорима закљученим са синдикатом или радничким саветима, одредбе тих уговора се сматрају делом индивидуалног уговора о раду. Ваља напоменути да у пољском праву, колективни уговор о раду може бити закључен само за одређену групу запослених код послодавца, то јест не може важити за све запослене. То може довести до ситуације у којој је део преузетих запослених код новог послодавца обухваћен колективним уговором, док други запослени то нису.²²⁸⁸ Одредбе колективног уговора о раду које су повољније за запослене биће аутоматски применљиве, док се за неповољне одредбе захтева измена колективног уговора о раду. У пракси, колективни уговор о раду послодавца претходника се неће односити на послодавца следбеника ако је раскинут пре датума преноса или ако је његова примена суспендована на основу заједничке одлуке уговорних страна, због

²²⁸² P. Oliveira, „Transfer of undertakings and the right of objection from a Portuguese vantage point“, *op. cit.*, 421.

²²⁸³ *Ball v BET Catering EAT 637/96* and in *Whent v T Cartlidge Ltd* [1997] IRLR.

²²⁸⁴ M. Schmitt, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, *op. cit.*, 418.

²²⁸⁵ H. Fehe, „Hungary“, *op. cit.*, 250.

²²⁸⁶ *Ibid.*

²²⁸⁷ Giuseppe Santoro-Passarelli, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers' Rights and Business Needs“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, бр. 3, 2007, 323.

²²⁸⁸ *Ibid.*

финансијске ситуације послодавца. Колективни уговор о раду обухвата две врсте одредаба: услове рада, као и међусобне обавезе уговорних страна. Опште је прихваћено да новог послодавца обавезују само одредбе које се односе на индивидуални радни однос премештених запослених.²²⁸⁹ С друге стране, као резултат преноса предузећа, нови послодавац не постаје странка колективног уговора о раду који покрива премештене запослене, те самим тим нема право да откаже или суспендује овај споразум. Одредбе колективног уговора на премештене запослене се примењују у формулацију коришћеној пре преноса, тако да се измене садржаја колективног уговора након преноса неће примењивати на премештене запослене.²²⁹⁰ Штавише, суспензија, престанак или раскид колективног уговора о раду, након датума преноса, неће утицати на обавезу послодавца следбеника да примени колективни уговор на период од годину дана.

Нови послодавац не може да натера премештене запослене да пристану на измене уговора о раду. Без обзира на наведена ограничења, аутоматски пренос уговора о раду не значи да послодавац следбеник не може променити услове рада након преноса предузећа.²²⁹¹ Послодавац који започне реорганизацију предузећа често предлаже прилагођавања која укључују измене уговора неколико запослених. На пуноважност измене уговора о раду не утичу промене власничке структуре и друге организационе промене код послодавца, ако идентитет послодавца остане исти. Наиме, нови послодавац може у организационе сврхе изменити услове запошљавања, у складу са пословним потребама предузећа. Ипак, белгијско право предвиђа да послодавац следбеник може једнострано изменити услове уговора, ако се ови услови сматрају небитним и ако постоји клаузула која даје право послодавцу на модификацију.²²⁹² Када ти услови нису кумулативно испуњени, биће потребна изричита сагласност запосленог на предложене измене. Коначно, услови који произилазе из појединачног уговора о раду могу бити измењен само другим појединачним уговором о раду, док услови који произилазе из колективног уговора о раду могу бити измењени од стране другог колективног уговора о раду закљученог на истим нивоу. Када је реч о одредбама колективног уговора о раду које су уграђене у индивидуалне уговоре о раду, важи правило да се могу мењати било колективним уговором о раду, било индивидуалним уговором о раду.

У белгијској судској пракси, постоји дебата да ли пренос имовине подразумева пренос пословања и шта се дешава са правима премештених запослених која проистичу из секторских колективних уговора о раду, где пренос предузећа доводи до промене у саставу заједничких комитета (комитет чији су чланови из две или више различитих организација). Интересантан је случај малопродајног предузећа које је преузето од стране велетрговаца, а у оквиру преноса предузећа, заједничка комисија и меродавни колективни уговори о раду су измењени.²²⁹³ Запослени, који је премештен, тражио је исплату заосталих зарада на основу колективног уговора о раду закљученог у оквиру бившег заједничког комитета. Апелациони суд је оценио да нови послодавац мора да поштује све уговоре које је закључио бивши послодавац, укључујући и колективне уговоре о раду потписане са ранијим заједничким комитетом, осим ако нови заједнички комитет није склопио колективни уговор са повољнијим одредбама за запослене.

Као резултат преноса пословања, стандарди садржани у колективном уговору постају део индивидуалних уговора о раду запослених који су погођени трансфером. Сходно томе, послодавац их не може променити на штету запосленог током периода од годину дана након преноса пословања. После истека рока, премда су колективни стандарди трансформисани у

²²⁸⁹ Paul Davies, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, *Industrial Law Journal*, Vol. 30, бр. 2, 2001, 233.

²²⁹⁰ *Ibid.*

²²⁹¹ R. Blanpain, *European labour law*, *op. cit.*, 788.

²²⁹² P. Pecinovsky, „Modification of working conditions in Belgium“, *op. cit.*, 3.

²²⁹³ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *op. cit.*, 1098.

индивидуалне уговоре о раду, све измене ће морати бити међусобно договорене са појединачним запосленим.²²⁹⁴ Није искључена могућност да колективни уговор остане непромењен током преноса пословања, јер је послодавац следбеник члан организације послодаваца, која је закључила колективни уговор или ако је колективни уговор био обавезујући за одређени индустријски сектор. Поред тога, колективни уговор ће бити замењен другим колективним уговором који се примењује код послодавца следбеника. Тако је у судској пракси више пута потврђено да ако су послодавац претходник, као и послодавац следбеник везани колективним уговором о истом предмету, колективни уговор послодавца претходника којим је обезбеђен пензиони план, замењује се колективним уговором о раду друштва примаоца. Супротно, у јуриспруденцији данских судова послодавац следбеник није дужно да запосленом понуди могућност да остане у истом пензијском плану. Додатно, акције се сматрају индивидуалним условима на које запослени имају право након премештаја, мада то може довести до практичних проблема, јер послодавац следбеник често није у могућности да понуди запосленима исте акције или опције на акције.²²⁹⁵

Услове запошљавања не може једнострано мењати послодавац следбеник на основу чињенице да је постао нови послодавац. Чешко законодавство предвиђа да се права и обавезе из колективног уговора преносе се на послодаваца следбеника за период током којег је на снази колективни уговор или до краја наредне календарске године.²²⁹⁶ Послодавац сукцесор не може да мења стандарде постављене у релевантном колективном споразуму на штету запослених на период од једног календара године након трансфера. Ово значи да не постоји начин да друштво прималац измени услове прописане у релевантном колективном уговору на штету запосленог у периоду од датум преноса до краја наредне календарске године након преноса.

2.3. Пренос обавеза из уговора о раду доспелих пре промене послодавца

Директива предвиђа да се права и обавезе друштва преносиоца из уговора о раду (или радног односа) који постоје на дан преноса морају пренети на друштво стицаоца.²²⁹⁷ Државе чланице могу предвидети да друштво стицалац и друштво преносилац солидарно одговарају у погледу наведених права и обавеза (права и обавеза која су настала пре датума преноса или постоје на дан преноса). Такође, државе чланице ЕУ могу усвојити мере, како би осигурале да преносилац обавести примаоца о предметним правима и обавезама, ако су та права и обавезе биле познате преносиоцу или је требало да му буду познате. Ипак, пропуст послодавца претходника да о тим правима и обавезама обавести послодавца следбеника неће утицати на сам пренос.²²⁹⁸ Директива пружа могућност државама чланицама да обезбеде да послодавац претходник и послодавац следбеник буду солидарно одговорни након преноса, у погледу обавеза које су настале пре преноса. Немачка је искористила ову опцију и сходно томе проширила заштиту права запослених.²²⁹⁹ Послодавац следбеник преузима радне односе под једнаким условима и у основи одговара за сва постојећа дуговања послодавца претходника.

Послодавац следбеник није овлашћен да мења права, обавезе и одговорности запослених које преузима, али постоји оправдана потреба да са запосленима закључи анексе

²²⁹⁴ Vivien Shruballs, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *The Modern Law Review*, Vol. 61, бр. 1, 1998, 86.

²²⁹⁵ *Ibid.*

²²⁹⁶ P. Samec, M. Cibulková, „The Czech Republic“, *op. cit.*, 123.

²²⁹⁷ 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, чл. 3.

²²⁹⁸ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 416.

²²⁹⁹ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *op. cit.*, 1098.

уговора о раду, којима ће себе номинално означити као (новог) послодавца, што не значи да је закључењем анекса аутоматски према запосленима преузео и све обавезе послодавца претходником по основу радног односа које су настале пре извршене статусне промене.²³⁰⁰ Постоји разлика између статусних промена које за последицу имају престанак друштва над којим се статусна промена спроводи и оних када наставља да егзистира, јер у првом случају постоји солидарна одговорност послодавца следбеника за обавезе послодавца претходника које уговором о статусној промени, односно планом поделе нису распоређене ниједном послодавцу следбенику, нити се тумачењем тог уговора, односно плана поделе може одредити којем послодавцу следбенику се имају расподелити, а у другом солидарност између послодавца претходника (који и даље постоји) и послодавца следбеника настаје у вези са обавезама које нису пренете на послодавца следбеника, али само до износа разлике вредности имовине послодавца претходника која му је пренета и обавеза послодавца следбеника које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено.²³⁰¹ Када је реч о одговорности за обавезе имовинске целине правног лица (или једног њеног дела), која се преноси у оквиру неке статусне промене, закон о привредним друштвима представља *lex specialis*.²³⁰²

Такође, треба поменути да се права и обавезе послодавца претходника из уговора о раду (или радног односа) који постоје на дан преноса морају пренети на послодавца следбеника. Државе чланице могу предвидети да послодавац претходник и послодавац следбеник солидарно одговарају у погледу наведених права и обавеза (права и обавеза које су настале пре датума преноса или постоје на дан преноса). Такође, државе чланице могу усвојити мере како би осигурале да преносилац обавести примаоца о предметним правима и обавезама ако су та права и обавезе биле познате преносиоцу или су требале бити познате.²³⁰³ Ипак, пропуст послодавца претходника да о тим правима и обавезама обавести послодавца следбеника неће утицати на сам пренос. Примера ради, нови послодавац у чешком праву постаје одговоран само за обавезе којих је био свестан из књига или *due diligence* извештаја, као и за обавезе које је могао разумно очекивати.²³⁰⁴ Када послодавац претходник престаје да постоји, након што је ликвидираан као резултат поделе, новостворени ентитет ће преузети одговорност за остваривање права и обавеза из радног односа.²³⁰⁵

У аустријском праву, послодавац следбеник може изузетно бити одговоран и за потраживања запослених који више нису у радном односу. Услови за успостављање одговорности новог послодавца су да је реч о потраживањима која су настала из радног односа, а пре преноса предузећа и да нису застарела. Додатно, одговорност послодавца следбеника је ограничена на вредност пренетог пословања, која се одређује кроз капитализовану вредност имовине, али и купопродајна цена може служити као оријентир.²³⁰⁶ Посебне законске одредбе постоје у погледу исплате отпремнине, остваривања права на пензију и друга давања чија реализација зависи од трајања радног односа. Друштво преносилац је одговорно за исплату отпремнина и уплаћивање доприноса за пензијско осигурање у периоду од пет година након преноса предузећа или најмање у периоду трајања радног односа запосленог са друштвом преносиоцем.²³⁰⁷ У року од пет година послодавац претходник и послодавац следбеник су солидарно одговорни, с тим да је одговорност послодавца претходника ограничена на износ, који акумулиран до тренутка преноса предузећа, те не одговара за део који је настао након тога, јер више није у позицији да утиче на радни однос. Одговорност може бити лимитирана у

²³⁰⁰ P. Davies, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, *op. cit.*, 231.

²³⁰¹ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 416.

²³⁰² P. Samec, M. Cibulková, „The Czech Republic“, *op. cit.*, 123.

²³⁰³ *Ibid.*

²³⁰⁴ P. Samec, M. Cibulková, „The Czech Republic“, *op. cit.*, 123.

²³⁰⁵ Vivien Shrubsall, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *op. cit.*, 87.

²³⁰⁶ G. Barrett, „Light Acquired on Acquired Rights: Examining Developments in Employment Rights on Transfers of Undertakings“, *op. cit.*, 1098.

²³⁰⁷ *Ibid.*

складу са аустријским Законом о хартијама од вредности на период од годину дана када је друштво преносилац дужно да о томе обавести запослене како би они могли на време да делују у правцу остваривања права по основу власништва капитала. У случају да је један од послодаваца инсолвентан, послодавац који је платежно способан биће дужник потраживања, а ако се у стечајном поступку налазе оба послодавца, део потраживања запослених биће покривен из фонда, као посебне гарантне институције.²³⁰⁸

С друге стране, у белгијском праву, на постојеће дугове примењује се солидарна одговорност послодаваца претходника и послодавац следбеника, тако да ће запослени имати два дужника. Отуда ће друштво стицалац бити одговорно за незаконит престанак радног односа непосредно пре преноса, што значи да се захтев за накнаду штете може истаћи према њему. Но, белгијски законодавац се није изјаснио у погледу потраживања која су настала након преноса, те ће се пренос права и обавеза утврдити од случаја до случаја. Недавна судска пракса сугерише да преносилац није солидарно одговоран са стицаоцем за дугове настале после датума преноса. Ипак, то није опште прихваћено, па се о томе и даље воде дискусије на теоријском и практичном нивоу. У сваком случају, послодавац следбеник се може сматрати одговорним само за дугове за које је обавештен од послодавца претходника или именованог судског заступника.²³⁰⁹ То значи да ће послодавац претходник остати одговорно за дугове пре трансфера са којима сукцесор није упознат, док се солидарна одговорност конституише за дугове који постоје на дан преноса са којим је сукцесор упознат. Послодавац претходник ће сносити искључиву одговорност за дугове који су настали током поступка судске реорганизације пренетог посла, али пре ефективног преноса, а у случају гашења компаније, ове дугове покрива Фонд.²³¹⁰

У француском праву, запослени могу поднети тужбу против послодавца следбеника за исплату потраживања доспелих пре преноса, док би у тој ситуацији послодавац претходник могло да поднесе тужбу против послодавца претходника, осим ако закљученим уговором о преносу нису биле предвиђене клаузуле о дуговањима која се преносе.²³¹¹ Поређења ради, у мађарском праву, послодавац претходник и послодавац следбеник одговарају солидарно за потраживања запослених која су настала пре датума преноса пословања како би се спречиле злоупотребе и „лажни“ трансфери.²³¹² Даље, солидарна одговорност друштва преносиоца и друштва стицаоца значи да запослени може поднети тужбу у року од годину дана од датума преноса, против једног или оба привредна друштва. Прецизније, оба послодавца (ранији и нови) су одговорна за целокупно потраживање и запослени може извршити своје потраживање према било којем од послодаваца. Слично решење познаје и румунско право, где су друштво преносилац и друштво стицалац солидарно одговорни за евентуалне неизмирене обавезе из радног односа у периоду од три године односно четири године за неизмирене обавезе из социјалног осигурања које су настале пре преноса. С друге стране, у швајцарском Законику о облигацијама је прописано да су „послодавац претходник и послодавац следбеник солидарно и појединачно одговорни за сва потраживања запослених који су доспела пре премештаја или који доспевају између тог рока и датум на који би радни однос по правилу могао престати или престаје услед одбијања преноса.“²³¹³ Ефекат солидарне одговорности је следећи: до датума преноса друштво преносилац остаје искључиво одговорно за потраживања запослених, док од тренутка преноса друштво прималац, заједно са друштвом преносиоцем, постаје одговорно за

²³⁰⁸ S. E. Etukakpan, *Transfer of undertakings: The Tension Between Business Rescue And Employment Protection In Corporate Insolvency*, op. cit., 170; Hermann Reichold, „Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang“, у: Horst Konzen, Sebastian Krebber, Thomas Raab, Barbara Veit, Bernd Waas (eds.) *Festschrift of Rolf Birk*, 2008, 687.

²³⁰⁹ Philippe Danesi, Marie-Astrid Bethenod, „France“, у: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.) *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 183.

²³¹⁰ S. E. Etukakpan, *Transfer of undertakings: The Tension Between Business Rescue And Employment Protection In Corporate Insolvency*, op. cit., 170.

²³¹¹ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, „Les restructurations d'entreprises et leur effets sur l'emploi“, op. cit., 354

²³¹² H. Fehe, „Hungary“, op. cit., 250.

²³¹³ Швајцарски Законик о облигацијама, чл. 333.

сва потраживања доспела пре преноса предузећа (потраживања која се односе на уговор о раду, а не само на зараду запосленог).²³¹⁴ Солидарна одговорност постоји и за потраживања која доспевају у периоду од датума преноса и закључно са датумом са којим би радни однос био окончан, да је послодавац запосленом уручио решење о отказу. Фиктивни датум раскида уговора ће варирати у зависности од отказног рока и околности сваког појединачног случаја, те тако, трудница не може бити отпуштена током трудноће и 16 недеља након порођаја.²³¹⁵ Даље, ако уговор о раду садржи фиксни рок важења, солидарна одговорност ће трајати до истека уговореног рока.²³¹⁶ Коначно, приговор на пренос покреће раскид уговора, што значи да солидарна одговорност постоји и за потраживања настала почев од датума преноса па све до престанка радног односа.

Слично, турско право предвиђа да акционари друштва преносиоца који су били одговорни за дугове предузећа пре деобе, настављају да буду правно одговорни за сва дуговања по основу уговора о раду која доспевају до дана трансфера, дуговања која би доспела да је уговор о раду престао у редовним околностима, и дуговања која настају до отказа уговора о раду због приговора запослених на пренос.²³¹⁷ У случају спајања предузећа, будући да једно или оба предузећа престају да постоје услед спроведене статусне промене, предузеће које наставља да постоји, новоформирано или припојено друштво постаје одговорно за потраживања из радног односа. Краћи рок одговорности познаје право Уједињених Арапских Емирата, где се код промене облика или правног статуса предузећа конституише солидарна одговорност првобитног и новог послодавца за период од шест месеци за потраживања која су настала из уговора о раду, а која су претходила преносу.

2.4. Забрана отказа уговора о раду због *per se* промене послодавца

Да би се онемогућило послодавцу претходнику и послодавцу следбенику да заобиђу заштитне одредбе Директиве, није дозвољено да уговори о раду престану само због чињеница да је извршен пренос предузећа, али је отказ уговора о раду, с друге стране, оправдан ако је дат због економских, техничких или организационих разлога.²³¹⁸ Ово из разлога што Директива нема за циљ ограничавање или подривање предузетничких слобода, тако да послодавци могу да изврше промене у производњи или организацији свог пословања и уведу мере рационализације. Притом, послодавац сноси терет доказивања да основ отказивања уговора о раду није пренос предузећа, већ да је отказ последица наступања других околности које немају везе са преносом. Пошто послодавац следбеник преузима права и обавезе из радног односа од послодавца претходника, Директива не спречава послодавца следбеника да измени уговорене услове рада у мери у којој важећи национални закони дозвољавају такву измену. Уколико радни однос престане, јер су битно измењени услови рада на штету запосленог сматраће се да је послодавац одговоран за престанак радног односа. Наиме, из разлога

²³¹⁴ Турско право лимитира трајње солидарне одговорности на период од две године након преноса уз *exempli causa* навођење потраживања за неисплаћене месечне зараде, неисплаћени годишњи одмор, неисплаћене накнаде за прековремени рад, неисплаћене додатне бенефиције, неисплаћене доприносе за социјално осигурање и припадајуће камате акумулиране пре датума преноса. Melek Onaran Yeuksel, „Turkey“, у: *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016, 507.

²³¹⁵ V. Carron, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 481.

²³¹⁶ У швајцарском праву уговори о раду на одређено време дужи од 10 година могу бити раскинути након истека тог периода уз отказни рок од шест месеци. V. Carron, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 481.

²³¹⁷ M. O. Yeuksel, „Turkey“, *op. cit.*, 507.

²³¹⁸ Забрана отпуштања у белгијском праву не важи ако је до отпуштања дошло из озбиљних разлога. Исто тако, отпуштање је оправдано ако постоје економски, технички или организациони разлози који то захтевају, а нарочито када запослени не могу да испуне захтеве посла упркос преквалификацији и доквалификацији. Недостатак је то што није превидљива правна санкција у случају кршења забране отпуштања из разлога везаних за пренос пословања. P. Pecinovsky, „Modification of working conditions in Belgium“, *op. cit.*, 3.

правичности запослени се ставља у исти положај као да му је послодавац отказао уговор о раду. Последице ове правне фикције биле су мета расправе, при чему је Европски суд правде заузео став да запослени нема *per se* право на исту накнаду коју би иначе имао у ситуацијама у којима је послодавац незаконито отказао уговор о раду.

Заштита од отказа у појединим правним системима је проширена на случајеве у којима је послодавац дао отказ запосленом зато што није пристао на измену елемената уговора о раду која је уследила убрзо након преноса (нпр. понуда за премештај на ниже рангирани и/или слабије плаћено посао који је нови послодавац упутио запосленом неколико дана након спроведеног преноса имовине).²³¹⁹ Аустријска судска пракса је подцртала да је отпуштање запослених пре датума преноса предузећа од стране друштва преносиоца или друштва стицаоца после датума преноса неважеће, ако је пренос предузећа разлог за отпуштање. А *contrario* послодавац може отказати уговор о раду из личних и економских разлога.

Директива 2001/23/ЕЗ не садржи провизорну одредбу посвећену изменама уговора о раду, али је кроз судску праксу утемељено правило да пренос предузећа не може бити оправдан разлог за измену уговора о раду запослених погођених преносом. У светлу тога, ваља поменути основне принципе, да су измене елемената уговора о раду дозвољене ако је једини или главни узрок измене потреба за променом кадровске структуре узрокована економским, техничким или организационом разлозима, односно ако разлози за измену уговора нису непосредно повезани са преносом предузећа. Реч је о промени посла или броја запослених који раде код послодавца, те тако у предмету *Berriman* измене ради стандардизације услова плаћања не потпадају под „економске, техничке или организационе разлоге који подразумевају промене у радној снази.“²³²⁰ Послодавац мора имати намеру да изврши промене у радној снази, а не да те промене буду случајна последица предузетих мера које су имале за задатак остварење другачијег циља. С тим у вези, радна снага означава све запослене код послодавца, док отказивање уговора о раду једном запосленом и запошљавање другог запосленог на истом послу не значи промену радне снаге, будући да не погађа целокупну радну снагу послодавца, већ индивидуалног запосленог. Наиме, радна снага значи производни *corpus* и представља посебан „ентитет“, што значи да би могло доћи до промене у радној снази ако се задрже исти људи, али им се дају потпуно различити послови.²³²¹ Поред поменутог случаја, окосницу представља и предмет *Crawford v Swinton Insurance Brokers Ltd* у којем је прецизирано да промена у радној снази може означавати и промене у радним функцијама, које не морају водити бројчаној редукцији запослених код послодавца.²³²² Дакле, када се запослени задрже на раду након преноса предузећа, а од њих се захтева обављање потпуно другачијих послова, таква организациона промена може подпасти под промену у радној снази. Госпођа *Crawford*, која је радила на послу дактилографа, премештена је на посао продавца, да би следећег дана од ње било затражено да преда свој службени аутомобил. Апелациони суд је закључио да је дошло до изнуђеног отказа због промена у условима њеног запослења. Тако, утврђено је да су разлози послодавца за наметање ових промена, у ствари, били повезани са преносом пословања, с тим да економски, технички или организациони разлог који подразумева промене у радној снази послодавца претходника или послодавца следбеника, који представља главни разлог за отказивање уговора о раду, те отпуштање запосленог неће бити аутоматски неправедно. То значи да је потребно да се идентификује главни разлог за отпуштање, те је потребно проценити понашање послодавца у реорганизацији. Тако, измене зараде или других примања запослених учињене из економских разлога, на пример, ради суочавања са финансијском кризом или профитабилнијег пословања не спада у економски,

²³¹⁹ Љ. Ковачевић, „Усклађивање домаћег законодавства и праксе са радним правом Европске уније – пример заштите права запослених у случају промене послодавца“, *op. cit.*, 77.

²³²⁰ P. Davies, „The European Court of Justice, National Courts and the Member States“, *op. cit.*, 96.

²³²¹ J. Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, *op. cit.*, 30.

²³²² *Crawford v Swinton Insurance Brokers Ltd* [1990] IRLR 42.

технички или организациони разлог који подразумева промене у радној снази друштва.²³²³ Слично, послодавац мора да докаже да је промена дужине трајања радног времена или распореда смена повезана са променом радне функције што је у пракси реткост.

У аустријској судској пракси је истакнуто да запослени мора што пре да истакне ништавост отказа због разлога везаних за пренос, те да је десет месеци након преноса предузећа дуг период. Упркос нејасним временским одредницама у том погледу, добар основ за поништај одлуке послодавца о отказу уговора у вези са преносом предузећа је период не дужи од шест месеци. Како је тужилац дужан да докаже изнете тврдње, што је у случају преноса пословања тежак терет за запослене, дошло је до обртања терета доказа, те се тако претпоставља да је отказ уговора о раду у року од годину дана након преноса пословања мотивисано преносом предузећа, осим ако послодавац није у могућности да докаже да је за отказ имао друге разлоге (нпр. неостваривање резултата рада или непримерено понашање запосленог).²³²⁴

У случају отпуштања од стране друштва преносиоца како би се утицало на цену предузећа и олакшало реструктурирање, запослени има право на право на 1) накнаду штете која у висини шестомесечне зараде за запослене који имају најмање две године стажа осигурања, а послодавац запошљава најмање 11 запослених и 2) наставак уговора о раду са друштвом стикаоцем.²³²⁵ Запослени може истицати захтев за накнаду штете и према послодавцу следбенику, осим ако стикалац пристане да отпуштеног запосленог врати на посао током трајања отказног рока. У сваком случају, послодавац претходник остаје одговорно за штету који је претрпео запослени услед губитка посла. Даље, ако пренос резултира споредним изменама уговора о раду (нпр. промена локације рада), запослени може да одбије промену, а отказ који је тада дат неће бити законит.²³²⁶ Стога, да би отказ уговора о раду био ваљан неопходно је постајање оправданог економског разлога независног од реструктурирања.

Мађарски Закон о раду садржи посебна правила која штите права запослених у случају промене послодавца. Заштита се манифестује кроз посебан облик обавештења који запослени користи уз отказ уговора о раду када промена идентитета послодавца резултира суштинском променом услова рада на штету запосленог.²³²⁷ Заправо, ако би наставак радног односа проузроковао неразумну штету или би извршење посла постало немогуће за запосленог, активира се могућност да запослени откаже уговор о раду, уз писано обавештење у којем се јасно наводи које промене произилазе из промене идентитета послодавца, а запослени промене сматра озбиљним и неразумним за одржавање постојећег радног односа.²³²⁸

На тему пословног преноса постоји богата судска пракса коју је развио Врховни суд Чешке. Занимљив је случај у којем је запослена закључила уговор о раду са предузећем А за посао козметичара, с тим да је по том уговору престацију рада пружала предузећу Б, које је преузело просторије предузећа А, након раскида уговора о франшизи. Након годину дана запосленој је речено да неопходно раскинути постојећи уговор о раду и закључити нови, без одлагања, за исту врсту послова.²³²⁹ Уз то, договорен је пробни рад у трајању од три месеца, а запосленој је по истеку пробног рада отказан уговор. Тужилца је накнадно оспорила ваљаност отказа тврдећи да су одредбе уговора о раду којима се регулише пробни рок ништаве, због тога што су права и обавезе из радног односа пренете са предузећа А на предузеће Б, и да се нови уговор о раду може класификовати као измена постојећег. Додатно, тужилца је тврдила да таква измена не може обезбедити нови пробни период који се примењује на постојећи радни

²³²³ *Ibid.*

²³²⁴ Нав. према: М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 434.

²³²⁵ J. Kenner, *EU employment law: From Rome to Amsterdam and Beyond*, *op. cit.*, 3.

²³²⁶ *Ibid.*

²³²⁷ H. Fehe, „Hungary“, *op. cit.*, 250.

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ H. Lamponen, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, *op. cit.*, 79.

однос.²³³⁰ Стога, Врховни суд је коментарисао праксу престанка једног и накнадног закључивања другог уговора о раду приликом преноса активности, и с тим у вези закључио да пренос права и обавеза може бити спроведен без престанка радног односа са актуелним послодавцем и закључивања новог уговора о раду са новим послодавцем, иако би такав поступак начелно био могућ, у смислу да се услови уговора о раду (укључујући одредбе о пробном периоду) могу променити у (новом) уговору о раду. С друге стране, ако је постојећи радни однос отказан и закључен нови уговор о раду искључиво ради избегавања преноса права и обавеза и уговарања пробног периода, такав уговорни аранжман мора бити проглашен неважећим, јер је у супротности са добрим моралом.²³³¹

У другом предмету, радило се о запосленом који је радио у предузећу А као рачуновођа, да би то предузеће одлучило да препустити рачуноводствене послове компанији Б. У складу са уговором о уступању, сви запослени који се баве обрачуном зарада требало је да буду премештени из предузећа А у предузеће Б, уз задржавање постојећих услова запошљавања.²³³² У ту сврху, предузеће А је раскинуло радни однос са релевантним запосленима, уз обострану сагласност, а предузеће Б је понудило нови уговор о раду. Тужилац чији је и уговор о раду био споразумно раскинут и коме је понуђено исто радно место под истим условима у предузећу Б, тврдио је да је његово запослење у предузећу А раскинуто из организационих разлога (вишак запослених), и захтевало исплату отпремнине у законом прописаном износу. Врховни суд је укинуо одлуке нижестепених судова и пресудио да тужилац нема право на отпремнину, јер до преноса долази аутоматски посредством правног акта који представља основ за пренос активности (или дела активности) и права и обавеза на другог послодавца.²³³³ Пренос предузећа се дешава без сагласности запосленог и без престанка важења постојећег уговора о раду и заснивања новог радног односа са новим послодавцем, а отпремнина је намењена да помогне запосленима да превазиђу компликовану социјалну ситуацију повезану са губитком посла. Отуда, Врховни суд је утврдио да запослени немају право на отпремнину у случају преноса својих права и обавеза на другог (новог) послодавца, јер заправо запослени не губе посао.

Послодавац претходник не може раскинути уговоре са запосленима како би они потписали нове уговоре са послодавцем следбеником и тако били лишени предности које проистичу из година рада код претходног послодавца и акумулираног радног стажа. Исто тако, ранији послодавац не може отказати уговоре о раду појединим запосленима само зато што нови послодавац није вољан да сарађује са њима. Међу швајцарским стручњацима отворила се дебата да ли такви откази производе правно дејство, те је по једном мишљењу раскид неефективан, док по другом мишљењу нови послодавац није принуђен да задржи запосленог на раду, али ће зато бити у обавези да плати новчану одштету која одговара шестомесечној заради. Швајцарци Врховни суд још није јасно одговорио на ово питање, али се чини да фаворизује први приступ то јест неделотворни раскид радног односа.²³³⁴ За разлику од раскида учињеног искључиво ради заобилажења законских норми, пренос пословања не представља сметњу за отказ у ситуацијама када је до преноса пословања дошло услед одређених околности и специфичне ситуације предузећа, као што је губитак клијента или истек закупа.²³³⁵ Другим речима, отказ пре преноса је допуштен ако је мотивисан пословним потребама.

Запослени не могу бити принуђени да прихвате измене елемената уговора о раду, а нарочито премештај на други посао из једне у другу земљу, осим ако је то предвиђено уговором, што значи да ће послодавац следбеник морати да се договори са запосленим о новој

²³³⁰ *Ibid.*

²³³¹ P. Samec, M. Cibulková, „The Czech Republic“, *op. cit.*, 123.

²³³² *Ibid.*

²³³³ Marija Bartl, Candida Leone, „Minimum Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, бр. 1, 140-154.

²³³⁴ V. Carron, A. Roux -Fouillet, „Switzerland“, *op. cit.*, 482.

²³³⁵ *Ibid.*

локацији рада, те да га прераспоређи или отпусти из економских разлога. Поред тога, ако би услед преноса предузећа дошло до суштинских измена услова рада на штету запосленог, он може дати отказ због повреде уговора о раду који се приписује послодавцу. Штавише, да би се спречило да послодавац пре реструктурирања отпусти запослене, а да им нови послодавац понуди нове уговоре о раду под неповољнијим условима, уводи се фикција да су уговори о раду остали на снази, тако да се одштетни захтев може истицати и према послодавцу следбенику.²³³⁶ То не значи да је очување запослења неограничено, будући да се његово важење исцрпљује по окончању статусне промене, тако да послодавац може понудити запосленима измену уговора о раду из разлога који су легитимни.²³³⁷ Такође, одбијање анекса може резултирати отказом као и у свим другим ситуацијама које немају везу са реструктурирањем.

За разлику од права Европске уније, које предвиђа да друштво прималац мора наставити да поштује услове рада договорене колективном преговарањем пре преноса предузећа код друштва преносиоца, француско право временски лимитира важење колективног уговора о раду.²³³⁸ Након преноса предузећа, послодавац следбеник мора започети процес преговарања како би ускладило одредбе колективног уговора о раду који важи код послодавца претходника са сопственим колективним уговором раду. Одредбе колективног уговора о раду закљученог код послодавца претходника настављају да важе за премештене запослене до закључења новог колективног уговора, или на период од највише 15 месеци.²³³⁹ Без обзира на то, ако се не закључи нови колективни уговор о раду премештени запослени могу наставити да користе погодности колективног говора о раду који се примењује код послодавца претходника у складу са концепцијом стечених права.²³⁴⁰ Интересантно је решење аустријског права које не предвиђа примену колективног уговора о раду који је закључио послодавац претходник, осим ако колективни уговор не садржи посебну заштиту од отказа, у ком случају запослени може приговорити трансферу и захтевати да му послодавац следбеник пружи исту заштиту. Улагање приговора доводи до тога да радни однос не престаје са послодавцем претходником. Ако је услед статусне промене, послодавац претходник престао да постоји, заштита од отказа предвиђена ранијим колективним уговором о раду аутоматским постаје део индивидуалног уговора о раду.²³⁴¹

Функција радног права је да успостави правна правила која ће гарантовати правичне процесе реструктурирања, минимизирањем негативних ефекта колективних отпуштања на појединце, предузећа и заједнице у целини. Поступак информисања у белгијском праву се састоји из три корака: прво, менаџмент обавештава представнике радника о намери преноса предузећа; друго, након добијања информација запослени формулишу питања, примедбе или противпредлоге на планове менаџмента и треће, менаџмент даје одговор на питања и примедбе. Послодавац претходник и послодавац следбеник морају да закључе уговор о преносу у писаној форми који садржи минималне елементе: списак запослених који су предмет преноса пословања; списак свих важећих права, обавеза, дугова и потраживања у вези са преносом пословања; ако је применљиво, измене појединачних или колективних услова запошљавања; појединачне примедбе против горе описаног обавештења и очекивани датум преноса. Ако се услови рада погоршају услед примене новог колективног уговора о раду код послодавца следбеника, запослени могу раскинути уговор о раду у року од месеца дана од сазнања за погоршање услова рада, с тим да ће послодавац бити одговоран за отказ. Пошто је запосленом обично тешко да процени да ли је погоршање услова рада довољно значајно да запослени има право на овај тип привилегованог отказа, запослени може да поднесе тужбу на

²³³⁶ Malcolm Sargeant, „Transfers of undertakings a new meaning?“, *Local Government Studies*, No. 1, Vol. 25, 1999, 74.

²³³⁷ *Ibid.*

²³³⁸ P. Danesi, M.-A. Bethenod, „France“, *op. cit.*, 183.

²³³⁹ *Ibid.*

²³⁴⁰ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 391.

²³⁴¹ *Ibid.*

разматрање суду у року од месец дана. Особен приступ је коришћен у италијанском праву, где се услови индивидуалног уговора о раду одржавају на снази након преноса предузећа, док исто правило не важи за права које произлазе из колективног уговора о раду. Ипак, замена колективних уговора о раду истог нивоа не може да делује ретроактивно, што значи да ће стечена права запослених бити очувана.²³⁴²

Правило о аутоматском преносу уговора о раду значи наставак радног односа *ipso iure* уз очување ранијих услова рада. Кроз своју јуриспруденцију Европски суд правде је више пута потврдио да је основна сврха Директиве очување услова рада са консеквентним наставком радног односа са новим послодавцем. Тако, нови уговор о раду закључен са запосленом која се вратила са породилјског одсуства након преноса предузећа има се сматрати изменом првобитног уговора на одређено време.²³⁴³

Закон о раду Републике Србије предвиђа да поред уговора о раду, послодавац следбеник преузима и опште акте послодавца претходника који важе на дан преноса предузећа.²³⁴⁴ Тиме се обезбеђује континуитет раније уговорених услова рада, чиме се додатно штите запослени, с тим да ваља указати и на чињеницу да поменута одредба није неопходна, јер би до истог исхода дошло применом правила о правним дејствима статусних промена, која се огледају у ступању послодавца следбеника у укупност права и обавеза послодавца претходника, као резултат универзалне сукцесије. Дужина примене колективног уговора од стране послодавца следбеника условљена је периодом на који је закључен колективни уговор код послодавца претходника. Правило о минималном трајању колективног уговора о раду од годину дана код послодавца следбеника нема свој домен примене, ако је код послодавца претходника истекло важење колективног уговора. Колективни уговор о раду код послодавца следбеника, такође, неће важити, ако је закључен нови колективни уговор између послодавца следбеника и репрезентативног синдиката.

2.5. Забрана измене уговорених услова рада

Измене уговорених услова рада након преноса предузећа спада у једно од најконтроверзнијих питања, јер се налази између потребе да се обезбеди континуитет запослења и заштите запослени од штетних измена уговора о раду, с једне стране, и потреби послодавца да све запослене у предузећу стави у једнак положај у погледу услова рада, што у одређеним ситуацијама значи промену услова рада за запослене који су постали део сталне радне снаге након трансфера.²³⁴⁵ Измена елемената уговора о раду иницирана од послодавца следбеника може бити учињена из економских разлога ради уштеде трошкова, нарочито, ако су услови рада (нпр. висина зараде) неповољнији у поређењу са условима рада код послодавца претходника. Измене уговора о раду, макар и минималне природе, не могу бити допуштене ако су настале као резултат спроведене статусне или друге промене. С тим у вези, намеће се питање до ког момента се сматра да је хармонизација услова рада код новог послодавца повезана са спроведеном статусном променом.

У пракси Европског суда правде је потврђено да отказ који је дат запосленом због одбијања анекса уговора о раду две године након преноса предузећа није лишен узрочно-последичне основе, тако да је каузална веза између преноса предузећа и отказа очувана.²³⁴⁶ Значај протекла времена од спроведене статусне промене је важан, јер ће се сматрати да је измена уговора о раду настала као последица промене послодавца ако је од промене једне стране уговорнице и измене услова рада протекло свега неколико дана или недеља. С тим у

²³⁴² V. Leccese, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *op. cit.*, 318.

²³⁴³ *Ibid.*

²³⁴⁴ Закон о раду, чл. 147.

²³⁴⁵ Mélanie Schmitt, „The Right to Protection in Cases of Termination of Employment“, *op. cit.*, 418.

²³⁴⁶ *Ibid.*

вези, није могуће утврдити тачан временски оквир, те није јасно колико је потребно да прође да се пренос предузећа не сматра разлогом за измену уговора о раду. Тако, лорд Слин (Slynn) уочава да мора у неком временском оквиру доћи до прекида везе између измена уговора и преноса предузећа, али да је изузетно тешко то прецизирати, те се мора испитати од случаја до случаја узимајући у обзир све околности.²³⁴⁷

У складу са слободом уговарања, запослени и послодавац се могу споразумети да се услови рада измене и тај споразум ће бити правно дозвољен ако није везан за пренос предузећа као такав. Процесни услови за валидност измене уговора о раду нису изграђени у комунитарним стандардима, али се претпоставља *bona fides* деловање послодавца, што подразумева индивидуалне консултације, а тамо где има простора и спровођење измена уз активно учешће синдиката или представника радника. Уз то, није јасно да ли промена послодавца мора бити основни или једини разлог за измену о раду, те шта се дешава када се промена послодавца јавља као један у низу разлога, односно када се промена послодавца надовезује на економске, организационе или технолошке разлоге који се сматрају оправданим разлозима за измену уговора.²³⁴⁸ У вези са овим, занимљив је случај *Martin*, у којем је су промењени услови за остваривање права на превремену старосну пензију запослених код новог послодавца, како би се ускладили са његовом пословном политиком.²³⁴⁹ Тада је потврђено да се измене елемената уговора о раду, у делу који се тиче пензионе шеме или социјалних престајања које обезбеђује послодавац, а које су повезане са правним преносом имовине или спајањем предузећа не могу сматрати законитим, без обзира на чињеницу да су запослени на то пристали.

Супротно, није реч о измени уговора о раду која је настала као резултат промене послодавца, када су запослени радили непуно радно време, а били су плаћени као да су радили пуно радно време.²³⁵⁰ Наиме, пропуст који је учињен још док су запослени радили код ранијег послодавца, нови послодавац је желео да отклони због чега се смањење зараде која треба да буде утврђена по принципу *pro rata* не може довести у вези са преносом предузећа. Запослени треба да буду плаћени сразмерно времену проведеном на раду, и да у конкретном случају није потребан њихов пристанак на измену уговора. Дакле, послодавац није имао намеру да усклади висину зарада целокупне радне снаге, у смислу да зараде запослених који су погођеним преносом буду усклађене са остатком зарада које се исплаћују у том сектору, већ да се отклоне уочене неправилности.²³⁵¹

Измена висине зараде била је предмет спора у познатом случају *Wilson* у којем су запослени радили на различитим пословима код друштва стицаоца које је реорганизовано и пренето новом предузећу које је желело да унесе промене у бројчаној структури запослених, па су неким запосленима отказани уговори о раду, док је другима понуђен наставак рада под измењеним условима.²³⁵² Измене уговора о раду су уследило недуго након преноса, а отпуштени запослени нису добили отпремнину која им је била обезбеђена по ранијем уговору о раду. Притом, примећено је да су поједини запослени напредовали, док су неки изгубили ранија звања и одговорности у предузећу. У предмету *Wilson* је по први пут развијена полемика да ли ранији услови рада остају на снази, упркос каснијем договору постигнутом између послодавца и запослених.²³⁵³ Индустријски трибунал је истакао да су запослени наставили да раде под новим условима, без улагања протеста, прихватајући на тај начин нову структуру утврђивања зараде, нове послове и дужности, а да су поједини запослени чак након

²³⁴⁷ V. Leccese, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *op. cit.*, 319.

²³⁴⁸ М. Драгићевић, *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, *op. cit.*, 400.

²³⁴⁹ *Martin and others v South Bank University* [2004] IRLR 74 ECJ. Paul Davies, „Acquired Rights, Creditors' Rights, Freedom of Contract and Industrial Democracy“, *Yearbook of European Law*, Vol. 9, бр. 1, 1989, 45.

²³⁵⁰ *Ibid.*

²³⁵¹ Вид. предмет *Smith & Ors v Trustees of Brooklands College* UKEAT/0128/11/ZT.

²³⁵² *Wilson v St Helens Borough Council* [1999] 2 AC 52.

²³⁵³ John McMullen, „The ‘Right’ to Object to Transfer of Employment under TUPE“, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, бр. 2, 2008, 171.

више од годину дана, преко синдиката, исказали своје незадовољство, што је било довољно да Трибунал да прихвати постојање прећутног пристанка. Тиме је Индустријски трибунал фактички указао да је измена уговора о раду могућа изричитим или прећутним пристанком друге стране на коју се измена односи.²³⁵⁴ Следствено томе, афирмативан став запослених је довољан да конституише ваљаност измене. Поменути став је оповргнут у апелационом поступку, у којем је наглашено да запослени имају право да задрже погодности које су имали код претходног послодавца и да измена уговора о раду не може бити вршена ако је разлог измене повезан са преносом.

У светлу тога, Директива предвиђа да запослени може да инсистира на свим правима из постојећег радног односа, а исто тако може тражити да настави да буде запослен код друштва стицаоца (новог послодавца) под истим условима под којима је био запослен код друштва преносиоца (старог послодавца), те ако друштво прималац одбије или не поштује те услове, запослени може поднети тужбу за повреду уговора. То значи да је циљ Директиве да заштити права радника у случају промене послодавца тако што ће им омогућити да наставе да раде за послодавца сукцесора под истим условима који су договорени са претходним послодавцем. Како је Европски суд правде једном приликом навео, у основи Директиве лежи намера да се обезбеди, колико год је то могуће, да се радни однос настави непромењен са новим послодавцем, који има обавезу да настави да поштује одредбе колективног уговора о раду који су на снази.²³⁵⁵ Уз то, потребно је да радници буду „заштићени од отпуштања мотивисаног искључиво чињеницом премештаја“.²³⁵⁶ Реч је о предмету *Wendelboe* који је пред Европским судом правде вођен 80-их година прошлог века у којем је назначено да је заштита која се обезбеђује сувишна ако је запослени сам донео одлуку да раскине уговор о раду након извршене промене послодавца.²³⁵⁷ Ваља поменути и да запослени може тражити од новог послодавца да изврши све обавезе (а не само обавезе секундарног значаја) које је запослени могао да истиче према ранијем послодавцу.²³⁵⁸ У неколико значајних одлука (*Bork, Katsikas, Daddy's Dance Hall*), Суд је навео да су права запослених заштићена тако што им се омогућава да остану у радном односу код новог послодавца под условима договореним са ранијим послодавцем, али то у исти мах не значи да је нови послодавац дужан да запосленом обезбеди рад на ранијем послу, ако га је послодавац претходник пре преноса отпустио из разлога невезаних за пренос.

Даље, не треба изгубити из вида да се услови рада уређују и колективним уговором, а да се у појединим правним системима одредбе из колективног уговора о раду аутоматски инкорпорирају у индивидуални уговор о раду. Да би се обезбедила целовитија заштита, шпанско право предвиђа да ће се на запослене погођене преносом примењивати колективни уговор о раду закључен са послодавцем претходником, ако садржи повољније одредбе и шири спектар радних права у поређењу са колективним уговором који важи код послодавца сукцесора.²³⁵⁹ Обавеза поштовања колективног уговора о раду је временски ограничена на период важења колективног уговора о раду, а који не може бити краћи од годину дана.²³⁶⁰ То,

²³⁵⁴ *Ibid.*

²³⁵⁵ Вид.: 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, чл. 4(1).

²³⁵⁶ Charles Wynn-Evans, *The Law of TUPE Transfers*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2022, 26.

²³⁵⁷ Пресуда у предмету бр. Case 19/83, *Knud Wendelboe and others v L.J. Music ApS*.

²³⁵⁸ Ни послодавац претходник ни послодавац следбеник не могу користити пренос предузећа као оправдање за отпуштање, а ако то ипак учине запослени имају различита права (накнада штете, враћање на посао или поновно ангажовање) у зависности од националног решења.

²³⁵⁹ C. Wynn-Evans, *The Law of TUPE Transfers*, *op. cit.*, 26.

²³⁶⁰ „Након преноса предузећа, послодавац следбеник наставља поштовати одредбе и услове договорене колективним уговором послодавца претходника до дана укидања или истека колективног уговора или ступања на снагу или примене другог колективног уговора, а државе чланице могу ограничити период поштовања таквих одредби и услова, под условом да није краћи од једне године.“ Директива 2001/23/EЗ, чл. 3(3).

даље, значи да послодавац сукцесор може, након гарантованог периода, изменити услове рада запослених закључењем новог колективног уговора о раду.

Премда је ранија судска пракса ишла у правцу негирања могућих измена уговора о раду које су неповољне за запослене, два новија случаја су то довела у сумњу. Први случај је *Delahaye* у којем је Суд закључио да је дозвољено изменити уговор о раду из разлога који се тиче преноса предузећа, под условом да измене уговора нису суштинске природе. Предузеће у Луксембургу је прешло из приватне у јавну својину, а запослени су наставили да раде за новог послодавца, али под другачијим условима. Наиме, зарада им је била умањена за 37%, јер нови послодавац није урачунао време које су запослени провели на раду код ранијег послодавца.²³⁶¹ У сажетку одлуке, Суд је назначио да одредбе Директиве нису „свето слово“, што значи да се од постављених принципа може одступити ако је то потребно да би се испоштовала правила националног права. У том смислу се закључује да забрана измене услова рада није апсолутно правило, па се тако и питање накнаде одређене за рад може мењати, али не на начин који штети запосленима узето у свеукупној процени. На то се надовезује и образложење дато у случају *Scattolon* да се одредбе Директиве 2001/23/EЗ морају конципирати тако да послодавац следбеник може примењивати услове рада који су утврђени колективним уговором који је код њега на снази, укључујући и одредбе уговора које се односе на износ накнаде за рад, и у ситуацијама када се накнада одређује на бази дужине трајања службе.²³⁶²

Надаље, измене уговора о раду мотивисане преносом предузећа нису дозвољене и када иду запосленима у прилог. Тако, вредно имање *Berkeley Square* у Мејферу и Најтсбрицу, у власништву лица која су живела у Абу Дабију било је дато на управу компанији *Lancer Property Asset Management*.²³⁶³ Тужиоци су били запослени у наведеном предузећу и након што су добили обавештење да ће пружање услуга бити уступљено компанији *Astrea Asset Management Ltd*, запослени су три месеца пре преноса ажурирали своје уговоре о пружању услуга, дајући себи гарантоване бонусе у висини која је износила половину укупне зараде, издашније накнаде за раскид уговора и дуже отказне рокове. Измењене уговоре тужиоци су доставили компанији *Astrea* за које су веровали да ће преузети више обавеза након преноса предузећа, што је компанија одбила, а исто то је учинио британски Апелациони суд, када је прогласио измене уговора ништавим имајући у виду члан 4 став 4 Правила о преносу предузећа (и заштита запошљавања) из 2006. године којим је имплементирана Директива о преносу предузећа у право Уједињеног Краљевства, а у светлу принципа злоупотребе права Европске уније. Тужиоци су наглашавали да измене наведене у члану 4 став 4 морају значити негативне промене, ослањајући се на одлуку донету у предмету *Power v Regent Security Services Ltd*, која је била широко тумачена употребом аргумента *a contrario* на начин да пренос предузећа не спречава запосленог да се договори са друштвом стицаоцем да добије додатна права.²³⁶⁴ С друге стране, Суд је навео да је сврха одредбе да се запосленима обезбеди заштита права, а не додатне погодности, те да израз „свака измена“ коришћена у члану 4 став 4 Правила о преносу предузећа (и заштита запошљавања) треба да покрије све измене уговора, било да су штетне или корисне по запосленог.²³⁶⁵

О могућности послодавца да мења уговор о раду након спроведеног поступка преноса предузећа расправљало се и у предмету *Tabberer and others v Mears Ltd* у којем су електричари првобитно били запослени у предузећу *Birmingham City Council* које је више пута било субјект статусне промене, да би се коначно његова имовина, са правима и обавезама, пренела на привредно друштво *Mears Ltd*.²³⁶⁶ Према првобитном уговору о раду електричари су имали

²³⁶¹ Diana Niksova, „Cross-Border Transfers of Undertakings“, у: Erika Kovács, Martin Winner (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring, Selected Company and Labour Law Issues*, Nomos, Baden-Baden, 2019, 195.

²³⁶² Пресуда у предмету бр. C-108/10, *Ivana Scattolon v Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

²³⁶³ B. Hepple, The legal consequences of cross border transfers of undertakings within the European Union, *op. cit.*, 7.

²³⁶⁴ *Ibid.*

²³⁶⁵ C. Wynn-Evans, *The Law of TUPE Transfers*, *op. cit.*, 26.

²³⁶⁶ *Ibid.*

право на накнаду за путне трошкове, који су установљени (давне 1956. године) и пре него што су они почели да раде за *Birmingham City Council* са циљем да се електричарима надокнади губитак продуктивности изазван потребом да се путује у различите депое (од 30 до 40 депоа дуж Бирмингема), чије је исплате нови послодавац одбио. Према оцени запослених посреди је једнострана измена уговора о раду, са чим се британски Апелациони суд није сложио, видећи у свему другачију основу, те тако разлог за измену није пренос имовине, већ је одбијање исплате учињено због тога што није постојао правни основ за то, уз чињеницу да је поменуто право застарело.

Осим тога, потврђено је да услови уговора о раду повољнији за запосленог неће имати примену и када су настали по принципу *quid pro quo*, као замена за услове који су у интересу друге стране уговорнице. Тако, у предмету *Power v Regent Security Services Ltd* запослени се договорио са послодавцем о додатним погодностима за остваривање права на пензијско осигурање непосредно пре преноса предузећа. Но, послодавац следбеник је информисало запослене да ће се старосна граница за одлазак у пензију повећати са 60 година на 65 година, а запослени се сложио са тим закључивши измењен уговор о раду. Кључна одредница у одлуци Апелационог суда је да запослени не могу бити лишени уговорних права која су имали пре преноса предузећа, али да то у исти мах не значи да се послодавац може ослонити на пренос предузећа да би избегао поштовање одредби и услова договорених са запосленима након датум преноса. Треба имати у виду да логика која стоји иза заштитних одредби је очување права запослених пре преноса предузећа, али не и спречавање да се стекну додатна права након преноса. То може резултирати и тиме да запослени може фактички бирати између услова уговора који су постојали пре и после преноса предузећа.

Интересантна је и пракса „замрзавања зарада“ (*red-circling*) запосленима који су плаћени више од колега који раде еквивалентан посао све док зараде њихових колега не достигну исти ниво. То се најчешће чини након реорганизације и представља повреду уговора о раду. У предмету *Buchanan v Skills Development Scotland Co Ltd* двојица запослених на позицији менаџера за корисничку подршку су након премештаја код другог послодавца примали различите зараде.²³⁶⁷ Наиме, један запослени је примао 10.000 фунти више од другог запосленог, а такође је имао право на повећање зараде за наредне две године, након чега би његова зарада била ревидирана на годишњем нивоу. Шкотско предузеће уводи 2004. године систем утврђивања зарада по учинку, с тим да је било допуштено „замрзавање зараде“ ако њихова висина зараде прелази платни разред њихове радне функције. Након што су уговори о раду запослених поново пренети на ново предузеће стицаоца постојала је обавеза поштовања уговорно повећане зараде, све до тренутка увођења система плаћања по учинку.²³⁶⁸

Послодавац и запослени добровољно закључују уговор о раду, међусобно одређујући садржај уговора и битне елементе, са циљем да га изврше на начин како су се споразумели. У случају да уговор о раду више не испуњава очекивања уговорних страна, или је његово испуњење постало отежано услед промењених околности постоји могућност измене елемената уговора. С тим у вези, поставља се питање да ли је дозвољена измена уговора о раду ако је разлог за измену промена правног идентитета послодавца, и ако јесте, да ли постоје одређени услови за његову пуноважност и који аспекти радног односа односа су подложни промени. Из текста Директиве 2001/23/ЕЗ се изводи закључак да измена елемената уговора о раду на штету запослених није дозвољена ако су измене узроковане самом променом послодавца.²³⁶⁹ Заштита, међутим, није апсолутног карактера, јер у случају да послодавац, упркос наведеној

²³⁶⁷ *Skills Development Scotland Co Ltd v Buchanan & Anor* UKEATS/0042/10/BI.

²³⁶⁸ У сваком случају, измене зарада морају бити вршене разумно и у доброј вери, тако да је послодавац везан имплицитним клаузулама уговора о раду у погледу повећања зараде. У складу са општим начелом савесног поступања, послодавац не може каприциозно и на дискреционој бази утврђивати зараде и друга примања запослених. М. Lieb, М. Jacobs, *Arbeitsrecht*, op. cit., 146.

²³⁶⁹ Директива 2001/23/ЕЗ, чл. 4 ст. 2.

забрани, понуди запосленом битну промену услова рада, а запослени одбије да да сагласност, послодавац може отпусти запосленог. Такво тумачење Директиве није оправдано, будући да је њен смисао управо да заштити радника и осигура наставак рада запослених код послодавца следбеника под неизмењеним условима. Такође, послодавац се сматра одговорним за престанак радног односа, ако је настојао да запосленом наметне измене, потпуно занемарујући чињеницу што је запослени јасно изразио своју намеру у правцу одбијања закључења анекса.²³⁷⁰

²³⁷⁰ M. Dragičević, „(Im)Permissibility of amending the employment contract in the circumstances“, *op. cit.*, 20.

СУДСКА ЗАШТИТА ЗАПОСЛЕНИХ ОД НЕЗАКОНИТЕ ПОНУДЕ ЗА ИЗМЕНУ УГОВОРА О РАДУ

1. Општа разматрања

У недостатку посебних правила у радном праву, судија је позван да примењује појмове облигационог права, али само у складу са духом солидарности и специфичним захтевима радног права. Тако се у одсуству посебних правила радног права у немачком праву указује да је основни принцип који је обавезујући за судије – принцип заштите запослених (*schutzprinzip*), без обзира на присуство изричите законске одредбе којим се тај принцип изграђује или потврђује.²³⁷¹ Принцип заштите запослених има два аспекта: примену најповољније одредбе (*in favorem laboris*) и тумачење чињеница и закона у корист запосленог (*in dubio pro operario*).²³⁷² Но, такав принцип не може да неутралише нежељене ефекте измена уговора које су неповољне за запослене. Швајцарски Савезни суд заштиту запослених сматра императивом у оквиру заштите слабије стране, али без јасног указивања да је заштита запослених издигнута на ниво општег принципа.²³⁷³ С друге стране, швајцарски законодавац не игнорише посебност радног права, будући да грађанско и радно право имају различита полазишта, јер се облигационо право изграђује на принципу једнакости и равноправности уговорних страна, док радно право сматра запосленог слабијом страном у уговору о раду. Полазећи управо од тога да се у случају измена уговора о раду неједнакост позиција потврђује, заштита запослених се мора обезбедити. Измена уговора може се односити на разне аспекте радног односа, као што су промена радног места или дужине радног времена, повећање или смањење зараде, као и промена у правима и обавезама које произлазе из уговорних односа. Уколико радник и послодавац не могу постићи договор, поступак измене елемената уговора о раду може довести до правног спора.

Да би се избегли спорови, британско право 2002. године уводи нови притужни поступак, као обавезну процесну фазу измена уговора о раду. Реч је о поступку који покреће запослени тако што упућује писмену изјаву послодавцу да ће због незадовољства новим условима рада упутити жалбу надлежном суду. Дакле, запослени о тој чињеници претходно обавештава послодавца, не би ли отклонио постојећи проблем и избегао судски спор. У том смислу, сврха ове законске норме је подстицање мирења и поравнања, односно избегавање парнице. Наиме, Закон о запошљавању је дефинисао притужбу као „притужбу запосленог на радњу коју је његов послодавац предузео или планира да предузме у односу на њега“.²³⁷⁴ Једини услов који се захтева је да притужба буде сачињена у писаном облику. Послодавац, након добијене притужбе, позива запосленог на разговор на место и у време који се сматра одговарајућим. После разговора послодавца обавештава запосленог о томе да ли остаје при томе да се извршене одређене измене услова рада или не. У случају позитивног одговора, између садржаје притужбе и садржаја тужбе мора да постоји подударност, која не значи апсолутно пресликавање појединости, већ идентичност предмета притужбе и тужбе.²³⁷⁵

Право на судску заштиту једно је од основних људских права, која су гарантована свим лицима укључујући и запослене. Запослени може затражити правну заштиту уколико сматра да је дошло до повреде његових права или ако је измена извршена противно принципу слободе уговарања. Кроз судску интервенцију се осигурава да се права и интереси свих страна

²³⁷¹ M. Lieb, M. Jacobs, *Arbeitsrecht*, op. cit., 144.

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ K. Dogan Yenisey, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, op. cit., 68.

²³⁷⁴ Закон о запошљавању, чл. 216.

²³⁷⁵ За канадско решење вид.: Douglas Brodie, „Canadian Jurisprudence and the Employment Contract“, *Industrial Law Journal*, Vol. 51, No. 3, 2021, 634.

у радном односу поштују, с тим да учешће суда мора бити последње средство, након што се не може постићи договор мирним путем.²³⁷⁶ Неминовно је да чешће измене уговора о раду доводе до повећаног броја правних спорова у овој материји. Примера ради, у Републици Кини је од 1. јануара 2013. године до 31. децембра 2016. године донето укупно 905 пресуда.²³⁷⁷ Када је реч о садржају измена уговора о раду односно о предмету судског спора највећи удео имају спорови између запослених и послодавца због промене посла, затим промена места рада, након чега следе спорови због неисплаћених накнада за рад и других примања запослених. Право Републике Кине, притом, разликује четири категорије измена елемената уговора о раду.²³⁷⁸ Прва категорија су измене уговора о раду спроведене једнострано, за које нема спорних предмета у поступцима пред судом. Друга категорија су једностране измене уговора о раду извршене на основу овлашћења садржаног у уговору или правилима корпорације односно интерним прописима послодавца који се групишу у две поткатегорије. Прва група даје послодавцима већа овлашћења у погледу измене уговора о раду готово без ограничења у погледу елемената који се могу мењати, док друга група ставља пред послодавца различите процесне захтеве, као што су најава измене или период прилагођавања. Трећа категорија су измене уговора о раду, које имају правни основ у закону, јер су изричито прописани услови који су објективно промењени, док последњу категорију чине измене уговора о раду са којом су се сложиле обе стране. Према узорку од 255 судских одлука кинеских судова за радне спорове, у 124 случаја утврђена је повреда права од стране послодавца, док је у преосталих 131 случај утврђено законито поступање послодавца.²³⁷⁹ Критеријуми који се узимају у обзир приликом разматрања законитости анекса уговора о раду нису јединствено изграђени у кинеској судској пракси, изузев захтева писане форме. Дакле, различити судови постављају различите критеријуме као релевантне у оцени законитости измене уговора о раду, при чему се као кључан фактор за решавање радноправних спорова узимају принцип рационалност и уважавање интереса обе стране у спору. Наиме, у одсуству писане форме, примењује се принцип стварног учинка, који претпоставља да су се уговорне стране сагласиле са изменом уговора о раду, ако запослени није приговорио на измену у року од месец дана.²³⁸⁰

У праву Републике Северне Македоније, заштита запослених се остварује грађањски или етапно, тако што запослени у року од осам дана од дана повреде права (незаконито прераспоређивање) изјављује приговор на одлуку послодавца.²³⁸¹ Пре активирања крајњег механизма заштите, у смислу подношења тужбе суду, запослени може поднети пријаву Државном инспекторату за рад, који може решењем изрећи упозорење послодавцу да отклони недостатке и неправилности утврђене записником, одредити рок у којем то треба да учини, уз налог за предузимање одређених мера.²³⁸² С друге стране, решење инспектора не представља извршну исправу на основу које би се могло спровести принудно извршење, што значи да у случају отказа или незаконитог премештаја инспектор може казнити послодавца, али му не може наложити да врати запосленог на рад или да га врати на претходно радно место. Треба поменути да све наведено важи само када је реч о статусним споровима, док у случају повреде права која се везују за новчана потраживања из радног односа, запослени није дужан да пре

²³⁷⁶ Први корак у избегавању спорова јесте јасно дефинисање услова рада у уговору. Наиме, уговор о раду треба да садржи све важне одредбе о правима и обавезама запосленог и послодавца, као и поступак који се примењује у случају измена његових битних елемената.

²³⁷⁷ Pan Feng, Xie Weiwei, „Study on Judicial Judgment Criteria Concerning Modification to Employment Contract“, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 123, 2017, 1793.

²³⁷⁸ *Ibid.*

²³⁷⁹ Sun Guoping, „Judicial Interference on Employers' Right to Change Terms and Conditions of Labor Contracts“, *Journal of Comparative Law*, No. 1, 2016, 35.

²³⁸⁰ *Ibid.*

²³⁸¹ Александар Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоређување на друго работно место“, *Свет на работата*, бр. 2, 2023, 198.

²³⁸² Инспектор је дужан да подносиоцу пријаве достави писано обавештење о утврђеном стању.

обраћања суда упуту приговор органу управљања код послодавца, чиме се елиминишу наведени рокови.²³⁸³

За разлику од грађанскоправног уговора, који је неважан само из разлога ништавости и рушљивости (учесници у облигационом односу могу другачије уредити своје односе него што је Законом о облигационим односима одређено, ако из појединих одредаба закона или њеног смисла не произлази шта друго), у Србији уговор о раду мора да буде сагласан са Законом о раду, чиме се начело законитости не исцрпљује у одсуству разлога за ништавост и рушљивост.²³⁸⁴ С друге стране, на уговор о раду се, као врсту грађанскоправног уговора у ширем смислу, супсидијарно примењују сва правила уговорног права о постојању општих и посебних услова која чине један уговор пуноважним (уговорна способност, сагласност воља, предмет, основ и форма), те се он може оспоравати и као ништав или рушљив према општим правилима облигационог права.²³⁸⁵ Дакле, законитост уговора о раду, те тако и анекса тог уговора, може бити оцењивана са аспекта: 1) хармоније са одредбама Закона о раду, који је *lex specialis* за регулативу уговора о раду, 2) ништавости са аспекта одредаба Закона о облигационим односима, 3) рушљивости са аспекта одредаба Закона о облигационим односима, који је *lex generalis* који се супсидијарно примењује и на уговор о раду. Друга специфичност уговора о раду састоји се у правним последицама изјашњавања о понуди за његову измену, која се састоји у томе да запослени може да прихвати понуду, потпише анекс и накнадно га судски оспорава, а може и да не прихвати понуду, добије отказ и судски оспорава решење о отказу. Имају у виду изнето, могу настати две врсте спора: 1) спор ради поништаја анекса уговора о раду који је запослени потписао и наставио да ради за послодавца и 2) спор ради поништаја отказа уговора о раду који је последица одбијања анекса.²³⁸⁶ За сваку од ове две врсте спорова у јуриспруденцији везана су вишеслојна питања.

Уколико је послодавац отказао уговор о раду јер је запослени одбио да потпише анекс тог уговора, а у касније покренутом судском поступку суд утврди да је анекс уговора о раду незаконит, поставља се питање да ли је послодавац дужан да запосленог у овом случају врати на стари посао. Законодавац није дао јасан одговор на ово питање, док судска пракса заузима различите ставове. Према доскорашњој судској пракси, враћање запосленог на ранији посао представља логичан вид реинтеграције која је уследила због незаконите одлуке послодавца. Наиме, у судским поступцима у којима је предмет тужбеног захтева оцена законитости анекса уговора о раду, тужиоци, по правилу, постављају и захтев да суд обавезе послодавца да запосленог врати на послове са којих је незаконито премештен или на друге одговарајуће послове. С тим у вези, судови су како у првој, тако и у другој инстанци поступали на готово идентичан начин, прихватајући све захтеве изложене у тужби, ако би утврдили да је анекс уговора о раду незаконит.²³⁸⁷ У поступцима по отказу уговора о раду који је последица одбијања анекса истиче се сложени тужбени захтев, који кумулира захтев за враћање на ранији посао и захтев за поништај анекса, који се заједно истичу у тужби на начин да, када суд утврди да је незаконит анекс уговора о раду, усвоји и део тужбеног захтева који се односи на враћање запосленог на ранији посао. С друге стране, поједине судије сматрају да суд не може да одлучује о враћању запосленог на посао, јер је наведена одлука у потпуности на послодавцу. Према том становишту, „суд не врши премештање, већ се премештај на друге послове врши на основу анекса уговора о раду, па захтев за обавезивање послодавца да запосленог премести

²³⁸³ А. Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоредување на друго работно место“, *Свет на работата, оп. cit.*, 198; Тодор Каламатиев, Александар Ристовски, „Отказ уговора о раду и заштита права радника услед престанка потребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему“, *Радно и социјално право*, год. XXI, бр. 1, 2017, 27.

²³⁸⁴ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања, оп. cit.*, 111.

²³⁸⁵ *Ibid.*

²³⁸⁶ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања, оп. cit.*, 111.

²³⁸⁷ В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *оп. cit.*, 777.

на одговарајући посао, не спада у судску надлежност“.²³⁸⁸ То се може критиковати као противно важећим правним прописима Републике Србије, јер нема своју правну основу у Закону о раду и у Закону о уређењу судова. Штавише, таквим поступањем суд крши Уставом зајамчено право свим грађанима на једнак приступ суду, будући да запослени тражи судску заштиту свог радноправног статуса који му је нарушен незаконитим актом послодавца. Одбијање суда да о овом праву мериторно одлучи, одбацујући тужбу због своје ненадлежности, тумачи се као повреда права на приступ суду, које чини саставни елемент права на правично суђење.²³⁸⁹

Из претходних редова закључује се о постојању несумњиве и интензивне потребе за судском заштитом запослених у вези са правним последицама незаконите понуде за измену уговора о раду. Наиме, чињеница да у Републици Србији и значајном броју правних система, понуда за измену уговора о раду запосленог може довести у изузетно неповољан положај, јер је принуђен или да је прихвати како би избегао отказ чиме фактички пристаје да ради под условима са којима није сагласан, или да је одбије ако су понуђени услови неподношљиви, у ком случају послодавац има легитиман законски основ за отказ уговора о раду.²³⁹⁰ Стога се показује нужним да се запосленима обезбеди могућност да у судском спору оспоре анекс, чак и када су га под притиском из страха од отказа прихватили, као и могућност да оспоре суштинске разлоге отказа који је резултат одбијања анекса.

2. Спор ради поништаја анекса који је запослени потписао

Запосленом се, као слабијој страни уговора о раду, оставља простор да оспорава законитост анекса, без обзира на то да ли је у погледу његове садржине изразио свој пристанак или не. Наиме, ово правило произлази из чињенице што запослени неретко из страха да ће изгубити посао пристају на измене услова рада које им не иду у прилог. У принципу, стање економске зависности их приморава да прихватају неподношљиве услове рада, који деградирају човека на личном и професионалном плану. У пракси се дешава да запослени нису задовољни понудом, али је прихватају из разлога што желе да избегну отказ који може уследити као последица одбијања понуде. У таквој ситуацији, запослени којем је понуда упућена може да прихвати анекс уговора о раду без задршке или са резервом.²³⁹¹ Притом, карактер прихвата не утиче на могућност да се тужбеним захтевом у радном спору оспорава законитост анекса.²³⁹² Слично решење познаје и Закон о радним односима Републике Северне Македоније, који предвиђа да запослени има право да оспори ваљаност разлога за измену уговора о раду без обзира да ли је прихватио понуду или не.²³⁹³ Тако, запослени може да реализује то право према општим принципима за заштиту права из радног односа. У том

²³⁸⁸ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 111.

²³⁸⁹ Д. Хаци Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *op. cit.*, 22

²³⁹⁰ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 110.

²³⁹¹ У спору вођеном у поступку по ревизији пред Врховним касационим судом запослена је потписала анекс уговора о раду, којим је послодавац продужио трајање уговора о раду на одређено време због коришћења породичског одсуства и одсуства ради неге детета, иако су се стекли законски услови за конверзију тог уговора у уговор о раду на неодређено време. Међутим, приликом потписивања анекса уговор о раду, запослена је изразила своју несагласност са одлуком коју је донео послодавац стављајући примедбу на анекс. Врховни касациони суд, Рев2 2366/2020 од 28.01.2021. године.

²³⁹² Одбијање закључења анекса уговора о раду сматра се факултативним разлогом за отказ уговора о раду на иницијативу послодавца. Поједини правни системи предвиђају да послодавац, под условом да постоје оправдани разлози за отказ, може отказати уговор о раду и истовремено предложити закључивање уговора о раду под измењеним условима – отказ са понудом измењеног уговора (Хрватска, Немачка). Запослени задржава право да оспорава допуштеност оваког отказа иако је прихватио понуду послодавца. В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 777.

²³⁹³ Закон за радните односи, чл. 181.

случају, запослени оспорава одлуку о отказу уговора о раду у којем су садржани разлози за измену уговора о раду.

У том погледу, сматра се неопходним омогућити запосленима да у поступку пред судом оспоре анекс, независно од чињеница што су га потписали, будући да је „покретачка сила“ израженог пристанка нелегитимна. Дакле, страх од одмазде или било каква друга врста притиска учињена од стране послодавца даје легитиман основ запосленом да оспорава анекс. Осим тога, понуда за измену анекса мора настати као резултат објективних потреба послодавца за рационалнијим коришћењем производних средстава. Узето скупа, постоји јасна и снажна потреба за судском заштитом запослених у вези са правним последицама незаконитог анекса уговора о раду.²³⁹⁴ Примера ради, незаконит је анекс којим послодавац предвиђа уговорну казну због непоштовања дужине отказног рока у случају отказа од стране запосленог и у случајевима повреда обавезе чувања пословне тајне и забране конкуренције. Ово из разлога што послодавац нема аутономно право да сам мења, односно додаје нове одредбе и санкције у односу на запосленог, које се разликују од оног што је прописано законом.²³⁹⁵ Уношење клаузуле забране конкуренције у уговор о раду се може користи само у изузетним приликама, при чему одбијање запосленог да прихвати такву клаузулу не може имати за последицу отказивање уговора о раду.

Једно од похвалних и добрих решења које доприноси већој заштити запослених од евентуалних злоупотреба послодавца у црногорском праву јесте могућност оспоравања понуде анекса од стране запосленог, и то пред више различитих тела и органа, почев од инспекције рада, преко Агенције за мирно решавање радних спорова, па све до надлежног суда.²³⁹⁶ Штавише, инспекција рада у овим поступцима има превентивну улогу, на начин што ће решењем наложити послодавцу да исправи евентуалне пропусте и недостатке понуде анекса уговора о раду. Када је у питању оспоравање понуде анекса пред Агенцијом за мирно решавање радних спорова, овај поступак предвиђен је само као могућност, а док траје поступак пред арбитром рокови за покретање поступка пред надлежним судом не теку, што је значајно поменути јер успешност тог поступка неће омети запосленог да оствари своја права у судском поступку који може накнадно покренути. Наиме, запослени има могућност да оспорава понуду у року од 15 дана од дана потписивања анекса.²³⁹⁷ Из ове регулативе произлази да запослени може оспоравати само понуду анекса коју је прихватио, те би се могло поставити питање њене оправданости, с обзиром на то да анекс, као и уговор о раду настаје као резултат сагласне изјаве воље запосленог и послодавца. Ипак, уколико узмемо у обзир последице неприхватања понуде анекса, о којима смо већ говорили, као и чињеницу да је запослени економски слабија страна у радном односу, услед чега је у пракси често принуђен да прихвати понуду послодавца без обзира да ли је са њом заиста сагласан, онда и једно овакво решење има пуно оправдање, истиче се у литератури.²³⁹⁸ Ипак, има и другачијих мишљења да је у споровима поводом оспоравања законитости анекса уговора о раду, на судовима је цене

²³⁹⁴ На овом месту ваља поменути да се заштита запосленима пружа само у погледу анекса који је прихваћен или одбијен изричито или протеком законом предвиђеног рока, за разлику од понуде за закључење анекса која не може бити предмет судске заштите. Ово због тога што је то једнострана изјава воље послодавца којом се даје иницијатива за измену одређених елемената уговора. Решење Апелационог суда у Београду Гж1 82/15 од 21. јануара 2015. године.

²³⁹⁵ У предметном спору запослена је одбила потписивање анекса уговора о раду који је садржао нове обавезе које су се тичале дужине отказног рока, забране конкуренције и чувања пословних информација и тајни. Као санкција за повреду тих дужности предвиђена је уговорна казна у износима од 40.000,00 и 1.000.000,00 динара. Врховни касациони суд је утврдио да је понуђени анекс противан одредби Закона о раду који искључује примену уговорне казне као својеврсне санкције у односима насталим поводом подређеног рада за другог. Сентенца из пресуде Врховног касационог суда Рев2 2350/2019 од 11.3.2020. године, утврђена на седници Грађанског одељења од 3.7.2020. године.

²³⁹⁶ В. Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду*, *op. cit.*, 151.

²³⁹⁷ *Ibid.*, 150.

²³⁹⁸ В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 778.

законитост анекса и да превенирају злоупотребе. Свако друго поступање значило би да суд, као треће лице, врши компарацију интересно супротстављених позиција уговорних субјеката.²³⁹⁹ Коначно, кључна питања која се јављају у овим споровима, а непосредно проистичу из посебне природе уговора о раду и анекса су: 1) питање граница преиспитивања анекса, у смислу да ли је суд овлашћен да преиспитује само законитост или и његову целисходност, односно оправданост и 2) питање рока за подношење тужбе ради поништаја анекса.

2.1. Границе преиспитивања оспореног анекса – законитост или целисходност

У спору ради поништаја анекса, границе овлашћења суда је важно утврдити будући да је законитост анекса условљена испуњењем материјалних и формалних услова. У том светлу, потребно је одредити да ли суд има ингеренције да цени оправданост и/или целисходност понуде за закључење анекса. Позиција суда у испитивању законитости анекса није доведена у питање, будући да је суд последња банкина у спречавању потенцијалне арбитрерности и самовоље (дискриминација, шикана) при измени елемената уговора о раду који се врши на иницијативу послодавца. С обзиром на његову доминантну позицију и економску зависност радника, потребно је обезбедити судску заштиту запослених у контексту измена уговора о раду. С тим у вези, остаје као дилема да ли је задатак судова да у споровима поводом оспореног анекса испитује економске и организационе мотиве који су навели послодавца да заузме одређени став по питању садржаја уговора о раду. Дакле, питање које се поводом спора о ваљаности понуде анекса уговора о раду поставља је да ли судови у овим споровима могу само расправљати и оцењивати законитост понуде или се могу упуштати и у оцењивање њене целисходности?²⁴⁰⁰ Прво, неспорно је да суд у случају спора утврђује чињенично стање и примењује материјално право. То значи да се суд креће у оквирима постављеним законом, осим ако се сам не јавља у улози креатора норми, у ситуацијама када је законодавац пропустио да одређено питање уреди. Постајање правне празнине представља основ за стварање норми судском интервенцијом и деловањем не би ли се отклониле дилеме, што може бити и подстицај за будиће законодавне реформе. У том смислу, судска пракса може изградити одређене стандарде који ће служити као пример или смернице за законодавца. На основу логичке процене и из свега наведеног следи да се, код јасних и потпуних прописа суд не може упуштати у оцењивање целисходности одлуке послодавца, већ само може оцењивати шта је у оквиру прописа, односно шта произлази на основу прописа, те на основу тога заузети став.²⁴⁰¹

Међутим, уколико се оспорава понуда анекса у случајевима који су предвиђени уговором о раду, поједини аутори сматрају да би било потребно да судови оцењују и целисходност такве понуде, посебно из разлога што у пракси већину услова у уговору о раду диктирају послодавци, као економски јачи субјекти, тако да уговор о раду у све већој мери добија карактеристике уговора по приступу, у којем запослени прихвата услове које је једна страна унапред одредила, без улагања протеста и приговора.²⁴⁰² У том смислу, суд би требало да има већа овлашћења и да одлучује не само о формалној сагласности понуде са законом и другим општим актима, већ би требало свеобухватно да утврди чињенично стање, ценећи да ли је понуда дата из разлога који су допуштени. Наиме, „у прилог овој тврдњи је и чињеница да су последице злоупотребе права из области радних односа, посматрано с економско-социјалног и моралног становишта, најпогубније за запосленог, те му се у том случају мора обезбедити адекватна заштита, тако да спор пред судом у конкретном случају мора бити спор како о

²³⁹⁹ Д. Хаџи Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *op. cit.*, 22.

²⁴⁰⁰ Yan Wang, *Chinese Labour Law*, Springer, Dalian, 2021, 52 *et seq.*

²⁴⁰¹ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 110.

²⁴⁰² Л. Н. Леонидович, *Актуальные проблемы трудового права*, *op. cit.*, 528.

чињеницама, тако и праву, укључујући и разлоге“.²⁴⁰³ На тај начин се доприноси правној сигурности, као и стварању јединствене судске праксе у овој области.

Супротно наведеним теоријским предлозима, у пракси Врховног суда Србије, у споровима поводом премештаја запосленог на друго радно место односно на други посао, заузима се став да се одлука послодавца испитује само из угла законитости, а не и целисходности, што значи да суд ту одлуку оцењује са становишта потребе процеса и организације рада и стручне спреме односно нивоа квалификација запосленог потребних (и који запослени поседује) за рад на тим радним местима/пословима без залажења у целисходност одлуке надлежног органа послодавца о премештају.²⁴⁰⁴ Премда смо као пример навели премештај запосленог на друге послове, сасвим је оправдано закључити да се овај резон примењује не само на премештај, као најчешћи облик измене уговора о раду, већ и на све разлоге због којих послодавац може затражити измене уговора о раду. Штавише, овакав карактер дао им је сам законодавац, издвојивши их као разлоге, односно елементе уговора о раду, који у тој мери могу утицати на пословање, па и опстанак послодавца, да послодавац има легитимно право да, под претњом отказа, од запосленог захтева закључење анекса.²⁴⁰⁵ Даљим сагледавањем и анализом решења види се да ниједан разлог није релативизован, нити посебно издвојен у погледу правних последица одбијања понуде анекса, као што је то, примера ради, учињено у црногорском праву, где последице одбијања анекса не наступају када се анекс предлаже из одређених законом предвиђених разлога.²⁴⁰⁶ Отуда, чини се да став највише судске инстанце у Србији, изражен у односу на премештај на други посао, може бити применљив на све разлоге закључења анекса уговора, у смислу да је ингеренција суда у случају ради поништаја анекса уговора о раду ограничена на испитивање законитости, а не целисходности анекса. Судска оцена целисходности и оправданости разлога за измену уговора о раду представља неприхватљиву судску праксу којом се послодавцима онемогућава да измене уговор о раду како би, не само побољшали своју конкурентност, већ и опстали као конкурентски такмаци на тржишту.²⁴⁰⁷ То је прихваћено, уз аргумент да су послодавци једини компетентни да врше пословну процену (*business judgement rule*) и утврде пословну потребу за предузимањем организационих и кадровских мера, док је суд овлашћен да испитује испуњеност формалноправних аспеката допуштености измене уговора о раду.²⁴⁰⁸ Другачије решење би довело до негативних последица, уплива у поље управљачке власти, и неповољних манифестација на пословном пољу, што би штетило свима. Такође, то би био одсјај у огледалу недозвољеног утицаја на пословно понашање и тржишну конкурентност правних субјеката, јер би процена суда засигурно утицала на дугорочну и краткорочну политику пословања послодавца.

Из тога следи да се у радним споровима овакве природе може лако догодити да судови прекораче судијска овлашћења у поступању и одлучивању о предметној ствари. Наиме, свако

²⁴⁰³ *Ibid.*

²⁴⁰⁴ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 438/93 од 25.2.1993. године. „Тужени је оценио да интереси радног процеса налажу да тужилац више не ради на радном месту руководиоца финансијског сектора, већ на радном месту плана и анализе, које одговара његовом степену стручне спреме. За ову оцену је било довољно тужиочево дуже одсуствовање услед болести, јер послови његовог ранијег радног места не трпе одсутност. Суд није овлашћен да се упушта у целисходност одлучивања“. Као добар пример служи и пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4166/94 од 7.9.1994. године у којој се наводи следеће: „Законитост распоређивања зависи од стручне спреме, знања и способности радника – ако је у одлуци о распоређивању назначено у чему се огледа потреба процеса и организација рада, а нема доказа о шикани или другим малициозностима, негирање ове потребе спада у домен целисходности, што је ван овлашћења суда у радном спору.“

²⁴⁰⁵ Д. Хаџи Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *op. cit.*, 21.

²⁴⁰⁶ Поређења ради, последице одбијања анекса би у српском праву наступиле када се предлаже промена режима радног времена, што није случај у црногорском праву.

²⁴⁰⁷ В. Вакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 779.

²⁴⁰⁸ О доктрини правила пословне процене више видети у нашем раду Тијана Ковачевић, „Правило пословне процене“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2020, 142.

поступање трећих лица, па и суда, којим би се послодавцу наметала обавеза да на одређени начин уреди своју пословну организацију, утврђује пословну политику или доноси одлуке о изменама уговора о раду. Дакле, суд не може из објективних разлога, нити сме из правних разлога, да одлучује о раду запосленог на једном радном месту или другом радном месту, нити да процењује да ли постоји пословна потреба за премештајем запосленог на друго одговарајуће радно место, јер би то представљало *sui generis* правну аномалију и узурпацију дискреционих овлашћења послодавца.²⁴⁰⁹ Ово из разлога што суд не располаже потпуним и довољним информацијама о пословању привредних субјеката, да би могао да процени да ли су економске или друге промене биле узрок промене уговора и да ли су реално присутне или су фингиране.²⁴¹⁰ Сходно томе, од непроцењивог је значаја установити да је домет судова ограничен, и да је на судовима је да врше процену да ли је послодавац поштовао процесна правила и предузео све формалне кораке који анекс уговора о раду чине законитим, без испитивања пословне стратегије која иза тога лежи. Као што смо навели, подвајање мора бити извршено у смислу да је оцена законитости на једној страни, а да је оцена целисходности и оправданости послодавчевог одлучивања на другој, те да се те две стране не могу утопити, будући да чине део различитих хемисфера, од којих је само једна у надлежности суда, док друга остаје у чистом домену послодавчеве управљачке власти.

Стога, слобода предузетништва, као Уставом Републике Србије зајемчена и највиша вредност економског и привредног система, представља препреку за судску оцену законитости оспореног анекса. У оквиру те слободе изграђена је самосталност привредних субјеката, тако да послодавац може потпуно слободно да управља кадровском структуром, одреди број запослених или реорганизује производњу у циљу стварања већег профита. Осим тога, послодавац жели да заузме доминанту позицију на тржишту, што је тешко оствариво ако се конкурентска предности гради искључиво на новим технологијама које су свима доступне.²⁴¹¹ Због тога се за издвајање једног привредног друштва користе други чиниоци, а пре свега запослени („хумани капитал“) који се чини одлучујућим у том домену. Систем управљања људским ресурсима и запослени, нарочито они који располажу посебни вештинама које није лако пронаћи на тржишту су одлучујући фактор који прави разлику између привредних субјеката.

Непожељна, али могућа је, свакако ситуација у којој пословање привредних субјеката стагнира услед деловања унутрашњих и спољних фактора. Како би одговорио на економске изазове и суочио се тржишним осцилацијама, послодавац мора имати дискрецију у поступању и одлучивању. Из тога произлази потреба за изменама услова рада запослених, због чега се иницијатива послодавца усмерена у том правцу третира као организациона одлука. Отуда, слобода предузетништва представља простор у којем је послодавац апсолутни суверен, а судови немају могућност да оцењују целисходност одлуке о измени уговора о раду. А *contrario*, уколико би судови имали могућност да врше контролу послодавчевих пословних и организационих одлука, које се делом тичу запослених, то би значило ограничење Уставом гарантованог права.²⁴¹²

²⁴⁰⁹ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 58.

²⁴¹⁰ Д. Хаџи Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *op. cit.*, 22.

²⁴¹¹ Dirk Elz, *Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers nach Wegfall des Kündigungsgrundes*, Verlag, Dr. Otto Schmidt, Köln, 2002, 85.

²⁴¹² „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. Овакво схватање има своје утемељење у Уставу Републике Србије, који гарантује слободу предузетништва и самосталност привредних субјеката, у оквиру које се имплицитно јемчи право послодавца да самостално, према својим потребама, у циљу рационализације и уштеде и у складу са својом пословном политиком одреди структуру запослених и начин на који ће организовати процес рада, чију целисходност и оправданост суд није овлашћен да цени. Послодавац мора имати извесну слободу и дискрецију у поступању како би одговорио на макроекономске изазове у привредним токовима“. В. Вакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 780.

2.2. Рок за подношење тужбе ради поништаја анекса

По питању рока за подношење тужбе, у литератури и пракси постоје два потпуно опречна става, те се тако, с једне стране, указује да је рок за подношење тужбе преклузиван уз изједначавање анекса са другим актима, док се на другој страни истиче да је рок за подношење тужбе за поништај анекса временски неограничен, као за све случајеве ништавости. Дилема природе и карактера рока за подношење тужбе ради поништаја анекса произлази из непрецизне законске формулације и чињеница да се на бројна питања која се тичу закључивања, важности, трајања или престанка уговора о раду примењују општа правила уговорног права.²⁴¹³ У Закону о раду садржано је правило да запослени против решења којим је повређено његово право може покренути спор пред надлежним судом у року од 60 дана од дана достављања решења, односно од сазнања за повреду права.²⁴¹⁴ Наиме, последњим обимним изменама Закона о раду из 2014. године рок је скраћен са 90 дана на 60 дана. Спор пред надлежним судом може покренути запослени којем је повређено право, али и представник синдиката чији је запослени члан, ако га запослени овласти.²⁴¹⁵ У светлу наведеног, рок за подношење тужбе се везује за решење или други акт послодавца којим је повређено право запосленог. Како законодавац није приликом одређивања рока за подношење тужбе, експлицитно навео да се он односи и на оспоравање анекса, јавиле су се недоумице да ли то исто важи и за анекс. С обзиром на то да је анекс уговора акт послодавца којим се такође може повредити право, ако је незаконит, поставља се питање да ли се ништавост анекса може увек истичати, без обзира на протек времена или се у погледу анекса примењују иста правила која важе за сваки други незаконит акт послодавца.²⁴¹⁶ Друга могућност је да је анекс изостављен из тог рока, због своје специфичне уговорне природе и чињенице да се несагласност акта са императивним нормама санкционише ништавошћу чије утврђивање не застаревља.²⁴¹⁷ Дакле, потребно је разјаснити да ли несагласност анекса уговора са одредбама Закона о раду производи истовремено његову ништавост, са свим правним последицама, што аутоматски значи да запослени располаже временски неограниченим правом на тужбу.

Према другом становишту, рок од 60 дана је преклузиван рок чије пропуштање доводи до губитка права на судску заштиту, имајући у виду императивну природу члана 195 Закона о раду.²⁴¹⁸ Како је понуда за закључење анекса једнострана радња или акт послодавца, до истог закључка се долази и стриктним језичким тумачењем наведене одредбе. Присталице овог закључка истичу да се таква констатација може извести из слова Закона о раду, у којем стоји да је анекс уговора о раду акт послодавца, те да се њим као и сваким другим актом може вређати индивидуално право.²⁴¹⁹ Отуда је запослени у могућности да затражи судску заштиту, тако што ће поднети тужбу у року који почиње да тече од дана потписивања анекса или сазнања за повреду права. Том гледишту се приклања и Врховни касациони суд који је у свом образложењу био прилично темељан, повезујући радно право и облигационо право.²⁴²⁰ Наиме, преклузивност рока обрађена је и са аспекта ништавости по општим правилима облигационог права, уз наглашавање да тужба за утврђење, начелно, не застаревља, али да се у овом случају

²⁴¹³ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 56.

²⁴¹⁴ Закон о раду, чл. 195 ст 1-2.

²⁴¹⁵ Закон о раду, 195.

²⁴¹⁶ В. Вакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 782.

²⁴¹⁷ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 58.

²⁴¹⁸ С. Дражић, „Два спорна питања из радних спорова“, *op. cit.*, 193.

²⁴¹⁹ *Ibid.*

²⁴²⁰ На овом месту треба указати и на то да се преклузивни карактер рока односи на заштиту права запослених (престанак радног односа, реинтеграција, распоређивање), а не и на остваривање новчаних потраживања. Рев2 1381/2014 од 03.12.2014. године

ради о норми императивног карактера, што значи да се тужба мора поднети у оквиру рока од 90 дана, односно према важећем решењу у року од 60 дана.²⁴²¹

С друге стране, ваља навести да је гледиште о праву на истицање ништавости анекса уговора о раду у ствари изграђено на нижем хијерархијском ступњу, то јест од стране првостепених и апелационих судова, а да је базирано искључиво на непостојању рока за утврђивање ништавости, што је прописано Законом о облигационим односима. У том контексту се указује да је за материју судске заштите Закон о раду *lex specialis*, што је у потпуности занемарено и игнорисано у јуриспруденцији. Стога се, с правом, може рећи да основна правна начела начело правне сигурности, те начело *lex specialis derogat legi generali*, несумњиво пледирају за исправност и логичност резона заступљеног у одлуци највише судске инстанце у Републици Србији. Свакако, чињеница да постоје одређена недефинисаност и дијаметрално супротна тумачења у експертским круговима указује на неопходност да законодавац, *de lege ferenda*, реши овај проблем експлицитним прописивањем примене преклузивног рока за тужбу и на спорове ради поништаја анекса, без обзира на разлоге оспоравања анекса и карактера тужбеног захтева.²⁴²²

Поред наведених правних питања, важно је размотрити и да ли је могућа највиша судска заштита у поступку по ревизији, као ванредном правном леку. Ревизија против пресуде је ванредан, деволутиван, несуспензиван, ограничен и двостран правни лек којим се побијају само пресуде донете у другом степену.²⁴²³ Иначе, ванредни правни лекови имају две фазе: *judicium rescindens* - поступак у којем се испитује допуштеност и основаност ванредног правног лека, и *judicium rescissorium* - поступак у којем се оживљава првобитна парница, због чега се и користи израз за ванредне правне лекове да се покреће „парница о парници“. Рок за изјављивање ревизије је преклузиван и износи 30 дана од дана достављања другостепене пресуде. Према општим правилима парничног поступка, ревизија је увек дозвољена: (1) ако је то посебним законом прописано; (2) ако је другостепени суд преиначио пресуду и одлучио о захтевима странака; (3) ако је другостепени суд усвојио жалбу, укинуо пресуду и одлучио о захтевима странака.²⁴²⁴

Међутим, могућност изјављивања ревизије може бити ограничена. У радном спору, суд дозвољеност изјављивања ревизије процењује на други начин. Тако, у радним споровима, основаност ревизије се процењује применом члана 441 Закона о парничном поступку, којим је изричито прописано у којим парницама из радних односа је ревизија дозвољена. *In concreto*, члан 441 Закона о парничном поступку предвиђа да је ревизија дозвољена у парницама тј. споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа. Дакле, посебно правило утврђено чл. 441 Закона о парничном поступку искључује примену општих правила.²⁴²⁵ На тај начин, Закон искључује могућност за изјављивање ванредног правног лека и остваривања заштите пред највишом судском инстанцом када је реч о споровима поводом незаконитости анекса уговора о раду, што представља неуралгичну тачку парничног поступка у радним споровима.²⁴²⁶ Закон о парничном поступку је на овај начин условио и ограничио како

²⁴²¹ „Закон о раду је специјални закон у односу на Закон о облигационим односима, па правило о преклузији важи и за случај утврђивања ништавости одредаба уговора о раду зато што су неповољније од закона или општег акта или се заснивају на нетачном обавештању од стране послодавца (члан 11. у вези члана 9 став 2), утврђења ништавости одредаба уговора о раду зато што се њима врши дискриминација (члан 20. став 2) и утврђивање права на заштиту живота, здравља и безбедности на раду (члан 80. став 1). По правилу тужба за утврђивање не застарева, али имајући у виду императивни карактер из члана 195. Закона о раду, то се и тужба за утврђивање постојања радног односа мора поднети у оквиру преклузивног рока од 90 дана“. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, ГжЛ. 5520/10 од 21.09.2011. године.

²⁴²² А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 112.

²⁴²³ Ранко Кеча, Марко С. Кнежевић, *Грађанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2019, 359.

²⁴²⁴ Закон о парничном поступку - ЗПП, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013, - одлука УС, 55/2014 и 87/2018, чл. 403.

²⁴²⁵ Овај став изражен је и у решењу Врховног касационог суда, Рев2 1745/2015 од 7. октобра 2015. године.

²⁴²⁶ Уставни суд је у више наврата имао прилике да се изјашњава о уставном праву на правно средство (чл. 36 ст. 2 Устава), те је истакао аргумент да је на овај начин странци која губи спор преиначујућом жалбеном пресудом

запосленог у правном путу оспоравања законитости анекса уговора о раду, тако и послодавца у настојању да докаже његову законитост. Међутим, на основу члана 404 Закона о парничном поступку, закључујемо да највиша судска инстанца, ипак, може да буде доступна и у оваквом случају, путем изјављивања посебне ревизије за коју је неопходно да буду испуњени посебни услови попут потребе да се размотре правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначења судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права.²⁴²⁷

Притом, *sui generis* природа уговора о раду и последице одбијања његових измена детерминишу вишедимензионална питања по којима не постоји јединствен став у правној доктрини и судској пракси. Кроз стриктно преиспитивање околности због којих се прибегава измени уговорених услова рада судије треба да гарантују извршан степен правичности. Принудна измена уговора о раду од стране суда могућа је само ако је суд изричито законом овлашћен на измену. Ипак, у литератури се заступа становиште да и када је суд овлашћен да мења уговор, није реч о принудној измени, јер се претпоставља да чим су се обратиле суду за помоћ странке су се споразумеле прећутно да, заправо, суд одлучи шта је правична измена.²⁴²⁸ Ако суд поништи анекс, услови рада се успостављају у стању у којем су били пре упућивање понуде за измену уговора о раду. У македонском праву постоји више правила који се тичу отказа уговора, с обзиром на то да се измена уговора о раду врши пре раскида уговора о раду који чине јединствен документ.²⁴²⁹ Тако, у случају да запослени прихвати понуду, рок за подношење приговора на одлуку почиње да тече од дана када је запослени закључио нови уговор о раду и износи 15 дана. С друге стране, ако запослени не прихвати понуду рок почиње да тече од дана када је запослени дао изјаву о неприхватању новог уговора о раду, а дужина рока остаје непромењена.

3. Спор ради поништаја отказа уговора о раду који је последица одбијања понуде за закључење анекса

Када је реч о споровима ради поништаја отказа уговора о раду који је последица одбијања анекса, рок за подношење тужбе никада није био споран, јер је Закон о раду сасвим јасан по питању преклузивности рока за побијање решења послодавца. Ипак, није до краја јасан обим преиспитивања разлога отказа, односно да ли одбијање анекса, само по себи, представља оправдан и довољан разлог за отказ, тако да у ситуацији када анекс није потписан нема ни основа да се о његовој законитости расправља у поступку ради поништаја отказа, или законитост отказа треба ценити са аспекта разлога који су условили понуду за закључење анекса чије је одбијање резултирало отказом, што значи да се као претходно питање законитости отказа, заправо, утврђује законитост анекса.²⁴³⁰

Наиме, у делу домаће литературе заузет је став да запослени мора прихватити анекс уговора о раду и ако је недозвољен, будући да се судска заштита може затражити у парници ради утврђења незаконитости измењеног уговора о раду.²⁴³¹ Другим речима, ако не прихвати анекс, не може са успехом у радном спору поводом поништаја отказа уговора о раду да

ускраћено уставно право на правно средство, у ситуацији када ревизија према законским критеријумима није дозвољена. Ранко Кеча, Марко Кнежевић, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначујуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2017, 1254.

²⁴²⁷ Вид.: Закон о парничном поступку, чл. 404. Стефан Јовановић, Давид Вучинић, „Дозвољеност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке“, *Право и привреда*, бр. 3, 2022, 539.

²⁴²⁸ Д. Хаџи Танчић, „Измена уговора о раду – поступак и његове последице“, *op. cit.*, 22

²⁴²⁹ А. Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоредување на друго работно место“, *Свет на работата*, *op. cit.*, 198.

²⁴³⁰ Решење Врховног касационог суда, Рев2 1070/2018 од 29.05.2019. године. А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 115.

²⁴³¹ *Ibid.*

оспорава законитост уговора, јер је у том погледу преклудираан. С тим у вези, аргумент у прилог томе се налази у тексту Закона о раду, по којем је предвиђено да ако запослени прихвати понуду за закључење анекса уговора о раду, задржава право да пред надлежним судом оспорава законитост овог уговора.²⁴³² На поменутој законској одредби, део домаће теорије изграђује основ и оправдање за став да је у овом случају беспредметно процењивање основаности, односно неоснованости одбијања понуде, јер се запосленом који одбије да закључи анекс уговора о раду свакако не пружа могућност остваривања судске заштите у случају отказа. Другим речима, ако не прихвати анекс уговора, запослени не може са успехом оспоравати законитост анекса, јер се сматра да је наступила преклузија.

С друге стране, запослени има потпуну слободу да одлучи да ли ће прихватити нове услове рада које предлаже послодавац, уз бојазан да ће његово противљење можда резултирати отказом. Губитак запослења значи губитак прихода, због чега се отказ види као крајње средство, а измене уговора о раду као потенцијално решење за превазилажење проблема. Отуда послодавац настоји да кроз правичне измене услова рада задржи запослене на раду, тако да радни однос неће престати ако се запослени сагласи са предлогом послодавца.²⁴³³ У супротном, послодавац може задржати непромењене услове рада или инсистирати на изменама уговора о раду, када запосленом може дати отказ. Послодавац може упутити понуду за измену уговора о раду у законом предвиђеним случајевима, при чему одбијање такве понуде може довести до престанка радног односа на иницијативу послодавца.²⁴³⁴ У сваком случају, послодавац не може принудити запосленог да прихвати понуду, већ му може у случају несагласја раскинути уговор, уз поштовање правила отказног поступка.²⁴³⁵ Дакле, противљење запосленог ставља послодавца у позицију да бира између отказа уговора о раду и повлачења понуде. Даље, из поуке о правним последицама непотписивања анекса произлази да запослени има могућност да одбије закључење анекса уговора о раду и да инсистира на првобитно уговореним условима рада. С тим у вези, поставља се питање да ли је послодавац везан понудом и на који начин може извршити њен опозив. Уколико послодавац не откаже уговор о раду запосленом који одбије понуду анекса, сматра се да је извршио опозив своје понуде, јер се тиме сагласио са применом првобитног уговора.²⁴³⁶

Уколико послодавац остане при понуди за измену уговора о раду у могућности је да откаже уговор о раду запосленом који не прихвати понуду. Закон о раду у овом случају не условљава послодавца да примењује правила дисциплинског поступка јер се одбијање понуде не може квалификовати као повреда радне обавезе или дисциплине понашања, већ као отказни разлог условљен потребама послодавца. У светлу тога, запослени може да бира између две опције, то јест може да бира да прихвати понуду анекса, што води останку у радном односу, а онда да захтева у судском поступку оцену његове законитости, или да одбије понуду за закључење анекса и добије отказ који може да побија у судском поступку. Другим речима, прихватање или неприхватање понуде и потписивање анекса уговора о раду није услов за судску заштиту у спору ради поништаја одлуке о отказу.²⁴³⁷ Притом, образложење за ту констатацију се налази у томе да отказ због одбијања анекса не може почивати на анексу који је незаконит било у материјално или формалном смислу, те да запослени има право да тај анекс одбије, а послодавац се не може ослободити правне одговорности за незаконит отказ само из разлога што он није потписан.

²⁴³² Закон о раду, чл. 172 ст. 4.

²⁴³³ А. Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоредување на друго работно место“, *op. cit.*, 198.

²⁴³⁴ А. Лазаревић, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, *op. cit.*, 111

²⁴³⁵ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 58.

²⁴³⁶ А. Шопов, „Правна заштита на работникот поради незаконито прераспоредување на друго работно место“, *op. cit.*, 199.

²⁴³⁷ В. Бакић, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *op. cit.*, 777.

По овом питању су се у судској пракси Републике Србије годинама драстично ломила копља што је довело до опречних становишта и имало за последицу висок степен несигурности. Дијаметрално супротна пракса судова морала је бити отклоњена и коначно се морао решити тај проблем, те је Врховни касациони суд усвојио закључак који је касније имплементиран у текст Закона о раду.²⁴³⁸ По оцени суда, Закон о раду није условио, нити ограничио запосленог у правном путу изношења разлога о незаконитости анекса јер је смисао овог правила јачање заштите запосленог, као слабије уговорне стране, а не ограничавање права. Запослени нема препреке правне природе да укаже о постојању разлога који чине анекс незаконитим, јер би се другачијом перцепцијом ствари дошло до нереалног исхода да би запослени сваки радни спор у вези са престанком радног односа по овом основу изгубио, а учинак одбијајуће пресуде би се равнао одбачају тужбе (неделотворна заштита). Због тога, запослени може по прихватању анекса тужбом тражити поништај, али незаконитост може истицати како у тужби, тако и током целог поступка, у парници ради поништаја решења о престанку уговора о раду.

Ово схватање додатно је оснажено чињеницом да Закон о облигационим односима предвиђа да суд на апсолутну ништавост пази по службеној дужности.²⁴³⁹ Према томе, чињенице о апсолутној ништавости (анекса уговора о раду) могу се истицати у свако доба, и као претходно питање у било којој парници. Следствено томе, оспоравање законитости уговора о раду не мора бити предмет посебне парнице, већ се може истицати у поступку поводом поништаја решења о отказу уговора о раду.²⁴⁴⁰ Без обзира на поменуто схватање Врховног касационог суда засновано на Уставу и међународним радним стандардима, одређени број нижестепених судова није устукнуо пред наводима, те је и даље остао на супротном становишту да се у спору ради поништаја отказа не може преиспитивати одбијени анекс. Ово из разлога што је у периоду пре измена Закона о раду из 2014. године изостала одредба да се уговор о раду може мењати само из оправданих разлога који се наводе у понуди, а чију оправданост испитује суд. С обзиром на то, законодавац је ради успостављања правне сигурности експлицитно прописао да је правна ситуација иста и позиција запосленог у погледу гарантованих права непромењена како у случају прихвата, тако и у случају одбијања понуде анекса. Свако супротно перцепирање ствари би довело до неправичног исхода и неделотворне судске заштите слабије стране у радном односу. Отуда се мора јасно нагласити да незаконит анекс, било због одсуства прецизно опредељеног разлога за измену уговора о ради (материјални услов) или повреда правила поступка у достављању понуде (формални услов), не ослобађа послодавца одговорности.²⁴⁴¹ Коначно, ако суд у радном спору поводом поништаја решења о отказу не би испитивао законитост анекса уговора то би значило толерисање противправног поступања послодавца, што се противи не само законским нормама, него и елементарним принципима правде и правичности.²⁴⁴²

Овакав став заступљен је и у одређеном броју страних правних система, при чему је у већини случајева, као и у Републици Србији, најпре судска пракса заузела став о неопходности испитивања околности које су претходиле отказу и усмерила заштиту ка том правцу, а потом је таква пракса подигнута и на законодавни ниво. Добар пример је Јапан, где је судска пракса поводом законитости отказа, развијана после нафтне кризе 1973. године, која је подигнута на ниво доктрине, и установљена су строга правила у вези оправданих разлога за отказ односно испитивање чињеница и аката који су претходили отказу, кодификована 2003. године у Закону о стандардима рада.²⁴⁴³ У Француској, пракса Касационог суда нема ни потребе да доведе до легислативних измена, будући да је безмало она, сама по себи, доведена до нивоа извора права,

²⁴³⁸ Закључак Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 4.10.2010.

²⁴³⁹ Закон о облигационим односима, чл. 110.

²⁴⁴⁰ Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 968/2017 од 25.05.2017. године.

²⁴⁴¹ В. Симовић Звицер, *Коментар Закона о раду, op. cit.*, 151.

²⁴⁴² *Ibid.*

²⁴⁴³ Koji Takahashi, „The Future of the Japanese-style Employment System: Continued Long-term Employment and the Challenges It Faces“, *Japan Labor Issues*, Vol. 2, No. 6, 2018, 6.

иако то формално није. Наиме, француски Касациони суд је установио праксу по којој је приликом оцене законитости отказа који је последица одбијања измене уговора о раду неопходно утврдити разлоге предложене измене, који мора бити садржан у понуди за измену уговора, будући да су ти разлози одлучујући за оцenu законитости отказа.²⁴⁴⁴ У шведском праву послодавац је, такође, дужан да отказ који је последица измене уговора о раду аргуменује разлозима који су индуковали потребу за изменом услова рада.²⁴⁴⁵

У погледу границе између законитости и целисходности отказа, као последице одбијања измене уговора о раду, у упоредном праву не постоје јединствена решења.²⁴⁴⁶ На примеру претходно разматраних система, могло би се закључити да правни системи Јапана и Француске заступају теорију целисходности, захтевом да послодавац образложи оправданост отказа, као ултимативне мере која је уследила несагласности у немогућности измене уговора о раду и предузимања других метода. На другој страни се налази право Шведске које прихвата теорију законитости, посебно када се изменама уговора о раду решава проблем вишка запослених код послодавца, с обзиром на то да суд не прелази границу оцењивања поштовања формалних правила од стране послодавца. По овом питању српско право није унификовано, те се из текста Закона о раду изводи закључак да законитост ужива приоритет у смислу судске надлежности, док би целисходност била изван домена. Такође, уочава се да у случају премештаја на други посао судска пракса декларативно прати законски концепт, заступањем става да суд у споровима везаним за премештај запосленог треба да се ограничи на утврђивање адекватности стручне спреме и постојања потреба процеса и организације рада, док разлоге тих потреба, које су домен целисходности, суд не треба да испитује.²⁴⁴⁷ Када је реч о другим елементима који су предмет анекса, нема референтне судске праксе, али у теорији постоје схватања да код анекса уговора који се односи на промену елемената зараде, суд треба да цени не само законитост, него и целисходност понуде, јер је дискутабилно да ли је промена овог елемента уговора о раду у домену потребе послодавца.²⁴⁴⁸ Свакако да ово питање није једноставно и немогуће га је решити на нивоу закона, будући да су радни спорови по својој природи такви да је танка линија између оцене законитости и целисходности, посебно када се дискутује о томе да ли за изменама одређених елемената уговора о раду постоји стварна потреба или је реч о шиканирању запосленог.²⁴⁴⁹

3. Судска заштита у случају премештаја запосленог

Уколико је послодавац отказао уговор о раду, јер је запослени одбио да потпише анекс тог уговора, а у касније покренутом судском поступку суд утврди да је анекс уговора о раду незаконит, поставља се питање да ли је послодавац дужан да запосленог у овом случају врати на старо радно место. Ово питање, нажалост, није законски уређено, док судска пракса лута, те је у појединим одлука наведено да суд не може да одлучује о враћању запосленог на радно место, јер је та одлука у потпуности на послодавцу. С друге стране, поједине судије сматрају

²⁴⁴⁴ H. K. Gaba, „Le refus du salarié et ses vicissitudes: pour un droit commun et autonome de refus (Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d’atteintes aux droits et libertés du salarié et à l’ordre public absolu)“, *op. cit.*, 246.

²⁴⁴⁵ Mia Ronnmar, „Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment in Sweden“ Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004, 99.

²⁴⁴⁶ Т. Ковачевић, „Спор поводом измена елемената уговора о раду“, *op. cit.*, 58.

²⁴⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁴⁸ Весна Душић, „Правне последице незаконитог премештаја запосленог и судска пракса“, *Радно и социјално право*, год. XXIV, бр. 2, 2020, 169.

²⁴⁴⁹ *Ibid.*

да је враћање на раније радно место логичан вид реинтеграције и да суд може обавезати послодавца да поступа на начин предвиђеним у диспозитиву одлуке.²⁴⁵⁰

У периоду самоуправног социјализма суд је могао на захтев радника донети одлуку да се радник врати на пређашње радно место. Притом, разлози за покретање радног спора у вези са одлуком о премештају не везују се оправданост премештаја, него за чињеницу да је решењем радне организације грубо повређено право радника.²⁴⁵¹ Да би се утврдила груба повреда права, суд је морао оценити све околности случаја, а посебно да ли је радна организација имала радно место које одговара степена стеченог образовања радника. Начелно посматрано, груба повреда права радника постоји у случају да је повређено правило о колективном одлучивању о трајном премештају радника на друго радно место. Наиме, социјалистичко радно право је правило разлику између трајног премештаја, о којем је одлучивао колегијални орган самоуправљања односно радна организација, али не и извршни орган или појединац. Штавише, појединац је могао одлучивати ако је претходно прибавио мишљење савета радне заједнице. Супротно, о привременом премештају, будући да је реч о изузетним околностима који налажу хитно поступање, могао је одлучивати директор или други радник који је био овлашћен на основу статута или другог акта радне организације.²⁴⁵²

Затим, груба повреда права радника постоји и када се радник премешта супротно одредбама општег акта радне организације или супротно прописима о заштити на раду, као и када се премешта на непостојеће радно место ради шикане, из лоше намере или је мотив премештаја малициозан без оправданих и ваљаних разлога.²⁴⁵³ Такође, овој листи се додаје и премештај на радно место које није утврђено актом о систематизацији радних места, јер се тада не може јасно утврдити ни висина зараде/личног дохотка, али и када је реч о деградацији радника или о злоупотреби права у смислу да премештај радника није извршен због објективне потребе процеса рада. Насупрот томе, не сматра се да су права радника грубо повређена ако је раднике без израженог пристанка премештен на друго радно место које одговара његовим стручним и радним способностима, иако је тиме доведен у неповољан положај, ако је то било условљено објективним потребама, примера ради, променама у технолошком процесу рада.²⁴⁵⁴

Социјалистички систем је познавао више правних средстава за постизање законитости одлучивања о премештају радника, те је тако радник могао да затражи заштиту унутар радне организације улагањем приговора на решење. Другостепени орган одлучивао је о приговору, те ако је решењем другостепеног органа повређено право радника, против тог решења радник је могао покренути радни спор, с тим да су одређена овлашћења имали и општински органи.²⁴⁵⁵ Наиме, општински орган је могао привремено одложити извршење решења, иако је оно постало коначно и то до доношења правноснажне пресуде. Притом, све до окончања радног спора, раднику се морало омогућити да ради на ранијем радном месту, а морала му се обезбедити и иста зарада. Инспектори рада нису имали овлашћења да пониште решења органа управљања о премештају радника на друго радно место, иако су у то време бројне земље познавале ту могућност.²⁴⁵⁶

Радни спор се покретао тужбом, ако је радник сматрао да је коначним решењем повређено његово право, под условом да приговор који је уложио на решење о премештају није уважен. У суштини, тужба је садржала два захтева: да суд утврди повреду права и да

²⁴⁵⁰ Пресуда Врховног касационог суда Рев2.2564/2018 од 31.01.2019. године.

²⁴⁵¹ А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, *op. cit.*, 212.

²⁴⁵² *Ibid.*

²⁴⁵³ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo. Knjiga prva: radni odnosi (II)*, *op. cit.*, 279.

²⁴⁵⁴ *Ibid.*

²⁴⁵⁵ Историјски посматрано, Закон о извршењу и обезбеђењу донет 1930. године, у Краљевини Југославији, развијан по узору на аустријски Закон о извршном поступку, није садржао експлицитну одредбу о враћању запосленог на рад у случају незаконитог отказа, без обзира на то шта је био разлог отказа (нпр. неприхватање послодавчеве понуде за измену уговора).

²⁴⁵⁶ А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, *op. cit.*, 212.

одлучи, односно наложи радној организацији да врати радника на претходно радно место.²⁴⁵⁷ Наиме, средства за заштиту права радника била су двојна, приговор на решење и тужба надлежном суду. Дакле, први степен заштите се остваривао у поступку који се водио унутар саме радне организације, док су се средства судске заштите могла користити само ако је радника против решења о премештају изјавио приговор који није уважен, а он је сматрао да је решењем групо повређено његово право.

На овом месту се ваља подсетити да је за законити премештај у социјалистичком праву било потребно донети писано решење од стране надлежног органа које је морало бити образложено.²⁴⁵⁸ Осим тога, решење је морало садржати и поуку о правном леку и року у којем се може уложити приговор, а који је био 15 дана од дана пријема решења, с тим да је надлежни другостепени орган одлучивао о приговору у року од 30 дана од дана подношења приговора. Приговор се изјављивао у писменој форми и одлагао је извршење решења највишег органа управљања, осим ако се није радило о привременом премештају. У сваком случају суд је могао пресудом да поништи решење о премештају радника и под претњом принудног извршења наложи радној организацији враћање радника на раније радно место под условом да то радно место још увек постоји. Штавише, суд је могао и да усвоји само један од захтева, те да поништи решење о премештају, а да одбије захтев за враћање радника на раније радно место, ако је оно укинута.²⁴⁵⁹

Према важећем решењу, парнични поступак поводом незаконитог престанка радног односа покреће запослени подношењем тужбе стварно и месно надлежном суду у року од 60 дана од дана достављања решења послодавца о престанку радног односа. Из тога следи да је за вођење парничног поступка потребно кумулативно испуњење два услова: да је решењем послодавца одлучено да запосленом престаје радни однос и да је тужба поднета у законском року (субјективни и преклузивни рок). Тужба којом се тражи поништај решења о престанку радног односа је, како се показало у пракси, комплексна јер долази до кумулације тужбених захтева. Наиме, запослени, овом тужбом, која је по својој правној природи кондемпнаторна, поред поништаја решења о престанку радног односа, захтева и враћање на рад, односно распоређивање на одговарајуће радно место као и признавање права на рад и права по основу рада. Знатно су ређи случајеви у којима тужба има конститутивни карактер којом запослени захтева да суд поништи решење о отказу као незаконито. У случају отказа, који је уследио након одбијања анекса уговора о раду, ситуација је другачија, јер је обавеза враћања на рад искључена, што значи да се за материју измена уговора о раду примењује другачији режим судске заштите.

²⁴⁵⁷ *Ibid.*

²⁴⁵⁸ Да би се спречиле злоупотребе и омогућила судска заштита права, потребно је да свако решење буде чињенично и правно образложено. Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 823/65.

²⁴⁵⁹ А. Балтић, М. Деспотовић, *Основи радног права Југославије*, *op. cit.*, 212.

ЗАКЉУЧАК

Наше друштво, а са њим и свет рада, налазе се у времену сталних и све бржих промена. Технолошки напредак, промена од некада стабилног индустријског друштва у мобилно информационо друштво, глобализација тржишта роба и нови организациони и управљачки концепти у привредним друштвима сведоче о томе. На споју са радним правом, овај развој крије потенцијал за конфликт који не треба потценити, а који управо због смањења броја запослених, долази до изражаја, нарочито када је у питању прилагођавање индивидуалних радних односа промењеним околностима. У ствари, послодавци су принуђени да се афирмишу на тржишту и да што брже реагују на промене тржишних ситуација. Ово посебно важи у околностима лоших економских услова или када се трошковни притисци повећавају, када ће послодавци настојати да прилагоде услове рада запослених променљивим економским околностима. Поред тога, не треба изгубити из вида да послодавци могу бити вољни да измене уговорене услове рада како би максимизирали профит или повећали вредност имовине за расподелу акционарима друштва. Полазна тачка за прилагођавање обухвата организациону интеграцују, а пре свега, врсту и обим активности, место рада и трајње радног времена, при чему је несумњиво главни интерес послодавца смањење трошкова, укључујући ниво зараде који се исплаћује запосленима. Разлог за то лежи у чињеници да су трошкови у форми зарада запослених који се остварују на месечном нивоу, као део трошкова рада, највећи и, самим тим, кључни за профитабилност предузећа. Реч је о питању које се може анализирати из угла економске политике и политике запошљавања, и које стоји у садејству са принципом флексибилизације, који инсистира на прилагођавању, те се самим тим супроставља „разарању радних односа“ и обрушавању успостављених стандарда. Из перспективе радног права, срж поменуте тензије је уговор о раду, којим се заснива радни однос који је осмишљен да траје и који ствара реципрочна права и обавезе. Како радно право, између осталог, има задатак да уравнотежи различите интересе, економске и друштвене потребе под велом правде, као водећег начела, тако се узимају у обзир економска превирања и тржишне флуктације које делују као окидач у правцу измена постојећег односа, са заштитом запослених коју је потребно обезбедити.

За време постојања радног односа који се заснива уговором о раду, запослени и послодавац могу бити у ситуацији која изискује да се изврше одређена прилагођавања међусобних права и обавеза или услова раније предвиђених уговором о раду. Таква потреба може настати из објективних и економских разлога (пад производње или смањена потражња за услугама на тржишту, реорганизација пословних активности, промена седишта предузећа и сл.) или субјективних и личних разлога (потреба и/или жеља запосленог да пређе на боље плаћенији посао, жеља послодавца да запосленом повери одговорнији посао, побољшање климе у радном тиму и сл.). Законодавац има за циљ да успостави оптимално решење у погледу поступка, форме и принципа на основу којих се може вршити измена уговора о раду, у оквиру постојећих правних начела и идеја о слободи рада (укључујући забрану принудног рада), слободи уговарања и слободи предузетништва, с једне стране, и потреби да се обезбеди заштита субјективних права запослених, као слабије стране, ако јача страна уговорница одступи од услова уговора о раду, с друге стране.

Измена уговора о раду састоји се од промене елемента или клаузула уговора. Трајност радног односа, као правног односа регулисаног законским нормама, битно је његово обележје, те је и уговор о раду, као основ његовог настанка, карактерисан обостраним престацијама које се извршавају током унапред дефинисаног периода. Трајност извршења обавеза чини особеност уговор о раду, због чега се начело *pacta sunt servanda* примењује само у мери у којој

је то могуће, имајући у виду унутрашње и спољашње чиниоце који детерминишу ток уговора. Како уговор о раду (и радни однос) не могу бити изоловани од промена субјективне или објективне природе који на њих утичу, потреба за периодичним ревидирање појединих одредаба избија у први план, нарочито ако се врши реорганизација пословања увођењем нових производних метода који захтевају другачију расподелу послова. Основни циљ послодаваца је да обезбеди функционално јединство процеса рада, због чега, у складу са законским овлашћенима, послодавац врши потребна прилагођавања премештајем радника на други посао или у друго место рада. Исто тако, у ситуацијама када се економска позиција послодавца битно променила, тако да је ликвидност предузећа доведена у питање, доследно инсистирање на одржавању уговорених услова рада може произоквати штету, у смислу немогућности испуњења обавеза према запосленима, добављачима и држави. Дакле, присуство клаузуле *rebus sic stantibus* се претпоставља, јер би другачије решење довело до невољне повреде уговора о раду од стране послодавца, који не може да ревидира уговорене услове, иако није у могућности да уредно испуњава своје обавезе из оправданих разлога.

Отуда, интерес је свих страна да се успостави механизам који ће омогућити послодавцу да ефикасно прилагоди организацију рада околностима под којима се одвијају пословне операције, уз обезбеђивање одговарјуће заштите запослених од потенцијалних злоупотреба које могу настати. Сходно томе, у оправданим ситуацијама потребно је одступити од доследне примене уговора, како би се задовољиле потребе правде и правичности. Другим речима, начело које полази од претпоставке да уговор треба поштовати у изворном облику, јер не трпи модификације, мора наћи у правој мери баланс са начелом еквивалентности престација, а све у циљу очувања запослења. Дакле, неопходно је да, када објективне потребе то захтевају, прибећи институту промењених околности, на начин да консензуалност, као израз принципа аутономије воље, уступи место власти послодавца израженој кроз категорију правне субординације. У том смислу, потребно је изградити систем у којем ће послодавац одређене елементе уговора моћи да мења једнострано, док ће у погледу елемената који чине есецијално обележје уговора захтевати пристанак запосленог. Реализација овог циља захтева да се претходно прецизирају елементи уговора о раду за чију измену је неопходна заједничка воља уговорних страна.

Као што је истакнуто, значај института измена уговора о раду је велики, како за друштво и државу (спречавање отпуштања и обезбеђивање флексибилности у регулисању услова рада), тако и за запосленог, који аспираше ка хијерархијским вишим позицијама или настоји да усагласи професионалне и приватне обавезе, и послодавца, који жели да увећа профит оптималним распоредом кадрова, да успешно оконча хитне послове итд. Овај институт је тек од касних 80-их година прошлог века почео ближе да се проучава у упоредном праву, у време када је започело постепено одвајања правних норми у овој области од норми посвећених закључивању уговора о раду и отказу уговор о раду. Исто тако, дошло је до прекида са применом института облигационог права на радне односе, јер су француски судови одбијали ревизију елемената уговора о раду, те се тражио други начин да се заштите радници, најпре кроз установу прекомерног оштећења, где су судови поништавали све или поједине одредбе уговора ако је њима нанета претерана штета другој страни. Изградња посебних радноправних правила, ипак, није значила детаљно регулисање свих питања везаних за измену уговора о раду. Отуда се примећује да различити правни системи на различите начине приступају овој материји, те се дијапазон овлашћења које има послодавац, као носилац управљачке власти, умногоме разликује. За разлику од домаћег права које изричито забрањује једностране измене уговора о раду, шпанско право последњим реформама шири домен послодавчевог *ius variandi*. То лежи у супротности са основним правилом да се може ваљано мењати уговор о раду само споразумно како је и закључен, те да се у погледу измене битних елемената мора постићи сагласност. Из тога произлази да послодавац не може једнострано мењати битне елементе уговора о раду и захтевати од запосленог да им се повинује. С друге стране, послодавац мора имати законом призната овлашћења да организује своје пословање на начин који сматра

најбољим, како би се што боље позиционирао на тржишту. То значи слободу у одабиру методологије рада, расподеле задатака и планираних престација. Уважавајући ту чињеницу, потребно је изградити систем у којем ће послодавац под одређеним околностима моћи да мења споредне елементе уговора једнострано без потребе за преговарањем са запосленима. Дакле, важно је повући границу између елемената уговора о раду који се мењају на бази принципа аутономије воље и осталих елемената уговора, који се могу мењати без инсистирања на примени тог начела.

Тако, сагласност запосленог је потребна када се мења уговором предвиђена зарада (састав, начин обрачуна и сл.), као и одређена давања у натури, ако су била одлучујући услов за закључење уговора, док су измене услова и начина исплате годишњих бонуса извршене колективним уговором о раду, а који нису били инцијално предвиђени уговором о раду не сматрају изменом уговора. С друге стране, промене услова рада постоје када се врши ново распоређивање запослених унутар истог географског сектора, при чему се у измене уговора не сврставају и периодична путовања ван географског подручја. Такође, под изменом уговора не сматра се увођење нове расподеле радних сати у току дана, ако зарада и радно време остају непромењени. Дакле, послодавац може на основу и у границама својих управљачких овлашћења моделирати распоред рада и расподелу радног времена. Ипак, у зависности од обима промене, у јуриспуденцији страних судова је потврђено да продужење недељног радног времена представља измену уговора, као што је прелазак са фиксног распореда рада на распоред који се мења сваке недеље у складу са производним циклусом. Такође, запослени може да одбије измену радног времена, ако је трајање радног времена прецизно одређено уговором. Услови који су постављени у уговору служе као оквир у којем се професионална сарадња реализује, због чега се промена природе поверених задатака, то јест модификација конкретних одговорности запосленог сматра променом услова рада на које је запослени пристао већ у моменту закључења уговора.

Уговор о раду је реципрочан уговор, што значи да две стране преузимају обавезе једна према другој. Међутим, околности под којима је закључен уговор могу се променити, што може навести послодавца и запосленог да преиспитају услове уговора. Анекс је писани документ који се придодaje првобитном уговору о раду, уз прецизирање старих и нових одредаба уговора. Такође, анекс са првобитним уговором о раду чини целину и служи за евидентирање измена које су извршене. У случају одбијања закључења анекса, послодавац има избор да уговорене услове задржи непромењеним, или да отпусти запосленог. О промени услова рада може одлучити послодавац у оквиру својих руководећих овлашћења, без прибављања сагласности запосленог. Сходно томе, није потребно закључивати анекс уговора о раду када се промена односи на услове рада, а не и на битне елементе самог уговора. У појединим правним системима, изузетак се прави у погледу заштићених запослених када се инсистира на доследној примени уговорне концепције радног односа која налаже измену уговора на консензуалној основи. Измена уговора о раду може се извршити на иницијативу послодавца или запосленог, а предмет измене могу бити сви елементи који су обухваћени уговором.

Закон о раду Републике Србије номинално одређује битне елементе уговора о раду, што се посматрано из упоредноправне перспективе сматра повољним решењем, јер послодавац не може једнострано да измени суштинске аспекте радног односа и детаље престације рада везане за конкретан посао, место рада и зараду. Упркос томе, понуђена непрецизна решења обесмишљавају протекционистички колорисане норме, због чега је потребно извршити адекватно прилагођавање. У том смислу, бројне недоречености морају бити отклоњене, како би се заштитили запослени као слабија и рањивија страна. Измене уговора о раду су ближе уређене Законом о раду који наводи разлоге за измену и елементе који могу бити предмет измене, уз могућност да до измене дође и у другим ситуацијама када то предвиђа закон, општи акт или уговор о раду, али да последица одбијања у тим ситуацијама не може довести до отказа уговора о раду. Отуда, њено позиционирање није сасвим јасно, јер одбијање понуде анекса која се не односи на елементе наведене у том члану не може бити ваљани разлог за отказ. Ако

пођемо од тога да је интенција законодавца била да забрани понуде анекса које немају основ у закону, општем акту или уговору о раду, онда долазимо до питања која је сврха забране ако не повлачи никакве правне последице. Да ли је циљ њеног увођења био у вишој заштити запослених или је посреди језичка непрецизност и лаконско нормирање? Имајући у виду различита тумачења, потребно је извршити прецизирање садржине те одредбе, како би се сагледао њен *ratio* и домаћај у правном саобраћају. Што се тиче прописаних двоструких услова у погледу промене посла, као битног елемента уочава се да је захтев исте врсте и степена стручне спреме недовољан за квалификовање другог посла као одговарајућег у поређењу за претходним који је запослени обављао код истог послодавца. Наиме, услови за обављање одређеног посла се прецизирају правилником о организацији и систематизацији послова код послодавца, те је из тог разлога потребно подробније формулисати важећа правила (додуше, за средња и већа предузећа) како се не би заобишли и други правилником прописани параметри као релевантни за оцену (радно искуство, посебна знања, способности, вештине и умећа), а не само формални ниво квалификације.

На то се надовезује застарели и одавно у упоредном праву превазиђен систем вредновања систематизованих послова, који је заснован искључиво на професионалним условима за обављање послова. Реч је о класичним условима, као што су сложеност, одговорност и ниво квалификација, што узето скупа онемогућава модернизовање система евалуације послова, што се непосредно рефлектује на систем утврђивања и измене зарада. Смањење основних зарада на основу промене вредности посла у општем акту начелно је могуће, али само у ситуацији када је промена вредности посла извршена услед промене услова потребних за рад на тим пословима који су настали као резултат технолошких или организационих промена, чиме се тржишна кретања и фактори утицаја економског карактера на вредност одређених послова у потпуности занемарују.

Како модерне технологије у евалуацији послова укључују економске и тржишне параметре, који условљавају да вредност посла може бити промењена у зависности од његовог доприноса финансијским билансима послодавца, односно у зависности од промене цене тог посла на тржишту рада, потребно је предузети одређене мере како би се све наведено уважило, у смислу прописивања основа за измену зарада. У том смислу се предлаже да се метод и релевантни параметри за вредновање систематизованих послова изоставе из Закона о раду и препусте материји опшег акта или да се уврсте и економски параметри у листу критеријума који се користе за вредновање посла. Пажњу привлаче и одредбе о заштити жена по повратку за породилског одсуства, где се уочава важан пропуст, а то је изостанак прописивања рока у којем запосленој не могу бити мењани услови рада.

Било би пожељно да у случају премештаја на други посао законодавац пропише шта се сматра одговарајућим послом, и да наведе да се у случају вишка запослених користи исти услов за примену мера запошљавања, јер према тренутној верзији законског текста није јасно да ли је услов за примену мере за запошљавање да посао буде одговарајући. Друга замерка коју је потребно истаћи односи се на меру за запошљавање која се састоји у заснивању радног односа код другог послодавца, где је потребно уредити неколико питања: 1) каква је правна природа понуде која садржи ову специфичну меру, особито што је нови послодавац, у ствари, треће лице, посматрано из угла послодавца и запосленог који су у уговорном односу; 2) шта су елементи анекса уз понуду; 3) који се послови могу нудити и под којим условима; 4) да ли је уговор о раду са новим послодавцем услов законитости понуде анекса и 5) какво је правно дејство прихвата, односно по ком правном основу запосленом престаје радни однос код послодавца код кога је утврђен вишком. Промена режима радног времена, у смислу преласка са пуног на непуно радно време је, такође, сврстана у круг мера за решавање вишка запослених, али без прецизирања да ли се запослени може преместити и на друге послове са непуним радним временом, односно да ли мора остати да ради на истим пословима. С тим у вези, треба поменути да је радно право изграђено по моделу стандардног радног односа, који претпоставља рад са пуним радним временом, из ког разлога је потребно пружити посебну

заштиту запосленима који остварују мањи број радних сати. *De lege ferenda* потребно је увести и ограничења могућности премештаја у друго место рада, увођењем категорије „географског реона,“ по угледу на француско право. Коначно, уочавамо и правне празнине у делу који се тиче судске заштите запослених, те је у том смислу потребно отклонити дилеме у погледу природе и карактера рока за подношење тужбе ради поништаја анекса.

СПИСАК КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Антић Оливер, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2010.

Ascheid Reiner, „Das Arbeitsrecht im BGB“, у: Harald Schliemann (Hrsg.) *De Gruyter Kommentar*, 2. neubearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002.

Anderman Steven, „The Interpretation of Protective Employment Status and Contracts of Employment“, *Industrial Law Journal*, vol. 29, 2000.

Asia S. Benjamin, „Employment relation: Common - Law Concept and Legislative Definition“, *The Yale Law Review*, vol. 55, 1945.

Abegg Andreas, Thatcher Annemarie, „Review Essay – Freedom of Contract in the 19th Century: Mythology and the Silence of the Sources – Sibylle Hofer's Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert“, *German Law Journal*, Vol. 5, бр. 1, 2004.

Arnow-Richman Rachel, „Modifying At-Will Employment Contracts“, *Boston College Law Review*, Vol. 57, 2016.

Asia S. Benjamin, „Employment relation: common-law concept and legislative definition“, *The Yale Law Journal*, Vol. 55, бр. 1, 1945.

Amauger-Lattes Marie-Cécile, *Modification du contrat de travail et droit disciplinaire*, Toulouse Capitole Publications, Toulouse, 1998.

Álvarez Cortés Juan Carlos, Plaza Angulo Juan José, „Crisis empresarial, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y protección por desempleo: determinación de la involuntaridad del cese“, *Temas Laborales*, бр. 99, 2009.

Александар Петровић, „Пробни рад“, Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z13/21z13.pdf>.

Auer Peter, Security in labour markets: Combining flexibility with security for decent work, Economic and Labour Market Papers, International Labour Office Geneva, 2007.

Албенеze Жељко, Новаковић Секула, *Коментар Закона о раду са новелом из 2017. године и судском праксом*, шестом измењено и допуњено издање, Пословни биро, Београд, 2017.

Araki Takashi, „The System of Regulating the Terms and Conditions of Employment in Japan“ у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Ayres Ian, Gertner Robert, „Filling Gaps in Incomplete Contract: An Economic Theory of Default Rules“, *The Yale Law Journal*, vol. 99, 1989-1990.

Alarcón Ruíz Adriana Ruth, „Teorías que explican la subordinación“, *Temas Socio-Jurídicos*; Vol. 27, бр. 56, 2009.

Aivazian A. Varouj, Trebilcock J. Michael, Penny Michael, „The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Bench Mark of Enforceability“, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 22, бр. 2, 1984.

Adoum Idriss Ahmed, *Le contenu contractuel du contrat de travail: Contribution a l'étude de la modification du contrat de travail*, Université de Poitiers, Orléans, 2007.

Arce Ortiz G. Elmer, „Modificación de la prestación de trabajo: Un estudio sobre las modificaciones sustanciales“, *Ius et veritas*, бр. 34, 2007.

Ahmad Iftikhar, Borbély Szilvia, *Decent Work Check: Hungary*, WageIndicator Foundation, Amsterdam, 2023.

Ahuja Shiri, „Teleworking: Redesign Strategy for Organizations“, in: Birger Rapp, Paul Jackson (eds.), *Organisation and Work Beyond*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2000.

Astra Emir, *Selwyn's law of employment*, 17th edition, Oxford University Press, Oxford.

Божичић Дарко, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду Правни факултете, Нови Сад, 2021.

Балножан Кристина, „Посебна заштита запослених с породичним дужностима од отказа уговора о раду“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 1, 2021.

Brameshuber Elisabeth, „The ‘personal work relationship’ in Austria“, *European Labour Law Journal*, Vol. 10, бр. 3, 2019.

Босанац Драшко, *Уговори о раду којима се не заснива радни однос*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београд, Београд, 2006.

Blagojević Anita, Antunović Martina, „Izvanredno stanje u kontekstu COVID-a 19: hrvatski ustavnopravni okvir i praksa“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, год. 60, бр. 1, 2023.

Bagchi Aditi, „The Myth of Equality in the Employment Relation“, *Michigan State Law Review*, No. 3, 2009.

Бакић Вера, „Уговори којима се не заснива радни однос са послодавцем – Радна експлоатација или начин обезбеђења социјалног мира“, *Правни живот*, бр. 11, 2018.

Bopp Peter, *Kündigung und Kündigungsprozess im Arbeitsrecht*, Verlag M. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1980.

Bouaziz Paul, „Harcelement moral dans les relation de travail. Essai d'approche juridique“, *Droit ouvrier*, mai 2000.

Бојић Филип, „Правци реформе система инвалидског осигурања у Србији“, *Српска политичка мисао*, Год. 23, Vol. 54, 2016.

Barrow Charles, Duddington John, *Briefcase on Employment Law*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000.

Bauer Jobst-Hubertus, Krieger Steffen, *Kündigungsrechts Reformen 2004*, Verlag, Köln, 2004.

Boret Laura, L'articulation entre le contrat de travail et les accords collectifs : quelle flexibilité depuis la loi du 14 juin 2013?, Доступно на: <https://www.lepetitjuriste.fr/wp-content/uploads/2015/11/rapport-copy.pdf>.

Bonnechère Michèle, „Doctrines et droit du travail: éléments pour un débat“, *Droit ouvrier*, 2002.

Благојевић Т. Борислав, *Уговори по пристанку: формуларни уговори*, докторска расправа, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1934.

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

Blanpain Roger, *Labour law*, thirteenth revised edition, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2012.

Брајић Влајко, Радно право: *Радни односи, други односи рада и социјално осигурање*, Савремена администрација, Београд, 2001.

Брковић Радоје, „Упоредноправна анализа службеничког система Републике Србије, у: Радоје Брковић (ур.), *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*. Књ. 2., 2004.

Barnard Catherine „Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions“ у: Araki Takashi, Ouchi Shinya (eds.) *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment /The Scope of Labour Law and the Notion of Employee*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Bartl Marija, Leone Candida, „Minimum Harmonisation after Alemo-Herron: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, Vol. 11, бр. 1, 2015.

Brodie Douglas, „Canadian Jurisprudence and the Employment Contract“, *Industrial Law Journal*, Vol. 51, бр. 3, 2021.

Bosch Gerhard, „Working Time and Working Time Policy in Germany“, Доступно на: https://www.jil.go.jp/english/reports/documents/jilpt-reports/no.7_bosch.pdf

Bruno Mestre, „The right of the employee to refuse to be transferred. A comparative and theoretical analysis“, Доступно на: <https://cej.justica.gov.pt/LinkClick.aspx?fileticket=bILF0ANwOpA%3D&portalid=30>.

Бајич Стојан, *Основи радног права*, општи део, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1937.

Böttcher Mathis, *Der Null-Stunden-Vertrag: Arbeitszeitflexibilisierung nach deutschem und britischem Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020.

Barrow Charles, Duddington John, *Briefcase on Employment Law*, Second Edition, Cavendish Publishing Limited, London, Sydney, 2000.

Bercusson Brian, *European Labour Law*, Cambridge University Press, UK, 2009.

Benavente Torres M^a in Maculada, „Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario“, *Temas Laborales*, бр. 126, 2014.

Baranauskas Egidijus, Zapolskis Paulius, „The effect of change in circumstances on the performance of contract“, *Jurisprudence*, Vol. 118, бр. 4, 2009.

Bennett Laura, *Making Labour Law in Australia: Industrial Relations, Politics and Law*, The Law Book Company, Sydney, 1994.

Brox Hans, Rüthers Bernd, Henssler Martin, *Arbeitsrecht: Studienbücher Rechtswissenschaft*, 20., überarbeitete Auflage, Kohlhammer, Stuttgart 2020.

Blanpain Roger, *Labour law*, thirteenth revised edition, Kluwer Law International BV, Alphen aan den Rijn, 2012.

Barnard Catherine „Reconsidering the Mechanism to Regulate Working Conditions in the Light of Diversified and Individualised Employees and the Declining Labour Unions“ y: Araki Takashi, Ouchi Shinya (eds.) *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment /The Scope of Labour Law and the Notion of Employee*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Божичић Дарко, *Остваривање и заштита права на рад у дигиталној економији*, докторска дисертација, Универзитет у Новом Саду Правни факултет, Нови Сад, 2021.

Bour Luis Juan, *Empleo, productividad, salarios, crecimiento*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2018.

Bartl Marija, Leone Candida, „Minimum Harmonisation after *Alemo-Herron*: The Janus Face of EU Fundamental Rights Review“, *European Constitutional Law Review*, бр. 11, 2015.

Baudry Bernard, Chassagnon Virgile, „The Analysis of Employment Relationship in Contract Economic Theories: a Critical Review Based on the Nature of American and French Labor Laws“, *Économie et institutions*, бр. 27, 2018.

Busby Nicole, „The Evolution of Gender Equality and Related Employment Policies: The Case of Work-Family Reconciliation“, https://pure.strath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/85198185/Busby_IJDL_2018_The_evolution_of_gender_equality_and_related_employment_policies.pdf.

Beleva Iskra, Tzanov Vasil, *Labour Market Flexibility and Employment Security: Bulgaria*, Employment Paper, N^o 30, International Labour Organization 2001.

Botton de Alain, *Radosti i jadi rada*, SysPrint, Zagreb, 2009.

Bomball Pauline, „Contractual autonomy, public policy and the protective domain of labour law“, *Melbourne University Law Review*, Vol. 44, бр. 2, 2020.

Baudry Bernard, Chassagnon Virgile, „The Analysis of Employment Relationship in Contract Economic Theories: a Critical Review Based on the Nature of American and French Labor Laws“, *Économie et institutions*, бр. 27, 2018.

Barbieri Paolo, Scherer Stefani, „Labour Market Flexibilization and Its Consequences in Italy“, *European Sociological Review*, Vol. 25, бр. 6, 2009.

Brown William, Deakin Simon, Nash David, Oxenbridge Sarah, „The Employment Contract: From Collective Procedures to Individual Rights“, *An International Journal of Employment Relations*, Vol. 38, бр. 4, 2000.

Burgess John, Macdonald Duncan, „The labour flexibility imperative“, *Journal of Australian Political Economy*, бр. 27, 1990.

Брајић Влајко, *Заснивање радног односа као основни облик запошљавања*, у: Влајко Брајић (ур.), *Запошљавање и социјални проблеми*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996.

Брајић Влајко, „Уговорно и споразумно уређивање односа у области рада“, *Правни живот*, бр. 5–6, 2002.

Bever Van Aline, Open norms and the foundations of employment law: A legal examination of hidden patterns in employment relationships, *European Labour Law Journal*, бр. 3, 2011.

Балтић Александар, Деспотовић Милан, *Основи радног права Југославије - систем самоуправних међусобних радних односа и основни проблеми социологије рада*, Савремена администрација, Београд, 1979.

Брковић Радоје, „Вишак запослених по Закону о раду у светлу комунитарних радних стандарда“, *Радно и социјално право*, бр. 1–6, 2005.

Bilić Andrijana, *Radno pravo*, Impresum, Zagreb, 2021.

Betten Lammy, *International Labour Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1993.

Brodie Douglas, „Mutual Trust and Confidence: Catalysts, Constraints and Commonality“, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, бр. 4, 2008.

Baena Vallecilla Fernando Luis, „La relación laboral y el contrato de trabajo“, *Jus Laboral*, No. 8, 2018.

Бугров Юрийевич Леонид, „Перестройка и развитие советского законодательства о переводах на другую работу“, *Советское государство и право*, бр. 12, 1988.

Бајич Стојан, *Основи радног права*, општи део, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1937.

Bilić Andrijana, „Transformacija radnopravnog odnosa“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 32, бр. 2, 2011.

Baena Vallecilla Fernando Luis, „La relación laboral y el contrato de trabajo“, y: Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya, Eduardo Andrés Perafán Del Campo (eds.), *Derecho Laboral en Colombia*, 2018.

Barnes Lizzie, „The Continuing Conceptual Crisis in the Common Law of the Contract of Employment“, *The Modern Law Review*, Vol. 67, бр. 3, 2004.

Бабић Илија, „Уговор о ортаклуку“, *Правни живот*, бр. 10, 2004.

Barbageleta Héctor Hugo, *El particularismo del Derecho del Trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1995.

Beleva Iskra, Tzanov Vasil, Labour Market Flexibility and Employment Security: Bulgaria, Employment Paper, N° 30, International Labour Organization 2001.

Bednarowicz Bartłomiej, „Delivering on the European Pillar of Social Rights: The New Directive on Transparent and Predictable Working Conditions in the European Union“, *Industrial Law Journal*, бр. 4, 2019.

Bleisten Franzjosef, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Grundlagen und Praxis des Arbeitsrechts*, Erich Schmidt Verlag, Berlin, 1978.

Blanpain Roger, „Fixed-term employment contracts: the exception?“, *ADAPT Working Paper*, No. 43, 2017.

Baudry Bernard, Chassagnon Virgile, „The Analysis of Employment Relationship in Contract Economic Theories: a Critical Review Based on the Nature of American and French Labor Laws“, *Économie et institutions*, бр. 27, 2018.

Bopp Peter, *Kündigung und Kündigungsprozess im Arbeitsrecht*, Verlag M. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1980.

Blatman Michel, „Collective Dismissal in France“, y: 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.

Boardman Mary Charlotte, *Considering consideration: a critical and comparative analysis of the doctrine of consideration in the Anglo-Canadian common law*, LLB, The University of Kent, 2011.

Campbell David, Harris Donald, „Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Cooperation“, *Journal of Law and Society*, Vol. 20, No. 2, 1993.

Cœuret Alain, Gauriau Bernard, Miné Michel, *Droit du travail*, Dalloz, Sirey, 2006.

Chatzilaou Konstantina, „Modification of working conditions in France“, *IUSLabor*, No. 3, 2014.

Cheadle Halton „Regulated Flexibility and Small Business: Revisiting the LRA and the BCEA“, DPRU WP 06/109 23, 2006.

Craig Paul, Burca De Grainne, *EC Law: Texts, Cases and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Collins Hugh, Ewing D. K., Aileen McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Cole Tony, „The parole evidence rule: A comparative analysis and proposal“, *UNSW Law Journal*, Vol. 26, 6p. 3, 2003.

Collins Hugh, „Market Power, Bureaucratic Power and the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 15, 6p. 1, 1986.

Cidoncha Antonio, *La libertad de empresa*, Editorial Civitas, Madrid, 2006.

Coutu Michel, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *Journal of Law and Society*, Vol. 36, 6p. 4, 2009.

Collins Hugh, „Market Power, Bureaucratic Power, and the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 15, 6p. 1, 1986.

Collins Hugh, „Why are There Contracts of Employment?“, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, 6p. 4, 1993.

Corthésy Natalie, Harris-Roper Carla-Anne, *Commonwealth caribbean employment and labour law*, Routledge, London, New York, 2014.

Centel Tankut, *Introduction to Turkish Labour Law*, Springer, Switzerland, 2017.

Collins Hugh, Ewing D. Keith, McColgan Aileen, *Labour Law*, Cambridge University Press, London, 2019.

Coutu Michel, „Max Weber on the Labour Contract: Between Realism and Formal Legal Thought“, *Journal of Law and Society*, Vol. 36, 6p. 4, 2009.

Clark John, Hall Mark, „The Cinderella Directive? Employee rights to information about conditions applicable to their contract or employment relationship“, *Industrial Law Journal*, Vol. 21, 1992.

Conner J. Robert, „A Study of the Interplay between Promissory Estoppel and At-Will Employment in Texas“, *SMU Law Review*, Vol. 53, 2000.

Carlos Palomeque Lopez Manuel, Alvarez de la Rosa Manuel, *Derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 2001.

Craig Paul, Burca De Grainne, *EC law: Texts, cases and materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Conner J. Robert, „A Study of the Interplay between Promissory Estoppel and At-Will Employment in Texas“, *SMU Law Review*, Vol. 53, 2000.

Collins Hugh, „Is the contract of employment illiberal?“ In: Collins, Hugh, Lester, Gillian and Mantouvalou, Virginia, (eds.) *Philosophical Foundations of Labour Law. Philosophical Foundations of Law*, Oxford University Press, Oxford, UK, 2018.

Catalá Poquet Raquel, „El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario“, *IUSLabor*, 6p. 3, 2014.

Чолић Борисав, „Закључивање уговора о раду под измењеним условима и отказ уговора о раду“, *Правни живот*, бр. 6-6, 2002.

Deakin Simon, Morris S Gilian, *Labour Law*, 5th edition, Oxford, 2009.

Duddington John, *Employment Law*, second edition, Pearson Education, 2007, London.

Despax Michael, „L'évolution du rapport de subordination“, *Droit social*, бр. 1, 1982.

Davies Paul, Freedland Mark, *Kahn-Freund's Labour and the Law*, Third Edition, Stevens & Son, London, 1983.

Deumer Jérôme, *Flexicurité et qualité de l'emploi: le cas du travail à temps partiel*, Crisp, Bruxelles, 2010.

Duquesne François, Sachs-Durand Corinne, *Le droit du travail: 60 fiches*, Gualino, Paris, 2016.

Deakin Simon, „Mutual Trust and Values of the Employment Contract“, *Industrial Law Journal*, vol. 30, 2001.

Dule Klaus, *Rechtsfragen der Telearbeit*, Shaken Verlag, Auchen, 1999.

Davies Paul, „Acquired Rights, Creditors' Rights, Freedom of Contract and Industrial Democracy“, *Yearbook of European Law*, Vol. 9, бр. 1, 1989.

De Groot Cornelis, „The Council Directive on the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings: an overview of recent case law“, *Common Market Law Review*, бр. 35, 1998.

Дудаш Атила, „Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2015.

Дудаш Атила, „*Promissory Estoppel*, алтернативни основ принудне извршивости уговорних обавеза у англосаксонском праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2017.

Davies Paul, Freedland Mark, *Labour law: Text and Materials*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979.

Davies Paul, Freedland Mark, *Towards a Flexible Labour Market: Labour Legislation and Regulation since the 1990s*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Душић Весна, „Правне последице незаконитог премештаја запосленог и судска пракса“, *Радно и социјално право*, год. XXIV, бр. 2, 2020.

Deumer Jérôme, *Flexicurité et qualité de l'emploi : le cas du travail à temps partiel*, Crisp, Bruxelles, 2010.

Davidov Guy, „Subordination vs domination: Exploring the differences“, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 22., бр. 3, 2017.

Deumeni Siewe Yanne Loraine, „Les Pouvoirs De L'employeur Dans Le Changement Des Conditions De Travail En Droit Du Travail Camerounais“, *International Multilingual Journal of Science and Technology*, Vol. 7, 6p. 7, 2002.

Davies L. Paul, Freedland Mark, „Employees, workers and the autonomy of labour law“. In: Collins, Hugh, Davies, Paul L. and Rideout, Roger, (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International, London, UK, 2000.

Demeyere Gillian, „The Contract of Employment at the Supreme Court of Canada: Employee Protection and the Presumption of Employer Freedom, *Dalhousie Law Journal*, Vol. 38, 6p. 1, 2015.

Deakin Simon, The Many Futures of the Contract of Employment, Working Papers wp191, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2000.

Davies L. Paul, Freedland Mark, Employees, workers and the autonomy of labour law. In: Collins, Hugh, Davies, Paul L. and Rideout, Roger, (eds.) *Legal Regulation of the Employment Relation*. W.G. Hart legal workshop series, Kluwer Law International, London, UK, 2000.

Deakin Simon, The legal framework of employment relations, Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 349, 2007.

Däuber Wolfgang, *Arbeitsrecht: Ratgeber für Beruf, Praxis and Studium*, 10 überarbeitete Auflage, Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2014.

Davidov Guy „The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection“, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 52, 2002.

Doorey J. David, *The Law of Work*, Second Edition, Emond Montgomery Publications, Toronto, 2020.

Davies Paul, „Transfers - The UK Will Have to Make Up Its Own Mind“, *Industrial Law Journal*, No. 2, Vol. 30, 2001.

Danesi Philippe, Bethenod Marie-Astrid, „France“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.) *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.

Doherty Michael, „When the Working Day is Through: the End of Work as Identity?“, *Work, Employment and Society*, Vol., 23, 6p. 1, 2009.

Докмановић Мирјана, *Утицај неолиберализма на економска и социјална права*, Чигоја штампа, Београд, 2017.

Del Punta Riccardo, *The Goals and Means of Labour Law: a Reconceptualisation*, Florence University, Barcelona, 2013.

Драгићевић Марија, „Појам „преноса предузећа“ у смислу европског радног права“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019.

Deakin Simon, „The Contract of Employment: A Study in Legal Evolution, ESRC Centre for Business Research“, University of Cambridge, Working Paper No. 203, 2001.

- Димитријевић Славица, „Измена уговора о раду“, *Право и привреда*, бр. 1-3, 2014.
- Цамић Илија, „Рад на даљину - правни режим пре и током пандемије КОВИД-19“, *Право и привреда*, год. 59, бр. 3, 2021.
- Equal Rights Trust, *Ravnopravnost u praksi: Primena antidiskriminacionih zakona u Srbiji*, London, 2019.
- Epstein A. Richard, „In defense of the Contract At Will“, *University of Chicago Law Review*, vol. 51, 1984.
- Fridman Milton, *Capitalism and Freedom*, 40th Anniversary Edition, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1992.
- Frazer D. Andrew, „Reconceiving Labour Law: The Labour Market Regulation Project“, *Faculty of Business and Law*, бр. 11, 2008.
- Freedland Mark, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, New York, 2003.
- Fröhlich Martin, „La reducción de la jornada (*Kurzarbeit*) y otras medidas del derecho del trabajo frente a la crisis en alemania“, *Temas Laborales*, бр. 105, 2010.
- Fehe Helga, „Hungary“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.) *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, , Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.
- Feng Pan, Weiwei Xie, „Study on Judicial Judgment Criteria Concerning Modification to Employment Contract“, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 123, 2017.
- Freedland Mark, *The Contract of Employment and the Paradoxes of Precarity*, Legal Research Paper Series Paper No 37/2016 June 2016, University of Oxford.
- Fuchs Maximilian, „Germany: part-time work – a bone of contention“, y: Silvana Sciarra, Paul Davies, Mark Freedland (eds.), *Employment policy and the regulation of part-time work in the european union: a comparative analysis*, Cambridge University Press, Cabridge, New York, 2009.
- Fehér Helga, „Hungary“, y: Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds), *Transfer of Business and Acquired Employee Rights - A Practical Guide for Europe and Across the Globe*, Springer-Verlag, Berlin, 2016.
- Feng Pan, Weiwei Xie, „Study on Judicial Judgment Criteria Concerning Modification to Employment Contract“, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, Vol. 123, 2017.
- Fernández López Fernanda María, “El empresario como parte del contrato de trabajo: una aproximación preliminar”, y: López Fernández Fernanda María (ed.) *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- Fudge Judy, „Fragmenting Work and Fragmenting Organizations: The Contract of Employment and the Scope of Labour Regulation“, *Osgoode Hall Law Journal*, No. 44, 2006.

- Freedland R. Mark, *The Contract of Employment*, Clarendon Press, Oxford, 1976.
- Flores Cavazos Baltasar, *40 Lecciones de derecho laboral*, Editorial Trillas, Mexico, 2004.
- François Gwennhaël, Mariano Christophe, "L'accord de performance collective : trois questions en guise d'introduction", y: G. François et C. Mariano (dir.), *L'accord de performance collective, Actes du colloque de ClermontFerrand du 26 février 2021*, Bulletin Joly Travail, 2021, n° 5.
- Gasse van Dries, Mortelmans Dimitri, „Contrats de travail flexibles : du concept general a la taxinomiem“, *Revue Belge De Securite Sociale*, 6p. 2, 2016.
- Granados Ramírez A. Mario, „El derecho al salario como regulación social. Un enfoque sociojurídico“, *Rev. Ciencias Sociales*, 6p. 3, 2013.
- Groß Hermann, Münz Eva, Seifert Hartmut, „Verbreitung und Struktur von Arbeitszeitkonten“, *Arbeit*, Vol. 9, 6p. 3, 2000.
- Gundt Nicola, „Different types of contracts in dutch employment law“, Доступно на: [https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N105/06%20Different%20types%20of%20contracts%20in%20dutch%20employment%20law%20\(Gundt\).pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/dl/N105/06%20Different%20types%20of%20contracts%20in%20dutch%20employment%20law%20(Gundt).pdf).
- Gatumel Denis, *Le droit du travail en France*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 2007.
- Gómez Márquez Carolina Laura, Castiblanco Revelo Alejandra María, „Globalización económica y transformaciones laborales: el papel de las normas internacionales de trabajo“, *Revista Universitas Estudiantes*, N° 10, 2013.
- González de Patto M. Rosa, *La dimisión provocada estudio sistemático del artículo 50 del estatuto de los trabajadores*, Universidad de Granada, Granada, 2009.
- Guzmán Velásquez Karla, *Ejercicio del ius variandi: aplicación, límites y efectos*, Universidad de Chile Escuela de Derecho, Santiago, Chile, 2011.
- Grandguillot Dominique, *L'essentiel du droit du travail*, 21e édition, Gualino, Paris, 2021.
- Gyulavári Tamás, „Covid-19 and Hungarian labour law: the 'state of danger'“, *Hungarian labour law e-journal*, 6p. 1, 2020.
- Golding Gabrielle, *Terms Implied by Law into Employment Contract: Rethinking their Rationale*, Adelaide Law School, Adelaide, 2017.
- Galiana Moreno, Jesús María, *El contrato de trabajo en el Derecho inglés*, Editorial Bosch, Barcelona, 1978.
- Groussot Xavier, Pétursson Thor Gunnar, Pierce Justin, Weak right, strong Court – the freedom to conduct business and the EU Charter of Fundamental Rights, Lund University legal research paper series Paper No 01/2014.
- Garben Sacha, Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method, Доступно на: https://www.etui.org/sites/default/files/Chapter%203_13.pdf.

- Glgorić Slađana, Škorić Sanja, „Flexible forms of work and work engagement“, *LAW - theory and practice*, бр. 4, 2021.
- Hendrickx Frank, Taes Simon, Wouters Mathias, „Covid-19 and labour law in Belgium“, *European Labour Law Journal*, бр. 11, 2020.
- Hansen H. Leif, *Kündigungsschutzrecht und Kündigungsschutzverfahren in Dänemark und Deutschland*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2007.
- Honeyball Simon, *Honeyball & Bowers' Textbook on Employment Law*, 13th edition, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Глигорић М. Слађана, „Правни режим рада од куће у домаћем и међународном праву“, *Страни правни живот*, бр. 3, 2021.
- Guoping Sun, „Judicial Interference on Employers' Right to Change Terms and Conditions of Labor Contracts“, *Journal of Comparative Law*, бр. 1, 2016.
- Gurstein Penny, *Wired to the World, Chained to the Home: Telework in Daily Life*, UBC Press, Vancouver, Toronto, 2001.
- Gill-Pedro Eduardo, „Freedom to conduct business in EU law: freedom from interference or freedom from domination“, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 9, бр. 2, 2017.
- George Elizabeth, Chattopadhyay Prithviraj, *Non-standard work and workers: Organizational implications*, Conditions of Work and Employment Series No. 61, Hong Kong University of Science and Technology, International Labour Office, Geneva, 2015,
- Gauthier Walter, *La rémunération du travail salarié*, Université de Bordeaux, Français, 2016.
- Gaba Kobina Harold, „Le refus du salarié et ses vicissitudes: pour un droit commun et autonome de refus (Les cas de modification du contrat, de changement des conditions de travail, des salariés protégés, et cas d'atteintes aux droits et libertés du salarié et à l'ordre public absolu)“, *Le Droit Ouvrier*, Juin, 2005.
- Hodgson Geoffrey, *Conceptualizing Capitalism: Institutions, Evolution, Future*, Chicago: University of Chicago Press, 2015.
- Hobbes Thomas, *Levijatan*, Naklada Jesenski i Turk, Zagreb, 2004.
- Hepple A. B. , O'Higgins Paul, *Employment law*, London, Sweet & Maxwell, 1976.
- Hepple Bob, *Labour laws and global trade*, Hart Publishing, Portland, 2005.
- Houwerzijl Mijke, „Information on Contract Conditions“, Monika Schlachter (ed.), *EU labour law – A Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015.
- Herman Velim, Ćuprija Milorad, *Osnove radnog prava*, Pravni fakultet Osijek, Osijek, 2011.
- Hardy Stephen, Adnett Nick, „Entrepreneurial freedom versus employee rights': the acquired rights directive and eu social policy postamsterdam“, *Journal of European Social Policy*, Vol. 9, бр. 2, 1999.

Herrlin Clara, *Freedom to conduct a business as a concept of EU law: How the objectives and rationales of the EU inform the consideration of freedom to conduct a business and individuals in the market*, Faculty of law Lund University, 2020.

Hattab Kamal Muayad, „Modern Approach to the Employer’s Unilateral Promises: A Comparative Analysis“, *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 15, бр. 2, 2022.

Hattab Mohammad Kamal Muayad, ‘*Voluntary Promises in Employment Law: A Study of the Legal Approach in the United Kingdom & the United States of America*, 2014, Доступно на: https://www.academia.edu/15053093/_Voluntary_Promises_in_Employment_Law_a_Study_of_the_Legal_Approach_in_the_United_Kingdom_and_the_United_States_of_America

Howe John, *The Broad Idea of Labour Law: Industrial Policy, Labour Market Regulation and Decent Work*, Centre for Employment and Labour Relations Law, The University of Melbourne , November 2010, Working Paper No. 49.

Hromadka Wolfgang, Maschmann Frank, *Arbeitsrecht Band 1: Individualarbeitsrecht*, 7. Auflage, Springer, Berlin, 2018.

Hillman A. Robert, „The Unfulfilled Promise of Promissory Estoppel in the Employment Setting“, *Cornell Law Faculty Publications*, Vol. 31, 1999.

Hart Oliver, Moore John, „Incomplete Contract and Renegotiation“, *Econometrica*, Vol. 56, 1988.

Hendrickx Frank, „Foundations and Functions of Contemporary Labour Law“, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, 2012.

Хаџи Танчић Драгослав, „Измена уговора о раду – поступак и његове правне последице“, *Правна пракса*, бр. 7-8, 2005.

Hyde Alan, „The Idea of Labour Law“, у: Guy Davidov, Brian Langille (eds.) *The Idea of the Idea of Labour Law: A Parable*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Hogbin Geoff, *Power in employment relationships: Is there an imbalance*, New Zealand Business Roundtable, New Zealand, 2006.

Honeyball Simon, Pearce David, „Contract, Employment and the Contract of Employment“, *Industrial Law Journal*, Vol. 35, бр. 1, 2006.

Henrico Radley, Smit Nicola, „The contract of employment in labour law: obstacle or panacea?“, *Obiter*, Vol. 31, бр. 2, 2010.

Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду (са одабраним подзаконским прописима, судском праксом и обрасцима за примену прописа: према стању законодавства од 01. априла 2016. године)*, Службени гласник, Београд, 2016.

International Labour Organization, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, Interantional Labour Office, Geneva, 2012.

International Labour Organization, *Maternity and paternity at work: Law and practice across the world*, Geneva, 2014.

Игњатовић Сузана, „Повезаност методолошког, културног и политичког индивидуализма у друштвеним наукама“, у: Сузана Игњатовић, Александар Бошковић (ур.), *Индивидуализам*, Институт за друштвене науке, Београд, 2017.

Ивошевић Зоран, *Радно право*, осмо издање Службени гласник/Правни факултет Универзитета Унион, Београд, 2015.

Ивошевић Зоран, Шундерић Боривоје, Милисављевић Остоја, *Заштита права у споровима из радног односа – првих 500 одлука Врховног суда Србије, пракса уставних судова и мишљења министарстава за рад*, Савремена администрација, Београд, 1994.

Ивошевић Зоран, *Заснивање и престанак радног односа у удруженом раду: кроз коменатре и судску праксу*, Правно-економски центар, Београд, 1986.

Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду*, Службени гласник, Београд, 2006.

Irving Mark, *The contract of employment*, LexisNexis Butterworths, Australia, 2012.

Islas Quintanilla Jaime Pedro, *La subordinacion en el derecho del trabajo*, Maestria en derecho del trabajo, Universidad Autónoma de Nuevo León, Ciudad Universitaria, 2002.

Јанковић Јелена, „Правна природа уговора о раду“, *Гласник права*, Год. III, бр. 3, 2012.

Jamoulle Micheline, *Le contract du travail*, Tome I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, Leuven, 1982.

Јовановић Небојша, „Појам уговора у англосаксонском праву“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1, 2008.

Jacquelet Cédric, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008.

Јовановић Предраг, *Радно право*, седмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Нови Сад, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2015.

Јовановић Предраг, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2009.

Јашаревић Сенад, „Радни однос – тенденције у пракси и регулативи“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2013.

Јашаревић Сенад, „Флексибилизација рада – решење или заблуда“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2012.

Јашаревић Р. Сенад, Божичић М. Дарко, „Специфичности радноправног положаја директора у привредном друштву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2022.

Јовичић А. Катарина, „Ограничења слободе уговарања - осврт на потрошачке уговоре“, *Право и привреда, Право и привреда*, бр. 7-9, 2019.

Јовановић Јовица, „Оцењивање радне способности радника са обољењем кардиоваскуларног система“, *Acta medica Medianae*, бр. 6, 2000.

Johansson Anja, Le contrôle par le juge des clauses contractuelles relatives à la durée et aux horaires de travail, *Le Droit Ouvrier*, No. 798, 2014.

Johnstone Stewart, „Human resource management in recession: Restructuring and alternatives to downsizing in times of crisis“, *Human Resource Management Journal*, Vol. 34, бр. 1, 2024.

Јовановић Стефан, Вучинић Давид, „Дозвољеност изјављивања ревизије у поступку признања стране судске одлуке“, *Право и привреда*, бр. 3, 2022.

Јовановић Предраг, „Питање вишка запослених у међународном и нашем праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3, 2009.

Jüttner Jens, *Der Vorrang der Änderungskündigung vor der Beendigungskündigung*, Nomos, Baden, 2011.

Јашаревић Сенад, „Уговор о раду - настанак, појам и карактеристике“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 2, 2022.

Jamoulle Micheline, *Le contrat de travail*, Tome I, Faculté de Droit, d'Economie et de Sciences sociales de Liège, 1982.

Јовановић Иван, *Предузетништво у савременим условима пословања*, Технички факултет у Бору Универзитета у Београду, Бор, 2015.

Johnson G. Harry, „Demand for Commodities is Not Demand for Labour“, *The Economic Journal*, Vol. 59, No. 236, 1949.

James S. Harvey, Johnson M. Derek, Why Are There Explicit Contracts of Employment?, Working Paper No. 2001-06 September 2001, Contracting and Organizations Research Institute.

Јовановић Предраг, „Комплексност садржине и релативизација права на рад“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2012.

Јовановић Миодрага, *Отказ уговора о раду због разлога везаних за способности запосленог – правни режим и разграничење од других основа престанка радног односа (докторска дисертација)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2022.

Jávega Chacartegui Consuelo, *Contrato de trabajo y empresas de trabajo temporal*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998.

Justet Luc, „Le corps des travailleurs dans le droit. Aux origines du contrat de travail“, *Ergologia*, n° 8, Décembre 2012.

Каменская Светлана, *Трудовой кодекс Российской Федерации. Комментарий к новейшей действующей редакции*, Издательство "Эксмо", Москва, 2023.

Katz Tamar, *La négociation collective et l'emploi*, L.G.D.J, Paris, 2007.

Кусовац Вера, „Понуда измене уговорених услова рада“, *Правни информатор*, бр. 3, 2009.

Končar Polonca, „Predlog direktive o preglednih in predvidljivih delovnih pogojih“, *Delavci in delodajalci*, vol. XVIII, бр. 2-3, 2018.

Kalamatiev Todor, „Protection of employees' individual right in the event of a change of employeeer (transfer of undertaking) in the Republic of Macedonia“, у: Kovačević Ljubinka, Radović Mirjana (eds.) *Restructuring of companies and protection of employees' right: Views from the EU, Austria, Serbia and Macedonia – Collection of extended abstracts of contribution presented at the International conference held at the University of Belgrade Faculty of Law on March 2nd 2017*, Belgrade, University of Belgrade Faculty of Law, 2017.

Каламатиев Тодор, Ристовски Александар, „Protection of employees' rights in the event of collective redundancies and transfer of undertakings: Key aspects of harmonization between the EU and Macedonian labour law“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 79/2018.

Каламатиев Тодор, Ристовски Александар, „Субординација у радном праву и савремени изазови разграничења уговора о раду и уговора о делу“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, год. LIV, бр. 70, 2015.

Каламатиев Тодор, Ристовски Александар, „Отказ уговора о раду и заштита права радника услед престанка потребе за обављањем одређених послова у македонском радноправном систему“, *Радно и социјално право*, год. XXI, бр. 1, 2017.

Каламатиев Тодор, Ристовски Александар, „Утицај ковида-19 на регулисање радних односа (анализа нормативних одговора за суочавање са пандемијом у македонском законодавству“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 1, 2022.

Каламатиев Тодор, „Колективна права у Закону о радним односима Републике Македоније“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2012.

Kwieceń Sebastian, „The worker's employment contract - the legal regulations of interwar Poland“, *Roczniki Nauk Prawnych*, Vol. XXVIII, бр. 4, 2018.

Kryvoi Yaraslau, „Belarus“, у: Roger Blanpain, Frank Hendrickx (eds.), *International encyclopaedia for labour law and industrial relations*, Kluwer Law International, The Hague, 2017.

Kohler C. Thomas, „Disintegration of Labor Law: Some Notes for a Comparative Study of Legal Transformation“, *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, бр. 5, 1999.

Ковачевић Љубинка, *Нормирање социјалне сигурности у међународном праву*, магистарска теза, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2007.

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

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

Ковачевић Љубинка, „Уређивање и скраћивање радног времена основне тенденције и проблеми, у: Дренко Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), *Социјална политика и криза*, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Ковачевић Љубинка, „Правне последице упућивања понуде за измену елемената уговора о раду, са посебним освртом на премештај запосленог“, *Право и привреда*, бр. 4-6, 2015.

Ковачевић Љубинка, „Изазови заштите запослених који раде (к)од куће“, *Радно и социјално право*, бр. 7-9м 2011.

Kovačević Ljubinka, “Individual rights of employees in transfers of undertakings in Serbia”, у: Erika Kovacs, Martin Winner (eds.) *Stakeholder Protection in Restructuring – Selected company and Labour Law Issues*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019.

Ковачевић Љубинка, „Предвидивост услова рада као претпоставка делотворног остваривања радних права. Осврт на Директиву (ЕУ) 2019/1152“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. 54, бр. 4, 2020.

Ковачевић Љубинка, Шундерић Боровоје, *Приручник за полагање правосудног испита*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2021.

Kim H. Melissa, “All or nothing: the employment security laws of Japan and the United States“, *Boston University International Law Journal*, Vol. 34, 2016.

Кеча Ранко, Кнежевић С. Марко, *Грађанско процесно право*, Београд, 2019.

Кеча Ранко, Кнежевић Марко, „Дозвољеност ревизије у парничном поступку због преиначјуће жалбене пресуде: последица уставне гаранције права на правно средство или само правнополитичко питање?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4, 2017.

Kirchner Jens, Morgenroth Sascha, „Germany“, *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.

Knuth Matthias, Mühge Gernot, Kirsch Johannes, *Managing restructuring in Germany: Innovation and learning after the financial crisis*, IRENE Policy Paper N° 7, 2014.

Klampfer Marta, „Sprememba ali sklenitev nove pogodbe o zaposlitvi zaradi spremenjenih okoliščin“, у: Darja Senčur Peček, Nataša Belovalovič, Miran Kalčič (red.), *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem*, GV Založba, Ljubljana, 2008.

Kollonay-Lehoczky Csilla, „Une ‘troisième voie’ en droit du travail? Un panorama du nouveau Code du travail hongrois: Entre un libéralisme extrême et des réminiscences de l’économie planifiée centralisée“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, бр. 2, 2012.

Kürth Sebastian, *Änderungsvorbehalte im Arbeitsvertrag*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2013.

Kalf Martin, *Die Änderungskündigung im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips :Tatsächliches Potential und rechtliche Grenzen*, Dissertationsschrift, Petar Lang, Friedberg, 2013.

Ковачевић Љубинка, „Дисциплинска власт послодавца и њене границе“, *Право и привреда*, vol. 45, бр. 5-8, 2008.

Ковачевић Љубинка, „Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца“, *Радно и социјално право*, Vol. 11, бр. 1, 2007.

Ковачевић Љубинка, „Дигитализација и аутоматизација рада као предмет колективног преговарња“, у: Јелена Перовић Вујачић (ур.), *Право на правду - Изазови савременог доба: 37. сусрет Копаоничке школе природног права - Слободан Перовић*, Копаоничка школа природног права - Слободан Перовић, Београд, 2024.

Ковачевић Љубинка, „Право на рад – конституционализација, интернационализација и садржина“, у: Дарко Симовић (ур.), *Омаж професору др Ратку Марковићу*, Криминалистичко полицијски универзитет, Правни факултет Универзитета у Београду, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Београд, 2024.

Ковачевић Вељко, „Нека питања о природи и структури појединих грана и правних института енглеског права“, *Правни записи*, бр. 2, 2013.

Ковачевић Тијана, „Правило пословне процене“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2020.

Ковачевић Тијана, „Забрана премештаја на ниже рангиране послове по повратку са породилског одсуства“, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, Год. XI, 2022.

Ковачевић Тијана, „Уговор о раду на одређено време у упоредном и домаћем праву“, у: Јована Рајић Ћалић (ур.), *Упоредноправни изазови у савременом праву - in memoriam др Стефан Андоновић*, Институт за упорено право, Правни факултет у Крагујевцу.

Ковачевић Тијана, „Уговор о раду на одређено време у немачком праву“, *Страни правни живот*, бр. 2, 2022.

Kenner Jeff, „Statement or contract? – Some reflections on the EC Employee Information (Contract or Employment Relationship) Directive after *Kampelmann*“, *Industrial Law Journal*, vol. 28, 1999.

Komiya Fumito, *A comparative study of the law of dismissal in japan, great britain and the united states from the perspective of employment protection*, London School of Economics University of London, ProQuest LLC, 2014.

Karlović Tomislav, „*Clausula rebus sic se habentibus* – nastanak koncepta“, у: Ivan Tot, Zvonimir Slakoper (ur.), *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022.

Karl Mannheim, *The institutions of private law and their social functions*, Routledge & Kegan Paul Limited, London, 1949.

Krause Rüdriger, *Arbeitsrecht*, 4. Auflage, Universität Göttingen, Nomos, 2020.

Kaya Ali Pir, Yilmazer Ertugrul Ulas Isin, „The Right to Work as a Fundamental Human Right“, *European Scientific Journal*, Vol. 15, бр. 14, 2019.

Lotmar Phillippe, *Der Arbeitsvertrag: Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Erstar Band, Verlag von Ducken & Humbolt, Leipzig, 1902.

Лазаревић Ана, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем и методи за њихово решавање*, докторска дисертација, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2019.

Lingemann Stefan, Robert von Steinau-Steinrück, Anja Mengel, *Employment & Labor Law in Germany*, 4th edition, C.H.Beck, München, 2016.

Leccese Vito, „Italian Courts, the ECJ and Transfers of Undertakings: A Multi-Speed Dialogue?“, *European Law Journal*, Vol. 5, бр. 3, 1999.

Laulom Sylvaine, „The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?“, у: Silvana Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

Lammeyer Thomas, *Telearbeit*, Verlag Alma Mater, Saarbrücken, 2007.

Lokiec Pascal, „Fixed-term contracts in France“, in: *Regulation of fixed-term employment contracts: A comparative overview* (ed.) Roger Blanpain, The Netherlands, 2010, 72.

Лазаревић П. Адама, „Знаци разликовања трговачких и грађанских правних послова с обзиром на судску надлежност“, *Савремени правни проблеми*, Београд, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, 1934.

Lieb Manfred, Matthias Jacobs, *Arbeitsrecht*, 9. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

Lokiec Pascal, „The framework of France labour law and recent trends in regulation“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.), *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of labour law and the notion employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Lieb Manfred, Jacobs Matthias, *Arbeitsrecht*, 9. neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

Linda Clarke, „Mutuality of Obligations and the Contract of Employment: *Carmichael and Another v National Power plc*“, *The Modern Law Review*, Vol. 63, 2000.

Laleta Sandra, Vukobrat Bodiřoga Nada, „Fleksigurnost i (de)regulacija tržišta rada“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1.

Lee R. Dwight, Why is flexible employment increasing?, *Journal of Labour Research*, Vol. XVII, бр. 4, 1996.

Lingemann Stefan, Robert von Steinau-Steinrück, Anja Mengel, *Employment & Labor Law in Germany*, 4th edition, C.H.Beck, München, 2016.

Lorenz Michael, Falder Roland, *Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2016.

Лубарда Бранко, „Слобода рада и слобода уговарања“, *Правни живот*, бр. 5-6, 2002.

Лубарда Бранко, „Отказ послодавца раднику из економских разлога - Вишак радника и сигурност запослења у упоредном праву“, *Право и привреда*, бр. 3-6, 1993.

Лубарда Бранко „Отказ послодавца раднику из економских разлога“, *Право и привреда*, бр. 3–6, 1993.

Лубарда А. Бранко, *Европско радно право*, Подгорица, 2004.

Лазаревић Адам, „Разлика радних односа по радничком и грађанско праву“, *Савремени правни проблеми: расправе и чланци*, Издавачко и књижарско предузеће Геца Кон, Београд, 1934.

Luther Peter, „Campbell, Espinasse and the sailors: text and context in the common law“, Доступно на: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1748-121X.1999.tb00638.x>

Lorenz Michael, Falder Roland, *Das deutsche und chinesische Arbeitsrecht*, Springer Gabler, Wiesbaden, 2016.

Lebedev Vladimir, „The Development of Employment Legislation in the Post-Soviet Period“, у: Vladimir Lebedev, Elena Radevich (eds.), *Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges*, Cambridge Scholars Publishing, London, 2016.

Lushnikov Andrey, „The Development of Russian Labour Law in the 21st Century: A Comparative Sketch of Regularities and Trends“, у: Vladimir Lebedev, Elena Radevich (eds.), *Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges*, Cambridge Scholars Publishing, London, 2016.

Лукић Радомир, *Систем филозофије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.

Lorber Pascale, „La protection des travailleurs en contrat a duree determine: l'utilisation deliberee de la directive Europeenne“, *Revue de droit compare du travail et de la securite sociale*, vol. 1, 2012.

Laleta Sandra, „Јединствени уговор о раду“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1, 2013.

Laleta Sandra, *Prestanak ugovora o radu*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu Pravni Fakultet, Zagreb, 2011.

Laleta Sandra, Vukobrat Bodiřoga Nada, „Fleksigurnost i (de)regulacija tržišta rada“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1, 2016.

Lucas K. David, „Unreasonably Reasonable Reliance: Prospective At-Will Employment and Promissory Estoppel in *Goff-Hamel v. Obstetricians & Gynecologists, P.C.*, 256 Neb. 19, 588 N.W.2d 798 (1999)“, *Nebraska Law Review*, Vol. 79, 2000.

Levine I. David et al., *How New Is the „New Employment Contract“?*, W.E. Upjohn Institute for Employment Research Kalamazoo, Michigan, 2002.

Лазаревић Ана, *Измене уговора о раду – кључна правна питања*, преддокторски рад, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.

Lamponen Helena, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, Helsinki University Print, Helsinki, 2008.

Lokiec Pascal, „The Scope of Labour Law and the Notion of Employee“, у: Araki Takashi, Ouchi Shinya (eds.) *The Mechanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment /The Scope of Labour Law and the Notion of Employee*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Lord A. Richard, „The At-Will Relationship in the 21st Century: a Consideration of Consideration“, *Campbell University School of Law*, Vol. 3, 2006.

Lopez Palomeque Carlos Manuel, Alvarez de la Rosa Manuel, *Derecho del trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, S.A., Madrid, 2001.

Лазаревић Ана, *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2019.

Лубарда А. Бранко, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд, 2012.

Lokiec Pascal, *Droit du travail. Tome I: Les relation individuelles de travail*, PUF, Paris, 2011.

Lockton J. Deborah, *Employment Law*, Fourth edition, Palgrave Macmillan, New York, 2003.

Merritt Adrian, The historical role of law in the regulation of employment — abstentionist or interventionist?, *Australian Journal of Law & Society*, Vol. 1, бр. 1, 1982.

Максимовић М. Сања, *Уговор о делу*, докторска дисертација, Универзитет Привредна академија у Новом Саду Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2016.

Милошевић Мирослав, *Римско право*, треће издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Службени гласник, Београд, 2008.

Martín Artiles Antonio, Ramon Alós, “Continuidad y cambio después de la reforma de la negociación colectiva”, у: Amorós Francisco, Torrecillas Rojo Eduardo (dirs.) *Balance de la reforma laboral de 2012*, Bomarzo, Albacete, 2016.

Мирјанић Жељко, „Измјене уговора о раду“, *Радно и социјално право*, бр. 2, 2019.

Miné Michel, „L’horaire de travail,“ *Droit Ouvrier*, Octobre 2000.

Milković Darko, „Ugovor o radu i Zakon o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, бр. 1, 2016.

Morand Michel, *La Modifaction du contrat du travail*, Liaisons, Paris, 1992.

Mütevellioğlu Nergis, Cizel Bato Rabia, „Social rights and the decommodification of labour“, *Social justice and social rights at times of the crisis*, Vol. 12, бр. 4, 2009.

Маркс Карл, *Капитал*, Том I, Култура, Београд, 1947.

Мирјанић Жељко, *Увод у радно право. Књига прва*, Правни факултет Универзитета у Бања Луци, Бања Лука, 2020.

Мирић Караникић Марија, „Отежано испуњење уговорне обавезе“, *Право и привреда*, бр. 4, 2020.

Мирић Караникић Марија, *Облигационо право*, Службени гласник, Београд, 2024.

Мирић Караникић Марија, „Промењене околности и расподела ризика у уговорном праву“, *Српска политичка мисао*, бр. 3, 2020.

Митровић Олга, *Скривљено понашање запосленог као разлог за отказ уговор о раду (докторска дисертација)*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2023.

Mujica Nevesa Javier, *Introduccion al derecho del trabajo*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

Martínez Cardona Guillermo, „Generalidades acerca del salario“. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, бр. 85, 1989.

Mitchell Richard, „The evolution of the idea of a labour law subject in australian legal scholarship: (and what was regulating 'labour' or 'work' before labour law as we know it)?“, Workplace and Corporate Law Research Group, Working Paper No. 22.

Miller de Lobe Lederman Birch, Seymour Zachary, „Certified fresh: consideration and other issues relating to modifying employment agreements with current employees“, Доступно на: https://www.blakes.com/getmedia/e1266b28-40c2-4213-ac7e-549f4c364fb0/CALGARY-%2331374367-v6-Certified_Fresh__Consideration_and_Other_Issues_Relating_to_Modifying_Employment_Agreements_with_Current_Employees.pdf.aspx.

Marson James, *Beginning Employment Law*, Routledge, New York, 2014.

Marcos Borra Cristina, Gómez García Francisco, „Satisfacción laboral y salario: ¿compensa la renta laboral las condiciones no monetarias del trabajo?“, *Revista de Economía Aplicada*, Vol. XX, бр. 60, 2012.

Moreno de Toro Carmen, Rodríguez Crespo M^a José, „Ejercicio y límites del *ius variandi* del empresario“, *Temas Laborales*, No. 98, 2009.

Mendoza Reyes Libia, *Derecho Laboral*, Red Tercer Milenio, Estado de México, 2012.

Мисаиловић Јована, „Посебна радноправна заштита материнства“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 86, 2020.

Милисављевић Остоја, Алабанезе Жељко, *Коментар закона о раду*, Пословни биро, Београд, 2005.

Morin Marie-Laure, Vicens Christine, „Redundancy, business flexibility and workers’ security: Findings of a comparative European survey“, *International Labour Review*, Vol. 140, бр. 1, 2001.

Mazurek Daniel, *Massenentlassung und Sonderkündigungsschutz: Eine dogmatische Analyse zur Einbeziehung von Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz in das Massenentlassungsverfahren*, Duncker & Humblot, Berlin, 2024.

Morin Laure Marie, Vicens Christine, „Redundancy, business flexibility and workers’ security: Findings of a comparative European survey“, *Industrial Law Journal*, Vol. 140, 2001.

Marcos Fernández Leodegario, *Derecho Individual del Trabajo*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2014.

Mayer-Maly Theo, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Herold Yienne, 1956.

Kiss György, Transition of a Contract of Employment: from the *Locatio Conductio* to the *Relational Contract*, *New Zealand Journal of Employment Relations*, Vol, 43, No. 3, 2018.

McLean Hazel, „Contract of Employment. The Perennial Problem of Definition“, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 49, бр. 3, 1990.

Максимовић Мирјана, „Ковид капитализам и тржиште рада“, *Српска политичка мисао*, бр. 2, 2022.

Müller Elke, *Die Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Änderungskündigung zur innerbetrieblichen Versetzung (Europäische Hochschulschriften Recht)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

Марковић Зоран, „Утицај рада на даљину на стандардно радно време“, *Harmonius*, год. XI, 2022.

Миловић Гордана, „Услови за закључивање уговора о раду у радном законодавству Републике Српске“, *Годишњак Правног факултета*, год. V, бр. 1, 2014.

Миловић Гордана, „Услови за закључивање уговора о раду у радном законодавству Републике Српске“, *Годишњак Правног факултета*, година V, бр. 1, 2014.

Mondino Noemí Alicia, Ottaviano Osvaldo Hernán, Komarofky Ejercicio Guillermo Félix, *Abusivo del Ius Variandi*, seminario sobre aportaciones teóricas y técnicas recientes, Universidad nacional de la Pampa Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, 2008.

Mummé Isabel Claire, *That Indispensable Figment of the Legal Mind: The Contract of Employment at Common Law in Ontario, 1890-1979*, York University Toronto Ontario, Ontario, 2013.

Мојашевић Александар, Драгићевић Марија, „Правно-економски аспекти упућивања радника у ЕУ“, у: *Правни аспекти миграција у региону – балканска рута*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2019.

McMullen John, „Atypical Transfers, Atypical Workers and Atypical Employment Structures - A Case for Greater Transparency in Transfer of Employment Issues“, *Industrial Law Journal*, Vol. 25, 1996.

McMullen John, „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*, Vol. 23, 6p. 3, Kluwer Law International BV, The Netherlands, 2007.

Mak Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2007.

Maine Sumner James Henry, *Ancient Law*, Create Space Independent Publishing Platform, London, 1861.

Macneil Ian, Barriers to the Idea of Relational Contracts”, y: Fritz Nicklisch (ed.), *The Complex Long-term Contract*, CF Mueller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1987.

Miyagusuku Toyama Jorge, „Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia“, *Derecho & Sociedad*, 6p. 21, 2003.

Marhold Franz, Friedrich Michael, *Österreichisches Arbeitsrecht*, 2., vollständig überarbeitete Auflage, Springer, Wien, NewYork.

Mihman Nathalie, „Le contrat unique : une bonne idée?“, *IUSLabor*, 6p. 2, 2007.

Mitchell Richard, Fetter Joel, „Human resource management and individualisation in australian labour law“, *The Journal of Industrial Relations*, Vol. 45, 6p. 3, 2003.

Mouzas Stefanos, Blois Keith, „Relational Contract Theory: Confirmations and Contradictions“, Доступно на: <https://www.impgroup.org/uploads/papers/6262.pdf>.

Mak Chantal, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2007.

Nizami Nausheen, Prasad Narayan, *Decent work: concept, theory and measurement*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017.

Niksova Diana, „Cross-Border Transfers of Undertakings“, y: Erika Kovács, Martin Winner (eds.), *Stakeholder Protection in Restructuring*, Selected Company and Labour Law Issues, Nomos, Baden-Baden, 2019.

Ninet García Ignacio José, „La modificación de las condiciones de trabajo contractuales o de acuerdos colectivos sin eficacia general“, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 34, 2013.

Nielsen Ruth, *European Labour Law*, DJØF, Copenhagen, 2000.

Neilson David, „Formal and real subordination and the contemporary proletariat: Re-coupling Marxist class theory and labour-process analysis“, *Capital & Class*, Vol. 31, 6p. 1, 2007.

Nenu Carmen, Popescu Carmina, Zenker Ilona, *Guide for Romanian and German Labour Law: Basics of the Employment Relationship*, Studies on Romanian and German Law, Herstellung und Verlag, Norderstedt, 2014.

Николић Александар, *Радно право*, Научна књига, Београд, 1988.

Ortiz Arce G. Elmer, „Modificación de la prestación de trabajo“, *Ius et veritas*, Vol. 34, 2010.

Обрадовић Горан, *О дерегулацији радних односа*, у: Петрушић Невена (ур.), „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, књ. 4“, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2008.

Орлић Миодраг, *Закључење уговора*, Институт за упоредно право, Београд, 1993.

Oliveira Pedro, „Transfer of undertakings and the right of objection from a Portuguese vantage point“, *European Labour Law Journal*, Vol. 14, бр. 3, 2023.

Орландић Ковач Милица, „Флексибилизација радног права – изазови и границе“, *Studia iuridica Montenegrina*, бр. 1, 2019.

Otto Hansjörg, Beider Marcus, *Arbeitsrecht*, 5. völlig neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2020.

Обрадовић Горан, „Флексибилизација радних односа – узроци и границе“, *Радно и социјално право*, бр. 1, 2008.

Обрадовић Горан, „Заштитна функција законодавства о раду, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70, год. LIV, 2015.

Ortiz Arce G. Elmer, „Modificación de la prestación de trabajo: Un estudio sobre las modificaciones sustanciales“, *Ius et veritas*, бр. 34, 2007.

O'Connor Niall, *The Impact of EU Fundamental Rights on the Employment Relationship*, Girton College, University of Cambridge, 2018.

Oliveira Pedro, „Transfer of undertakings and the right of objection from a Portuguese vantage point“, *European Labour Law Journal*, Vol. 14, бр. 3, 2023.

Perlajn Joško, *Radno pravo*, Pravni fakultet, Split, 1972.

Pierre Cahuc, „For a unified contract“, *European Labour Law Journal*, Vol. 3, бр. 3, 2012.

Петковић Илић Александра, *Правни положај државних службеника у условима реформе државне управе у републици Србији, са посебним освртом на органе у области заштите животне средине*, докторска дисертација, Мегатренд Универзитет Факултет за право, јавну управу и безбедност, Београд, 2014.

Prassl Jeremias, „Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law: Case C-426/11 *Alemo-Herron and others v Parkwood Leisure Ltd*“, *Industrial Law Journal*, Vol. 42, бр. 4, 2013.

Pró Boza Guillermo, „La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario“, Доступно на: <https://www.spdts.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-VII-Full-693-723.pdf>.

Парпан В. Тетяна, „Правовые аспекты переводов на другую работу“, *Вестник Пермского Университета*, Vol. 21, бр. 3, 2013.

Pascale Lorber, „La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée: l'utilisation: délibérée de la directive Européenne“, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité social*, Vol. 1, 2012.

Prassl Jeremias, *The concept of the employer*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Porta Jérôme, „Le droit du travail en changement. Essai d'interprétations“, *Travail et Emploi*, No. 158.

Петровић Јована, „Уговор о делу као облик рада ван радног односа“, у: Миодраг Мићовић (ур.), *Зборник радова „XXI век – век услуга и Услужног права“*, Правни факултет Универзитета, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2018.

Pérez Sánchez Pedro, „Las modificaciones de la relación laboral como instrumento de flexibilidad interna“, *Documentación laboral*, бр. 111, 2017.

Potočnjak Željko, „Prestanak ugovora o radu“, у: Željko Potočnjak (ur.), *Radni odnosi u Republici Hrvatskoj*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2007.

Паравина Душан, „Правни положај радника код куће према Закону о радним односима СР Србије“, *Привредни гласник, Друштво економиста: Друштво књиговођа*, Ниш, бр. 2, 1969.

Perlajn Joško, „Neka pitanja u vezi rasporeda radnika u radnom odnosu“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, Vol. 26, 1978.

Паравина Душан, „Престанак радног односа по основу технолошког вишка, нарочито према стандардима Међународне организације рада“, *Радно и социјално право*, бр. 4–7, 2000.

Поповић Мирјана, *Престанак радног односа – општи режим*, Завод за уџбенике Београд, Београд, 2020.

Перић Ковачевић Слободанка, „Анекс уговора о раду – измена уговорених услова рада“, *Право и привреда*, бр. 7–9, 2015.

Petersen Desmond, *Changing terms and conditions of employment in the South African Labour Relations arena – The approach of the courts: a comparative analysis*, Faculty of Law at the University of the Western Cape, 2004.

Peskine Elsa, Wolmark Cyril, *Droit du travail*, 17e édition, Dalloz, Paris, 2024.

Paolo Barbieri, Stefani Scherer, „Labour Market Flexibilization and Its Consequences in Italy“, *European Sociological Review*, Vol. 25, бр. 6, 2009.

Перовић Марко, „Новација као начин престанка облигација“, *Анали Правног факултета у Београду*, год. LXV, бр. 3, 2017.

- Перовић К. Слободан, *Облигационо право. Књига прва*, 7. издање, Службени лист СФРЈ, Београд, 1990.
- Поповић Мирјана, *Престанак радног односа – општи режим*, Завод за уџбенике Београд, Београд, 2020.
- Precklein Tizia-Berit, *Prüfungsmaßstab bei der Änderungskündigung*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1995.
- Прокофьев Александрович Михаил, „Теоретические аспекты изменения условий трудового договора“, *Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал*, бр. 5, 2015.
- Паравина Душан, „Правни положај радника код куће према Закону о радним односима СР Србије“, *Привредни гласник, Друштво економиста: Друштво књиговођа*, Ниш, бр. 2, 1969.
- Pélissier Jean, Supiot Alain, Jeammaud Antoine, *Droit du travail*, 21e édition, Dalloz, Paris, 2002.
- Перић Слободанка, *Пристојан рад*, докторска дисертација, Универзитет у Нишу Правни факултет, Ниш, 2011.
- Петровић Д. Мила, *Радноправна и социјалноправна заштита запослених од повреда на раду и професионалних болести*, докторска дисертација (необјављена), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.
- Patters W. Edwin, „An apology for consideration“, *Columbia Law Review*, Vol. 58, бр. 7, 1958.
- Перовић Слободан, „Границе слободе уговорања“, *Анали*, год. XIX, бр. 5-6, 1971.
- Pratt J. Richard, „Unilateral modification of employment handbooks: further encroachments on the employment-at-will doctrine“, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 139, 1990.
- Петровић Александар, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009.
- Поповић Теофило, *Радно право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1980.
- Пикети Тома, *Капитал у XXI веку*, Академска књига, Нови Сад.
- Phillips Gillian, Scott Karen, *Employment law*, College of Law Publishing, United Kingdom, 2021.
- Паравина Р. Душан, *Радно право*, Службени гласник, Београд, 1998.
- Penava Marija, „Utjecaj migracija na europsko tržište rada“, *Ekonomska misao i praksa*, бр. 2, 2011.
- Паравина Душан, „Прилог проучавању неких фундаменталних питања радног права“, Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z17/10z17.pdf>.
- Pribanić Danijel, „Fleksibilizacija tržišta rada“, *Pravnik*, Vol. 38, бр. 2, 2004.
- Перовић Слободан, *Беседе са Копаоника*, Копаоничка школа природног права, Београд, 2018.
- Qc Reynold Frederic, Qc Hendy John, „Reserving the Right to Change Terms and Conditions: How Far Can the Employer Go“, *Industrial Law Journal*, Vol. 41, бр. 1, 2012.

Ronnmar Mia, „Mechmanism for Establishing and Changing Terms and Conditions of Employment in Sweden“ Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Рељановић Марио, „Право на рад у Уставу Републике Србије“, у: *Constitutio Lex superior: сећање на професора Павла Николића*, (ур. О. Николић), Институт за упоредно право, Београд 2021.

Рељановић Марио, Ковачевић Љубинка, Крстић Ивана, Петровић К. Александра, *Приручник за примену Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима*, Ивана Крстић (ур.) Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, Београд, 2023.

Ристић Андријана, „Рад ван просторија послодавца – Правни режим и изазови организације у току и након пандемије Ковид-19“, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 3, 2013.

Roberts Marcus, „Rosas v Toca – Asses and “Incremental Changes” to Consideration“, *Chine Business Law Journal*, Vol. 61, 2019.

Радишић Јаков, *Облигационо право*, девето измењено и допуњено издање, Центар за публикације Правни факултет у Нишу, Ниш, 2014.

Riley Joellen, „The evolution of the contract of employment post workchoices“, *UNSW Journal*, Vol. 29, бр.1, 2006.

Радомировић Ивана, „Раскид или измена уговора због промењених околности – актуелна питања“, у Миодраг Орлић (ур.) *Актуелна питања савременог законодавства и правосуђа*, Удружење правника Србије, Београд, 2023.

Рајић-Ћалић Јована, „Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом“, *Страни правни живот*, год. LXIV, бр. 1, 2020.

Rasnača Zane, Bernaciak Magdalena, *Posting of workers before national courts*, ETUI aisbl, Brussels, 2020.

Röller Jürger, *Peronalbuch 2023*, C.H.Beck, München, 2023.

Raiser Thomas, Veil Rüdiger, Jacobs Matthias, *Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz. Kommentar*, 7. Neu bearbeitete Auflage, De Gruyter, Berlin, 2020.

Rost Friedhelm, „Änderungskündigung – alte und neue Stolpersteine“, у: Frank Maschmann (Hrsg.) *Kündigungsrecht: alte und neue Frage*, Nomos, Baden, 2013.

Рончевић Данило, Антић Александар, „Уговор без одређеног радног времена (Zero hour contract)“, *Радно и социјално право*, год. XX, бр. 1, 2016.

Radé Christophe, *Droit du travail*, 5^e édition, Montechreisten, Paris, 2011.

Радојевић Зоран, Кодификација начела *pacta sunt servanda* и Бечка конвенција о уговорном праву, Доступно на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/24z23.pdf>, 17.1.2024.

Рељановић Марио, „Рад у околностима епидемије и ванредном стању“, у: Владимир Ђурић, Мирјана Глинтић (ур.), *Пандемија Ковид 19: Правни изазови и одговори*, Институт за упоредно право, Београд, 2021.

Ronnmar Mia, „The managerial prerogative and the employee's obligation to work: Comparative perspectives on functional flexybility“, *Industrial Law Journal*, vol. 1, 2006.

Rade Christophe, *Droit du travail*, 5e edition, Montchrestien – Lextenso editions, Paris, 2011.

Rueda Hernández Lupo, „Poder de dirección del epmleador“, 1997, доступно на: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/26.pdf>

Ravnić Anton, *Osnove radnog prava - domaćeg, usporednog i međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2004.

Радовановић Драгана, „Радни однос на одређено време као атипичан радни однос“, *Радно и социјално право*, бр. 4-6, 2016.

Rosioru Felicia, The changing concept of subordination. Доступно на: https://mta-pte.ajk.pte.hu/downloads/felicia_rosioru.pdf.

Riley Joellen, „Siblings but not twins: making sense of ‘mutual trust’ and ‘good faith’ in employment contracts“, *Melbourne University Law Review*, Vol. 36, 2012.

Racabi Gali, „Abolish the Employer Prerogative: Unleash Work Law“, *Berkeley journal of employment & labor law*, Vol. 43, 2021.

Rogowski Ralf, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Edward Elgar, Cheltenham, Northampton, 2013.

Rieble Volker, *Transparenz und Reform im Arbeitsrecht*, ZAAR Verlag, München 2006.

Reichold Hermann, „Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang“, у: Horst Konzen, Sebastian Krebber, Thomas Raab, Barbara Veit, Bernd Waas (eds.) *Festschrift of Rolf Birk*, 2008.

Rouspide-Katchadourian Marie-Noëlle, *Le juge et le contrat de travail. Essai sur la relecture judiciaire d'un contrat*, LGDJ, Paris, 2014.

Rosioru Felicia, The changing concept of subordination, Доступно на: https://mta-pte.ajk.pte.hu/downloads/felicia_rosioru.pdf.

Рељановић Марио, Ружић Бојана, Петровић Александра, *Анализа ефеката примене измена и допуна Закона о раду*, Фондација Центар за демократију, Београд, 2016.

Радић Борислав, Лазута Борјан Јована, „Анекс уговора о раду у правном систему Републике Српске“, *Радно и социјално право*, год. XXVI, бр. 2, 2022.

Ramljak Božena, *Klauzula rebus sic stantibus u vremenu nepredvidivosti: analiza hrvatskog prava u poredbi s rješenjem iz njemačkog prava*, у: Ivan Tot, Zvonimir Slakoper (ur.), *Hrvatsko obvezno pravo u poredbenopravnom kontekstu: Petnaest godina Zakona o obveznim odnosima*, Ekonomski fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022.

Рочкманов Милорад, Аутономија воље странака у уговору о продаји са елементом иностраности, Доступно на: <http://www.prpfak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z13/20z13.pdf>

Русо Жак Жан, *Друштвени уговор: о пореклу и основима неједнакости међу људима*, Књига прва, „Филип Вишњић“, Београд, 1993.

Snyder V. David, „Law of Contract and the Concept of Change: Public and Private Attempts to Regulate Modification, Waiver, and Estoppel“, *Wisconsin Law Review*, Vol. 607, 1999.

Stone W. V. Katherine, Arthurs Harry, „The transformation of employment regimes: a worldwide challenge“ in: *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment* (ed.) Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs, New York 2013.

Singer Peter, *Marx: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford, 1980.

Sädevirta Markus, *A comparative study of the regulation governing the use of fixed-term contracts in three eu member states*, Faculty of Law in the University of Helsinki, Helsinki, 2013.

Cazes Sandrine, Nesporova Alena, „Labour markets in transition: balancing flexibility and security in Central and Eastern Europe“, *Revue de l'OFCE*, Vol. 5, бр. 91, 2004.

Синђелић Саша, „Особености радног односа на одређено време“, *Бранич*, бр. 1, 2020.

Sherwood Paul Craig, „The Contract of Employment: Judicial vs Parliamentary Reform“, *Kent Student Law Review*, Vol. 3, 2017.

Симовић Звицер Весна, *Коментар Закона о раду*, Центар за радно и пословно право, Подгорица, 2020.

Stone W. V. Katherine, Arthurs Harry, „The transformation of employment regimes: a worldwide challenge“ in: Katherine V.W. Stone, Harry Arthurs (eds.), *Rethinking workplace regulation: Beyond the standard contract of employment*, New York 2013.

Schulz Vicky, „Life's work“, *Colombia Law Review*, Vol. 100, 1881.

Stone W. V. Katherine, „The new psychological contract: implications of the changing workplace for labor and employment law“, *Ucla Law Review*, Vol. 48, бр. 1, 2001.

Santagata Raffaello, 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", INT96/2012, 2012.

Suzuki Toshiharu, Araki Takashi, „A comparative analysis: corporate governance and labor and employment relations in Japan“, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 22, 2000.

Szakats Alexander, *Introduction to the law of employment*, Wellington, Butterworths, 1975.

Serebryakova Elena, „La réglementation du travail à distance“, *Actualités juridiques internationales Europe Fédération de Russie*, бр. 1, 2021.

Shrubsall Vivien, „Competitive Tendering, Out-Sourcing and the Acquired Rights Directive“, *The Modern Law Review*, Vol. 61, бр. 1, 1998.

Santoro-Passarelli Giuseppe, „The Transfer of Undertakings: Striking a Balance Between Individual Workers' Rights and Business Needs“, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, бр. 3, 2007.

Szyszczak Erika, *EC labour law*, Pearson Education Limited, Harlow, 2000.

Салма Јожеф, *Облигационо право*, шесто издање, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2007.

Smit Nicola, *Labour law Implication of the Transfer of an Undertaking*, Faculty of Law of the Rand Afrikans University, 2001.

Supiot Alain, „Pourquoi un droit du travail?“, *Droit social*, бр. 6, 1990.

Supiot Alain, „Les nouveaux visages de la subordination“, *Droit social*, бр. 2, 2000.

Stone W. V. Katherine, „Revisiting the at-will employment doctrine: Imposed terms, implied terms, and the normative world of the workplace“, *Industrial Law Journal*, Vol. 36, 2007.

Senatori Iacopo, Spinelli Carla, „(Re-)Regulating Remote Work in the Post-pandemic scenario: Lessons from the Italian experience“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 14, бр. 1, 2021.

Симоновић Драгољуб, *Радноправна читанка I*, Службени гласник, Београд, 2009.

Симоновић Драгољуб, *Радноправна читанка II*, Службени гласник, Београд, 2009.

Stanziani Alessandro, „The Legal Status of Labour from the Seventeenth to the Nineteenth Century: Russia in a Comparative European Perspective“, *International Review of Social History*, Vol. 54, бр. 3, 2009.

Smith T. I., Thomas Gareth, *Smith & Wood's employment law*, Ninth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Schwarze Roland, Eylert Mario, Schrader Peter, *Kündigungsschutzgesetz. Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München, 2011.

Sharar Bandar, „Comparing the laws of England, Wales and Italy Relating to the Unilateral Modification for the Terms of Operational Contract during the COD-19 Pandemic“, *Liverp Law Review*, Vol. 42, бр. 3, 2021.

Supiot Alan, „Un faux dilemme, la loi ou le contract?“, *Droit Social*, бр. 1, 2003.

Sappideen Carolyn, O'Grady Qc M Pul, Riley Joellen, Smith Belinda, *Macken's Law of Employment*, Eighth Edition, Lawbook Co., Australia, 2016.

Шкорић Сања, Илић Јелена, Маричић Горан, „Рад од куће – нова димензија у току пандемије“, у: *Зборник радова са XVIII међународног научног скупа Правнички дани – „Проф. др Славко*

Царић“. *Право и друштво у условима пандемије*, Универзитет Привредна академија Нови Сад, Нови Сад, 2021.

Шундерић Боривоје, „Уговор о раду и његова природа“, *Право и привреда*, бр. 5-8, 1997.

Шундерић Боривоје, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП Службени гласник, Београд, 2009.

Шите А. Дамир, „Common Law правна норма“, *Страни правни живот*, бр. 1, 2011.

Шопов Александар, „Правна заштита на радникот поради незаконито прераспоређување на друго радно место“, *Свет на работата*, бр. 2, 2023.

Tiraboschi Michele, Conte Del Maurizio, „Employment contract: Disputes on definition in the changing Italian labour law“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Tavits Gaabriel, „Freedom of Contract in Labour Relations“, *Juridica international*, бр. 4, 1999.

Tintiћ Nikola, *Osnovi radnog prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1955.

Tintiћ Nikola, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: radni odnosi (I), Narodne novine, Zagreb, 1969.

Tintiћ Nikola, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: radni odnosi (II), Narodne novine, Zagreb, 1972.

Treu Tiziano, *Labour Law in Italy*, Kluwer, The Hague, 2015.

Thiry-Collet Nicolas, *L'encadrement contractuel de la subordination*, L'universite Pantheon-Assas (Paris II), Paris, 2012.

Томашевский Леонидович Кирилл, *Изменение трудового договора и условий труда : сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, других стран СНГ и Западной Европы*, Издательство деловой и учебной литературы, Москва, 2005.

Tavits Gaabriel, „Estonian Employment Contracts Act: Cornerstone in Applying the Flexicurity in Estonia?“, *Law*, бр. 6, 2014.

Toit Du Darcy, Godfrey Shane, Cooper Carole, Giles Graham, Cohen Tamara, Conradie Bradley, Steenkamp Anton, *Labour Relations Law: A Comprehensive Guide*, Lexis Nexis, New York, 2015, 631.

Torre Benavente M^a inMaculada, „Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y pérdida de vigencia del convenio estatutario“, *Temas Laborales*, бр. 126, 2014.

Томашевский Л. К., *Очерки трудового права: история, философия, проблемы систем и источников*, Издательский центр БГУ, Минск, 2009.

Tiraboschi Michele, „Recent changes in the Italian Labour Law“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope*

of Labour Law and the notion of employees, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Tuchszirer Carole, „Le reclassement des salariés licenciés pour motif économique : responsabilité sociale de l'entreprise ou de la collectivité publique?“, *La Revue de l'Ires*, бр. 47, 2005.

Takahashi Koji, „The Future of the Japanese-style Employment System: Continued Long-term Employment and the Challenges It Faces“, *Japan Labor Issues*, Vol. 2, бр. 6, 2018.

Tavits Gaabriel, „Freedom of Contract in Labour Relations“, *Juridica international*, бр. 4, 1999.

Tiraboschi Michele, „*Labour Law and Industrial Relations in Recessionary Times*“, 2012, ADAPT University Press – Online Publication of the ADAPT Series, доступно на: https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/4147/mod_resource/content/11/2012_ebook_vol_3.pdf.

Tiraboschi Michele, Conte Del Maurizio, „Employment contract: Disputes on definition in the changing Italian labour law“, у: Takashi Araki, Shinya Ouchi (eds.) *The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The scope of Labour Law and the notion of employees*, The Japan Institute for Labour Policy and Training, Tokyo, 2004.

Twyford Wilson John, *The doctrine of consideration (The role of consideration in contract modification)*, University of Technology, Sydney, 2002.

Трандафиловић Игор, Радоњић Анђелија, Филиповић Тамара, „Карактеристике и последице потрошачког друштва“, *Економски сигнали: пословни магазин*, Vol. 10, бр. 1, 2015.

Угарковић Ђ. Тијана, *Партиципативна права радника као вид ограничавања послодавчеве власти и претпоставка индустријске демократије*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2020.

Vannes Viviane, *Le lien de subordination dans le contract de travail*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

Van Jaarsveld Marlize Ingrid, „Contract in Employment: Weathering Storms in Mixed Jurisdictions? Some Comparative Thoughts“, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 12, бр. 1, 2008.

Водинелић В. Владимир, *Јавно и приватно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2016.

Вујичић Јован, *Утицај промењених околности на дејство уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2018.

Вуковић Игор, Ковачевић Љубинка, „Заштита узбуњивача: обавеза лојалности запосленог послодавцу наспрам заштите јавног интереса“, у: Жељко Мирјанић, Игор Милинковић (ур.), *Правни положај узбуњивача у упоредном и домаћем праву (правни и етички аспекти): зборник радова са округлог стола*, Бања Лука, 2019.

Veneziani Bruno, „The evolution of the contract of employment“, у: Bob Hepple (ed.) *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986.

Verhulp Evert, „The employment contract as a source of a concern“, у: Robert Knegt (ed.) *The employment contract as an exclusionary device. An analysis on the basis of 25 years of developments in the Netherlands*, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2008.

Вујичић Јован, *Утицај промењених околности на дејство уговора о међународној продаји робе*, докторска дисертација, Универзитет у Крагујевцу Правни факултет, Крагујевац, 2018.

Valenzuela Medina Ingrid, „Efectos de la Transmisión de Empresa en la Relación Laboral. Más Allá de la Aplicación del Principio de Continuidad“, *Derecho & Sociedad*, бр. 46, 2016.

Veneziani Bruno, “Formation, Modification and Termination of Employment Contracts”, у: Otto Kahn-Freund, Bob A. Hepple (eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XV, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014.

Вуковић Јелена, *Одговорност субјеката радног односа и систем управљања људским ресурсима*, докторска дисертација, Универзитет „Дон Незбит“, Правни факултет, Београд, 2017.

Vukorepa Ivana, „Migracije i pravo na rad u Europskoj uniji“, *Zbornik Pravni fakultet u Zagrebu*, Vol. 68, No. 1, 2018.

Vidat Ana, „The modification of the individual employment contract assuming unpredictability“, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 1, бр. 1, 2012

Vázquez Campos M. Raymundo, „El salario mínimo y el empleo“, *Economía unam*, Vol. 12, бр. 36, 2015.

Вукадиновић Г. Слободан, „Адхезиони уговори у француском праву“, *Страни правни живот*, год. 64, бр. 1, 2020.

Вучковић Владимир, *Радни однос на одређено време и његов преображај*, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Београд, 2000.

Вукићевић Драгољуб, „Начело слободе уређивања облигационих односа“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 23, 1983.

Vicente Navarro, „Neoliberalism, “globalization,” unemployment, inequalities, and the welfare state“, *International Journal of Health Services*, Vol. 28, бр. 4, 1998.

Вакић Вера, „Анекс уговора о раду као израз управљачке власти и слободе предузетништва послодавца“, *Право и привреда*, бр. 7-9, 2019.

Водинелић В. Владимир, *Јавно и приватно право*, ЈП Службени гласник, Београд, 2016.

Veneziani Bruno, „The evolution of the contract of employment“, у: Hepple Bob (ed.) *The making of labour law in Europe: A comparative study of nine countries up to 1945*, Mansell, London/New York, 1986.

Vartolomei Brîndușa, The subordination of the employee to the employer - the fundamental legal characteristic of the individual employment law contract and its consequences on labor law, *Perspectives of Business Law Journal*, Vol. 3, бр. 1, 2014.

Vranken Martin, *Death of Labour Law? – Comparative Perspectives*, Melbourne University Press, Melbourne, 2009.

Vulkan Patrik, *The Microfoundations of Flexicurity: Employees' Well Being and Attitudes to Labour Market Policy in a Swedish and Nordic Welfare State Setting*, University of Gothenburg, Department of sociology and work Science, 2016.

Witt Fabian John, „Rethinking the nineteenth-century employment contract again“, *Law and History Review*, Vol. 18, 6p. 3, 1967.

Waas Bernd, “Statutes, collective agreements and contracts of employment: a look into the hierarchy of labour law norms, A Thematic Working Paper for the Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: Perspectives of collective rights in Europe”, Berlin 2018, Доступно на: <https://eu.eventscloud.com/ehome/200175533>

William Brown, David Rea, „The changing nature of the employment contract“, *Scottish Journal of Political Economy*, Vol. 42, 6p. 3, 1995.

Welch Roger, „Whither british labour law crisis, what crisis? - an historical perspective on the juridification of british industrial relations“, *Contemporary Issues in Law*, Vol. 12, 6p. 2, 2013.

Wang Yan, *Chinese Labour Law*, Springer, Dalian, 2021.

White Richard, „Working under Protest and Variation of Employment Terms: *Robinson v Tescom Corporation*“, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, 6p. 4, 2008.

Waldhorn Vainroj Daniel, *Deliminación del ius variandi por la jurisprudencia en el último quinquenio (2004 – 2009)*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, Chile, 2010.

Weiss Manfred, Schmidt Marlene, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer Law International, Austin, 2000.

Waas Bernd, „The Legal Definition of the Employment Contract in Section 611a of the Civil Code in Germany“, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 1, 6p. 2, 2019.

Wedderburn Lord, *The Worker and the Law*, Pengiun Book, London, 1986.

Wood Gay Horace, *A treatise on the law of master and servant: covering the relation, duties, and liabilities of employers and employees*, Second edition, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 2014.

Yabar Soria Wilfredo, *El ius variandi como potestad facultativa del empleador y los criterios de razonabilidad en los trabajadores de las empresas del sector privado*, Universidad Andina del Cusco Facultad de derecho y ciencia política escuela profesional de derecho, Perú, 2019.

Yeuksele Onaran Melek, „Turkey“, y: *Transfer of Business and Acquired Employee Rights*, Jens Kirchner, Sascha Morgenroth, Tim Marshall (eds.), Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, 2016.

Yenisey Dogan Kübra, *La modifacion du contrat de travail: Etude de droite suisse und et de français*, Schulthess, Genève, 2005.

Zlatović Dragan, Malenica Ivan, *Novo hrvatsko radno pravo - ogledi iz radnog prava i pravne prakse*, Libertin naklada, Rijeka, 2013.

Зиндовић Илија, „Промењене околности (клаузула *rebus sic stantibus*) и нове тенденције у регулисању овог правила“, *Право – теорија и пракса*, бр. 7–9, 2012.

Златановић Стојковић Н. Сања, Совиљ П. Ранко, „Дужност лојалности и институт (анти)конкуренције“, *Страни правни живот*, бр 3, 2023.

Златановић Стојковић Н. Сања, *Генетички и други здравствени основи дискриминације на раду*, Институт друштвених наука, Београд, 2019.

Zambelli Angelo, *Labour Law and Employment Compliance in Italy*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2022.

Zubero Imanol, „Trabajo y globalización“, *Lan Harremanak*, бр. 12, 2005.

Живковић Боривоје, „Отказ због одбијања запосленог да закључи анекс уговора о раду“, *Правни информатор*, бр. 5, 2008.

Живковић Боривоје „Измена уговорених услова рада“, *Радно и социјално право*, бр. 1–6/2004.

Живковић Љ. Радомир, „Уговор о раду и радни однос“, *Правосуђе*, бр. 1–2, 1938 (посебан отисак), Штампарија „Напредак“, Београд, 1938.

Живковић Боривоје, „Вишак запослених и критеријуми“, *Радно и социјално право*, год. XXI, бр. 1, 2017.

***, European Union Agency for Fundamental Rights, *Freedom to conduct a business: Exploring the dimensions of a fundamental right*, Luxembourg, 2015.

***, Commission of the European Communities, *Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions, Towards Common Principles of Flexicurity: More and better jobs through flexibility and security*, Brussels, 27.6.2007.

***, Commission Green Paper of 22 November 2006 entitled "Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century" [COM(2006) 708 - not published in the Official Journal]

СПИСАК КОРИШЋЕНИХ ИЗВОРА ПРАВА

Извори права међународног порекла

Међународна организација рада

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/84 и 7/91).

Конвенција МОР-а о раду код куће бр. 177 (Home Work Convention, 1996/No.177/).

Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81.

Конвенција Међународне организације рада број 183 о заштити материнства (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10).

Препорука број 166 о престанку радног односа (Termination of employment recommendation, 1982).

C095 - Protection of Wages Convention, 1949 (No. 95)

C156 - Workers with Family Responsibilities Convention, 1981 (No. 156).

C 175 - Part-Time Work Convention, 1994 (No.175)

R 182 - Part-Time Work Recommendation (No. 182).

R091 - Collective Agreements Recommendation, 1951 (No. 91).

R191 – Maternity Protection Recommendation, 2000.

Савет Европе

Европска конвенција о људским правима и основним слободама („Службени лист 346 СЦГ-Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005“).

Европска заједница (Европска унија)

Council Directive 91/533/EEC of 14 October 1991 on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment relationship, *Official Journal – OJ*, L 288, 18.10.1991.

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

Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies. *OJ* L 225, 12.8.1998, p. 16–21

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

Directive 2002/14/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 2002 establishing a general framework for informing and consulting employees in the European Community - Joint declaration of the European Parliament, the Council and the Commission on employee representation (*Official Journal* L 80, 23.3.2002, 29–34).

Directive 2003/88/EC of the European parliament and of the council of 4 november 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time. *OJ* L 299, 18.11.2003, p. 9–19.

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation. *OJ* L 204, 26.7.2006, p. 23–36.

Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002.

BusinessEurope, SMEunited, CEEP and the ETUC (and the liaison committee EUROCADRES/CEC), European social partners framework agreement on digitalization, 2020.

Јуриспуденција Европског суда правде (Суда правде Европске уније)

Пресуда у предмету C-184/1983 (*Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse*), од 12. јула 1984. године (*European Court Reports*, 1984).

Пресуда у предмету бр. C-13/95 (*Ayşe Süzen v. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*) од 11. марта 1997. године (*European Court Reports* 1997, 141).

Пресуда у предмету бр. C-392/92 (*Christel Schmidt v. Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (*European Court Reports* 1994, 61).

Пресуда у предмету бр. Case C-478/03 (*Celtec Ltd v John Astley and Others*) од 15. маја 2005.

Пресуда у предмету бр. C-426/11 (*Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*) од 9. марта 2006. године (*European Court Reports* 2013, 521).

Пресуда у предмету бр. C-51/00 (*Temco Service Industries SA v. Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (*European Court Reports* 2002, 48).

Пресуда у предмету бр. C-4/73 (*J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*) од 1974 године.

Пресуда у спојеним предметима бр. C-253/96 to C-256/96 (*Helmut Kampelmann and Others v Landschaftsverband Westfalen-Lippe*), бр. C-257/96 (*Stadtwerke Witten GmbH v Andreas Schade*), бр. C-258/96 (*Klaus Haseley v Stadtwerke Altena GmbH*) од 1997. године (*European Court Reports* 1997 I-06907).

Пресуда у предмету бр. T-175/03 (*Norbert Schmitt v European Agency for Reconstruction (EAR)*) од 7. јула 2004. године (*European Court Reports – Staff Cases* 2004 I-A-00211; II-00939).

Пресуда у предмету бр. C-136/95 – *Caisse nationale d’assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS) v Evelyne Thibault*, 30.4.1998 (*European Court Reports* 1998 I-02011).

Пресуда у предмету бр. Case C-305/94 (*Claude Rotsart de Hertaing v J. Benoidt SA, IGC Housing Service SA*).

Пресуда у предмету бр. Case C-108/10 (*Ivana Scattolon v Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*) од 6. септембра 2011.

Пресуда у спојеним предметима бр. C-132/91 (*Grigorios Katsikas v Angelos Konstantinidis*), бр. C-138/91 и бр. C-139/91 (*Uwe Skreb, Günter Schroll v PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nachfolger GmbH*) од 16. децембра 1996. године (*European Court Reports* 1992 I-06577).

Пресуда у предмету бр. Case 19/83 (*Knud Wendelboe and others v L.J. Music ApS, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године.

Извори права унутрашњег порекла

Домаће право

Устав Републике Србије (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 98/2006 и 115/2021).

Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020).

Закон о основама радних односа (*Службени лист СРЈ*, бр. 29/96).

Закон о основним правима из радног односа (*Службени лист СФРЈ*, бр. 60/89, 42/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 42/92, 24/94).

Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65).

Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65, са изменама *Службени лист СФРЈ* бр. 43/66, 52/66, 28/68, 20/69, 12/70 - пречишћен текст).

Закон о равноправности полова (*Службени гласник РС*, бр. 104/2009).

Закон о радним односима (*Службени гласник РС*, бр. 55/96).

Закон о радним односима (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 53/57).

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Закон о родној равноправности, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009.

Закон о раду (*Службени гласник РС*, бр. 70/2001 и 73/2001).

Закон о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство и њиховој заштити, *Службени гласник РС*, бр. 91/2015 и 50/2018.

Закон о удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 53/76, 57/83, 85/87, 6/88 и 38/88).

Основни закон о радним односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 17/65).

Закон о парничном поступку (*Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023).

Закон о спречавању злостављања на раду, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010.

Закон о безбедности и здрављу на раду, *Службени гласник РС*, бр. 35/2023.

Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013 и 14/2022.

Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом (*Сл. Гласник РС*, бр. 36/2009, 32/2013 и 14/2022 – др. Закон).

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада бр. 131 о утврђивању минималних плата, с посебним освртом на земље у развоју, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 14/82.

Правилником о ближем начину, трошковима и критеријумима за процену радне способности и могућности запослења или одржања запослења особа са инвалидитетом, *Службени гласник РС*, бр. 36/2010 и 97/2013.

Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду. *Службени гласник РС*, бр. 62/2010.

Уредба о организовању рада послодаваца за време ванредног стања, *Службени гласник РС*, бр. 31/2020.

Општи колективни уговор (*Службени гласник РС*, бр. 22/97, 21/98, 53/99 – одлука УСРС, 12/2000 – испр. одлуке и 31/2001).

Општи колективни уговор (*Службени гласник РС*, бр. 50/2008, 104/2008 – Анекс I и 8/2009 – II)

Посебан колективни уговор за делатност пољопривреде, прехранбене, дуванске индустрије и водопривреде Србије (*Службени гласник РС*, бр. 11/11, 50/11).

Судска пракса

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2. 1379/2013, од 18. децембра 2013. године.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 438/93 од 25.2.1993. године.

Пресуда Врховног суда Србије, У 1732/55, од 8. јуна 1955. године.

Пресуда Врховног суда Југославије, Уж 5095/55, од 9. септембра 1955.

Пресуда Врховног суда Југославије, Уж 1116/54 од 24. VI 1954.

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж1. 2131/2011 од 4.11.2011. године;

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж1, 2852/2010 од 4.2.2011. године;

Одлука Суда Удруженог рада Војводине, Сж. 1331/87.

Одлука Суда удруженог рада Србије бр. 1904/81.

Одлука Суда удруженог рада Србије, бр. 9107/82.

Одлука Окружног суда у Београду, Гж. 1136/2000.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 968/2017 од 25.05.2017. године.

Решење Врховног касационог суда, Рев2 1070/2018 од 29.05.2019. године.

Мишљења државних органа

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-284/2012-02 од 23.1.2013. године.

Мишљење Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, бр. 011-00-843/2005-02 од 29.9.2005. године.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-602/2010-02 од 9.8.2010. године.

Мишљење Министарства рада и социјалне политике, бр. 011-00-629/2010-02 од 23.9.2010. године.

Мишљење министарства рада, бр. 011-00-76/2003-02.

Страно право

Аустрија

Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008872>

Белорусија

Трудовой Кодекс Республики Беларусь от 26 июля 1999 года № 296-3, https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30414859

Велика Британија

The Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2014, No 16, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2014/16/contents/made>

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006, No 256, <https://www.legislation.gov.uk/ukxi/2006/246/contents/made>

The Employment Rights Act (ERA) 1996 (NHS Recruitment - Protected Disclosure) Regulations 2018, <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2018/9780111167519/contents>

Грчка

Σύνταγμα, <https://www.hellenicparliament.gr/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>

Италија

Costituzione della Repubblica Italiana, https://www-senato-it.translate.goog/istituzione/la-costituzione?_x_tr_sl=it&_x_tr_tl=sr&_x_tr_hl=sr&_x_tr_pto=sc

Codice Civile, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>

Немачка

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Handelsgesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/>

Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG), <https://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/>

Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz - TzBfG), https://www.gesetze-im-internet.de/tzbfhg/BJNR196610000.html?06566da5_page=7

Arbeitszeitgesetz (ArbZG), <https://www.gesetze-im-internet.de/arbzg/BJNR117100994.html>

Русија

Трудовой кодекс Российской Федерации" от 30.12.2001 N 197-ФЗ (ред. от 06.04.2024), https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34683/

Словенија

Zakon o delovnih razmerjih (zdr-1), Uradni list RS, št. 21/13, 78/13 – popr., 47/15 – zzsdt, 33/16 – pz-f, 52/16, 15/17 – odl. us, 22/19 – zposs, 81/19, 203/20 – ziupopdve, 119/21 – zčmis-a, 202/21 – odl. us, 15/22, 54/22 – zupš-1, 114/23 in 136/23 – ziuzds.

Северна Македонија

Закон за работните односи (*Службени весник на Р. Македонија*, број 62/2005, 106/2008, 161/2008, 114/2009, 130/2009, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 и 27/16).

Француска

Code Civile, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>

Code du Travail, <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>

Code de commerce, <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO5944>

Украјина

Трудовий Кодекс України, <https://ips.ligazakon.net/document/DH1A200A?an=3>

Хрватска

Zakon o radu (*Narodne novine*, 93/14, 127/17, 98/19).

Црна Гора

Закон о раду (*Службени лист Црне Горе*, бр. 74/2019 и 8/2021).

Шпанија

Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978, [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 29.3.1995, núm. 75, 9654-9688), Real Decreto Legislativo 2/2015 de 24 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 24.10.2015, núm. 255, 9654-9688), <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Швајцарска

Obligationenrecht (vom 30. März 1911 (Stand am 1. Juli 2021)), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/de

„Bundesgericht“ 4A 533/2018 од 23. 4. 2019. године.

Финска

Työsopimuslaki, 26.1.2001/55, <https://www.finlex.fi/fi/laki/ajantasa/2001/20010055>

Јапан

Rōdō kijun-hō, 7.9.2024. <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3567>

Италија

Codice Civile 2023, "Codice Civile 2023: aggiornato con le ultime modifiche legislative apportate dal D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, come modificato dalla L. 29 dicembre 2022, n. 197 ("Riforma Cartabia")." (R.D. 16 marzo 1942, n. 262) <https://www.brocardi.it/codice-civile/>

Страна судска пракса

Велика Британија

Rigby v Ferodo Ltd [1988] ICR 29.

Direct Radiators Ltd v Howse and Shepherd 4.7.86 EAT 130/86.

Burdett-Coutts v Hertfordshire County Council [1984] IRLR 91.

Bateman & Ors v Asda Stores Ltd UKEAT/0221/09/ZT.

Carmichael v National Power plc [1999] ICR 1226.

Skills Development Scotland Co Ltd v Buchanan & Anor UKEATS/0042/10/BI.

Crawford v Swinton Insurance Brokers Ltd [1990] IRLR 42.

AD Bly Construction Ltd v. Cochrane 23.11.05 EAT 0243/05.

Williams v Roffey Bros & Nicholls (Contractors) Ltd [1989] EWCA.

Stilk v Myrick [1809] EWHC KB J58.

Wilson v St Helens Borough Council [1999] 2 AC 52.

Smith & Ors v Trustees of Brooklands College UKEAT/0128/11/ZT.

BPCC Purnell Ltd v Webb [1992] EAT/129/90.

WPM Retail Ltd v Lang [1978] ICR 787.

Dutton v Hawker Siddeley Aviation Ltd [1978] IRLR 390, EAT.

GAP Personnel Franchises Ltd v Robinson UKEAT/0342/07 the EAT.

Devonald v Rosser & Sons [1906] 2 KB 728.

Ellis v Brighton Co-operative Society Ltd [1976] IRLR 419.

Horrigan -v- Lewisham London Borough Council [1978] ICR 15.

Robertson v British Gas Corp [1983] ICR 351.

Nokes v Doncaster Amalgamated Collieries Ltd [1940] AC 1014.

Dutton v Hawker Siddeley Aviation Ltd [1978] IRLR 390, EAT.

Gascol Conversions Ltd. v. Mercer. [1974] I.R.L.R. 155 (C.A.).

Ball v BET Catering EAT 637/96 and in *Whent v T Cartlidge Ltd* [1997] IRLR.

Bateman v Asda Stores Ltd [2010] UKEAT/0221/09.

Француска

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 27 juin 2002, 00-42.646.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 4 février 2004, 02-40.527.

Cour de cassation, Chambre sociale, 10 octobre 2007 05-45.347.

Cour de cassation, Chambre sociale 29 juin 2011, pourvoi 10-12884, BICC n°751 du 15 novembre 2011 et Legifrance.

Cour de cassation, chambre sociale, 5 mars 2008, 06-45.888.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 16 juin 1998.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 4 février 2004, 02-40.527.

Cour de cassation, Chambre sociale du 2 octobre 2001, *Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation*, V, n° 293.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 20 février 2007, 05-42.734.

Cour de cassation, Chambre sociale, 31 octobre 2012, 11-20.179.

Cour de cassation, Chambre sociale, 14 novembre 2012, 11-21.240.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 28 janvier 1998.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 26 octobre 2005, n° 03-41.460.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 15 mars 2006, n° 04-40.504.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 24 mars 2004, n° 02-45.130.

Cour de Cassation, Chambre sociale, du 3 décembre 1996, n°95-17.352.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 18 décembre 2002, n° 00-46.114.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 29 novembre 1990, n° 88-44.308.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 18 mai 2011, 09-69.175.

Cour de Cassation, Chambre sociale, 13-3-2024, n° 22-22.032 F-D.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 18 mai 2011, n° 09-69.175.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 5 mai 2010, n° 07-45.409.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 23 mai 2013, n° 11-26.754.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 16 nov. 2005, n° 03-47.560.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 9 nov. 2011, n° 09-73.040.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 30 sept. 2003, n° 01-43.232.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 2 juill. 2008, n° 07-40.702.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 13 mars 2013, n° 11-21.909.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 7 juill. 1998, n° 96-40.256.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 12 avr. 2005, n° 02-46.401.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 17 nov. 2010, n° 09-42.120.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 13 sept. 2017, n° 15-28.569.
Cour de Cassation, Chambre sociale, 17-3-2021 n° 19-11.114.

Канада

Bain v. Anderson & Co., 1898 CanLII 3 (SCC), 28 SCR 481.
Rejdak v. Fight Network Inc., 2008 CANLII 37909 (ON SC).
Harris v. Watson, 1981 CanLII 1228 (ON CJ)

Јужноафричка Република

Nehawu v University of Cape Town and Others 2002 (4) BLLR 311 (LAC).

Немачка

BAG, Urteil vom 29.09.2004, Aktenzeichen 1 AZR 473/03.
BAG, Urteil vom 08.08.1989, Aktenzeichen: 1 ABR 63/88.
BAG, Beschluss vom 29.9.2020 – 1 ABR 21/19.
BAG – Az. 2 AZR 641/07.
BAG, Urteil vom 29.09.2004, Aktenzeichen 1 AZR 473/03.
BAG, Urteil vom 06.10.2005, Aktenzeichen: 3 TaBV 24/05.

БИОГРАФИЈА

Тијана Ковачевић је рођена 15.12.1995. године у Ваљеву, где је завршила основну школу и гимназију са одличним успехом. Правни факултет Универзитета у Београду уписује 2014. године и завршава у року, са просечном оценом 9.77. Током основних академских студија похађала је студијске групе из различитих предмета и одбранила са похвалом неколико семинарских радова. На истом факултету уписује 2019. године мастер академске студије на Пословноправном модулу, подмодул Право привредних друштава, и завршава са просечном оценом 10, одбранивши са одликом мастер рад на тему: „Суштина стечајне реорганизације у Србији са освртом на положај запослених.“ Након тога, уписује докторске академске студије одредивши се за Радноправну ужу научну област и брани пројекат докторске дисертације на тему „Измене елемената уговора о раду.“

Током школовања била је стипендиста Министарства просвете, науке и технолошког развоја, Министарства омладине и спорта, Правног факултета Универзитета у Београду и родног града Ваљево. За сваку годину основних студија похваљивана је од Правног факултета Универзитета у Београду за одличан успех у учењу и стицању знања. Добитница је Еразмус+ стипендије за истраживачки боравак за докторанде на Правном Факултету Универзитета у Хамбургу. Одлуком одбора Задужбине Ђоке Влајковића додељена јој је финансијска подршка за научно и стручно усавршавање за 2023. годину.

Била је један од учесника на пројекту о радној експлоатацији радника организованом под окриљем невладине организације АСТРА, који је реализован уз подршку Европске уније и Канцеларије за сарадњу са цивилним друштвом. Успешно је завршила развојни програм у области управљања људским ресурсима, *HR практикум за студенте*. Похађала је неколико летњих школа и учествовала је на националним и међународним научним скуповима. Аутор је великог броја радова из различитих области права, од којих су два награђена престижним универзитетским наградама. Говори енглески, шпански и немачки језик, служи се руским и француским језиком.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора: Тијана Ковачевић
Број индекса: ДС 5/2019

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Измене елемената уговора о раду“

- 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, 2024.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Тијана Ковачевић

Број индекса: ДС 5/2019

Студијски програм: Право, Радноправна Ужа научна област

Наслов рада: „**Измене елемената уговора о раду**“

Ментор: проф. др Љубинка Ковачевић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањивања 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, 2024.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

„Измене елемената уговора о раду“

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, 2024.

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.