

*Др Бранко Лубарда,
ванредни професор, Правни факултет, Београд*

Конкуренција у области радног права

Конкуренција је, уз социјалну правду и радно-социјални мир, један од основних циљева радног законодавства и међународног радног права – универзалног и регионалног (укључујући и европско радно право). Уређивање конкуренције законским путем јавља се како у институтима индивидуалног тако и у институтима (делу) колективног радног права. При том, конкуренција се јавља на обе стране субјеката радног односа – запослених и послодаваца, односно њихових асоцијација. На страни радника конкуренција радних способности је присутна и у фази заснивања радног односа, у току трајања радног односа (висина зараде и других примања, напредовање на раду, итд.), као и у вези са престанком радног односа (посебно при исказивању вишкова запослених). На страни послодаваца, очување и развијање конкурентских способности послодаваца је један од примарних мотива при одлучивању о кадровским питањима (менаџмент људским ресурсима), што долази до изражаја при одлучивању о избору кандидата за закључивање уговора о раду, код уговарања антиконкурентске клаузуле (забрана конкуренције), у настојању да се очува солвентност послодавца приликом реорганизације послодавца и код других института индивидуалног радног права.

У делу колективног радног права од посебног је значаја уређивање конкуренције између синдиката запослених, на једној, и удружења послодаваца, на другој страни. Уређивање конкуренције је основни мотив јавне власти (владе) за доношење одлуке о проширењу дејства колективног уговора о раду. Сукоби регулисања подразумевају конкурентску надлежност колективних уговора различитог нивоа. Концепт законског уређивања права на штрајк није без утицаја на конкуренцију.

Нови Закон о раду Србије (“Службени гласник РС”, бр. 70/2001) може да се анализира и са становишта уређивања конкуренције као циља радног законодавства, *de lege lata* и *de lege ferenda*.

I Конкуренција – индивидуално радно право

Заснивање радног односа – конкуренција радних способности

Једна од најзначајнијих новина у Закону о раду Србије јавља се у погледу формалноправних услова за заснивање радног односа, пошто се више не предвиђа јавно оглашавање (конкурс) као опште начело поступка заснивања радног односа. На тај начин послодавцу се омогућује да се определи између непосредних преговора, односно директног запошљавања без посредства службе за запошљавање, на једној, и јавног оглашавања, посредством службе за запошљавање, на другој страни. Овакав законски концепт либерализације поступка запошљавања јавља се и у упоредном праву земаља развијене тржишне економије (нпр. Француска и САД), што омогућује послодавцу да у врло кратком року запосли новог радника и без застоја обезбеди функционисање организованог процеса рада.

Ипак, са становишта уставног принципа о једнакој доступности свих послова под једнаким условима, односно начела једнакости шанси у запошљавању, може се поставити питање потребе да се посебним законом – законом о запошљавању – предвиде одређене обавезе послодавца у погледу јавне службе за запошљавање (Завода за тржиште рада) које би биле комплементарне одредбама Закона о раду, али и у функцији остварења начела једнакости шанси у запошљавању. Наиме, по узору на решења из земаља Европске уније, као и новијих закона о запошљавању у земљама централне и југоисточне Европе (нпр. Чешка, Македонија), предвиђа се обавеза послодавца да обавести завод за запошљавање о упражњеним пословима, што омогућава заводу да са своје стране обавести незапослена лица са евиденције о могућностима запошљавања. На тај начин, ипак, незапослена лица могу да понуде одговарајућем послодавцу закључење уговора о раду и без јавног оглашавања. Једнакости шанси у запошљавању битно доприноси функција обавештавања и посредовања у запошљавању која је у делокругу завода за запошљавање, што је класична функција ових служби и сходно Конвенцији МОП-а бр. 88, коју је наша земља ратификовала.

Поред јавне службе за запошљавање (завода), олакшавању заснивања радног односа доприноси и могућност оснивања агенција за запошљавање, као приватних служби за запошљавање. На тај начин се подстиче конкуренција између јавне (завода) и приватних служби за запошљавање, што је у функцији задовољења потреба и послодаваца и незапослених лица (односно запослених који траже ново запошљавање). Приватне агенције имају дугу традицију у многим земљама Европске уније (са ретким изузецима – нпр. у Немачкој), а посебно су бројне, развијене и са дугом традицијом у САД. МОП је такође донео Конвенцију бр. 181 о приватним служба-

ма за запошљавање (коју наша земља још није ратификовала). Велики број земаља тзв. транзиције је у својим новијим законским решењима предвидео могућност оснивања приватних агенција за запошљавање, али и доста строге услове за њихово оснивање и контролу рада, како би се избегле могуће злоупотребе у раду ових агенција. При том, свакако се законом налаже обезбеђивање бесплатности пружања услуга незапосленим лицима од стране агенција, односно накнаду за услуге агенције могу да наплате само од послодавца.

Начело једнакости шанси у запошљавању, као израз комутативне правде у области радног права, међутим, остало би апстрактно и мало примењиво начело кад је реч о запошљавању инвалида. Начело правичности, као коректив начела комутативне правде, налаже да се ублаже могуће негативне последице конкуренције на тржишту рада (између нехендикепираних и хендикепираних кандидата), тако да се у модерном радном законодавству редовно предвиђа давање приоритета у запошљавању инвалида на одређеном проценту послова код послодавца – тзв. систем квота, као и финансијски подстицаји за рад тзв. заштитних радионица (које запошљавају одређени проценат инвалида).

Флексибилни облици запошљавања - конкуренција

Закон о раду садржи низ значајних новина које воде проширењу облика флексибилног запошљавања и радног ангажовања. *Ratio legis* нових решења није само у потреби подстицања новог запошљавања, односно радног ангажовања већ и у потреби за (индиректним) сузбијањем тзв. фактичког (незаконитог) или “рада на црно”. Наиме, упоредноправна решења и пракса показују да послодавци показују већу спремност да ангажују раднике за неки од облика флексибилног запошљавања, него да их (одмах) примају у радни однос на неодређено време. Неизвесност коју собом носи конкуренција између послодавца, као и страх од пословних тешкоћа које се могу јавити делом и због великог броја запослених у радном односу на неодређено време (чије колективно отпуштање по правилу собом повлачи не мале обавезе у погледу отпремнина), односно већа способност послодавца да се прилагоди новим условима конкуренције на тржишту, водили су дерегулацији тржишта рада и у државама Европске уније, као и у земљама централне и (југо)источне Европе у последњој деценији XX века. Осим тога, више конвенција МОП-а о флексибилним облицима запошљавања је донето такође у последњој деценији XX века (Конвенција бр. 175 о непуном радном времену и Конвенција бр. 179 о раду код куће).

Посебно значајне новине у Закону о раду тичу се управо предвиђања да је уговор о раду код куће правни основ за заснивање радног односа, као и уговор о раду ван пословних просторија послодавца (ови уговори се обавезно региструју, зарад лакшег надзора од стране инспекције), а знатно се либерализују услови за закључивање уговора о раду на одређено време.

Законодавац је, у жељи да обезбеди ефективну примену Закона о раду и у погледу флексибилних облика запошљавања и радног ангажовања, значајно про-

ширио овлашћења инспекције рада, тако да инспекцији, поред превентивних и корективних мера, стоје на располагању и репресивне мере – забрана обављања делатности послодавца (ако није закључио уговор о раду или други уговор или ако није поднето пријаву на обавезно социјално осигурање)(члан 159. ЗР).

Забрана конкуренције

Забрана конкуренције је по први пут на један целовитији начин уређена у нашем радном законодавству (чл. 93 и 94 ЗР), што је од посебног значаја за уређивање и морализовање конкуренције и радних односа. Институт забране конкуренције има за циљ да заштити легитимне пословне интересе послодавца који омогућава запосленом да стекне додатна, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања посебно важних пословних обавештења и тајни. Наиме, запослени који раде на одређеним пословима код послодавца, сходно анти-конкурентској клаузули уговора о раду, не могу да раде за конкурентског послодавца (ограничавање слободе рада) или за свој рачун (ограничавање слободе предузетништва, односно слободе уговарања), јер би такав рад довео до угрожавања пословних интереса послодавца, односно до проузроковања штете (некад и у енормном износу). Разуме се, ограничавање слободе рада је ограничено временски (не дуже од две године) и просторно (на подручју где се реално може конкурисати послодавцу).

У случају да запослени прекрши неконкурентску клаузулу уговора о раду, Закон о раду предвиђа право послодавца да од запосленог захтева накнаду штете. *De lege ferenda* било је могуће прописати заједничку (пасивна дељива облигација) одговорност запосленог и другог послодавца који је прибавио корист ангажовањем запосленог упркос постојања забране конкуренције, пошто се веома често повредом не-конкурентске клаузуле проузрокују штете у тако великом износу да је сам запослени не може да надокнади, а и секундарни послодавац запошљава радника супротно забрани конкуренције. Отуда, заштити легитимних интереса примарног послодавца и заштити начела (лојалне) конкуренције више може да допринесе законско приписивање заједничке одговорности (запосленог и секундарног послодавца), што је прихваћено у упоредном праву.

Заштита на раду – конкуренција

Закон о раду прописује само основну обавезу послодавца да запосленом осигура заштиту здравља и безбедности на раду (чл. 64. ЗР), с тим да се упућује на посебан закон који треба да уреди целовито област заштите здравља и безбедности на раду. Модеран концепт законског уређивања заштите на раду почива на изналажењу равнотеже између трошкова послодавца, с једне, и професионалних ризика, с друге стране, како би се спречили или свели на минимум негативни ефекти конкуренције између послодавца по ниво заштите на раду. На то упућују и међународни радни стандарди – универзални (Конвенција МОП-а бр. 155) и регионални-европски (Директива ЕУ 89/391).

Ма колико да се посебним законским регулисањем уреди на један савремен начин заштита на раду, што је у најтежњој вези и са заштитом животне средине, да би се избегли негативни ефекти конкуренције и сузбила тенденција избегавања имплементације законских одредби о заштити на раду зарад смањења трошкова пословања, неопходна је пуна, системска и једнака инспекцијска контрола примене законских одредби, што свакако упућује на одговарајући број инспектора рада. Али, своје посебно место у поступку имплементације имају и социјални партнери – синдикати запослених (заштита чланства) и удружења послодаваца (сузбијање нелојалне конкуренције по основу непоштовања стандарда заштите на раду). Најзад, у упоредном праву јавља се и особено право запосленог да “дува у пиштаљку” (нпр. у САД), односно да обавести надлежне органе и јавност о томе да његов послодавац непоштовањем одредби о заштити на раду угрожава здравље становништва (потрошача), а да се то не сматра повредом обавезе лојалности послодавцу, тј. да то не повлачи дисциплинску одговорност запосленог.

Реорганизација послодавца – конкуренција

Закон о раду Србије садржи одређена решења у погледу реорганизације солвентног и инсолвентног послодавца, која су од непосредног утицаја на конкуренцију. Додуше, изостале су одредбе о правима запослених и улози синдиката у случају реорганизације путем (уговорног) трансфера, спајања или поделе послодавца (предузећа), док се реорганизацији солвентног послодавца у поступку исказивања вишкова посвећује значајна пажња. Европско радно право овим питањима посвећује посебну пажњу што потврђује доношење више директива: Директиве бр. 187/77 (трансфер), Директиве бр. 82/891 (подела предузећа), Директиве бр. 78/855 (спајање предузећа), као и Директиве бр. 75/129 (вишкови запослених).

Концепт Закона о раду у погледу реорганизације послодавца у случају исказивања вишка запослених (зарад очувања солвентности – економски вишак, или стицања веће конкурентске способности на тржишту – технолошки вишак) карактерише као значајна новина дуализам процедуре исказивања вишка у зависности од величине послодавца (броја запослених) и броја, тј. процента запослених којима послодавац намерава да откаже уговор о раду. Овакав дуализам процедуре – једноставнија процедура колективног отпуштања код малих послодаваца (мање од 50 запослених), сложенија код великих послодаваца (више од 50 запослених и више од 10% запослених које послодавац намерава да отпусти у току календарске године), јавља се на овај или сличан начин, редовно и у упоредном праву. Као и у упоредном праву, Законом о раду се прописује право отпуштеног радника на приоритетно запошљавање код истог послодавца ако овај, у року од три месеца по отпуштању, прибегава новом запошљавању на истим пословима. На тај начин избегава се злоупотреба права послодавца, односно обезбеђује заштита легитимних интереса отпуштених радника, што је од великог значаја за морализовање радних односа и конкуренцију. Додуше, Закон о раду је могао да предвиди и нешто дужи

рок за приоритетно запошљавање, као што је то чешће случај у упоредном праву (нпр. шест месеци).

Концепт законских решења о положају запослених у случају реорганизације инсолвентног послодавца се Законом о раду није променио у односу на наше раније законодавство. За сагледавање могућих решења *de lege ferenda* треба пре свега имати на уму међународне радне стандарде садржане у Конвенцији МОП-а бр. 172 (о потраживањима запослених у случају инсолвентности), која још није ратификована код нас.

Незаконити отказ - конкуренција

Од значаја за уређивање конкуренције јесте и концепт законског регулисања правних последица незаконитог отказа. Значајна новина у Закону о раду јесте право запосленог да у својој конститутивној тужби захтева да се утврди незаконитост отказа и досуди накнада штете, али не и да захтева враћање на рад (реинтеграцију) (чл. 108. Ст. 1. ЗР). Може се уочити, за разлику од упоредног права, да се ипак не даје право послодавцу да уместо омогућавања враћања радника на рад, исплати својеврсну накнаду, која је по својој правној природи приватна казна за незаконити отказ, чиме се послодавац ослобађа обавезе реинтеграције.

Закон о раду предвиђа обавезу послодавца да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону (што подразумева накнаду зараде за неискоришћени годишњи одмор, као и друге накнаде, али и накнаду неимовинске штете, под условима утврђеним Законом о облигационим односима), као и да уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. У исто време, Закон о раду предвиђа да се накнада штете умањује за износ прихода које је запослени остварио по престанку радног односа, што значи да се може догодити у пракси да отпуштени радник није претрпео имовинску штету због незаконитог отказа. У оваквој ситуацији отпуштени радник, који не захтева од суда да досуди реинтеграцију, има само својеврсно морално задовољење да је суд утврдио незаконити отказ, а за послодавца нема никакве имовинске (или неимовинске) санкције. У оваквој правној ситуацији, зарад задовољења казнене правде (Кант), у упоредном радном законодавству (нпр. у Француској) се ипак предвиђа могућност досуђивања накнаде у корист незаконито отпуштеног радника (који чак није претрпео имовинску штету), која се јавља као облик приватне казне (а чија висина зависи од низа околности – степена виности, радног стажа код послодавца).

II Конкуренција – колективно радно право

Репрезентативност синдиката и удружења послодаваца - конкуренција

Једна од најзначајнијих новина концепцијског карактера у Закону о раду јесте институт репрезентативности синдиката запослених и репрезентативности удру-

жења послодаваца, који има за циљ да подстакне међусобну конкуренцију између синдиката запослених, као и међусобну конкуренцију удружења послодаваца.

Институт репрезентативности на потпунији начин одсликава општа начела индустријске демократије у односу на ранији институт већинског синдиката, што треба да води смањењу међусиндикалних конфликата, али и развијању међусобне конкуренције синдиката у стицању права на колективно преговарање, права на заступљеност у Социјално-економском савету на нивоу Републике, односно у локалним социјално-економским саветима, у Савету за запошљавање Републике и саветима за запошљавање на нивоу локалне самоуправе и територијалне аутономије, права на заступљеност у фондовима обавезног социјалног осигурања, укључујући и Завод за запошљавање.

Институт репрезентативности удружења послодаваца такође, *mutatis mutandis*, треба да омогући стицање права на колективно преговарање, тј. закључивање колективних уговора о раду на вишим нивоима, као и заступљеност у трипартитним телима на нивоу републике, односно локалне самоуправе и територијалне аутономије. Закон о раду ће свакако подстаћи конкуренцију удружења послодаваца, јер је привредна комора изгубила монопол (и право) да се појављује у улози (и) социјалног партнера.

За разлику од упоредног права које по правилу предвиђа више критеријума, Закон о раду предвиђа само један критеријум за одређивање репрезентативности синдиката, односно удружења послодаваца – бројност чланства. За закључење колективног уговора код послодавца синдикат стиче репрезентативност ако је учлањено најмање 15% запослених, док за закључење колективног уговора на нивоу републике, јединице територијалне аутономије или локалне самоуправе, репрезентативност стиче синдикат у који је учлањено најмање 10% запослених у грани или делатности, односно на територији одређене територијалне јединице (члан 138. ЗР). Уколико синдикат или удружење послодаваца не испуњава услове за стицање репрезентативности за закључење колективног уговора о раду, Закон о раду упућује на сарадњу више мањих синдиката, односно удружења послодаваца који могу закључити споразум о удруживању ради стицања права на колективно преговарање и закључивање колективног уговора о раду (члан 140. ЗР).

Закон о раду упућује на сарадњу између конкурентских синдиката и удружења послодаваца, који су сваки за себе стекли својство репрезентативности, јер предвиђа да се на сваком нивоу организовања синдиката, односно удружења послодаваца може закључити само један колективни уговор о раду, тако да их Закон о раду упућује да образују само један, односно заједнички одбор за преговоре (члан 145. ст. 2. ЗР).

Најзад, Закон о раду подстиче и сарадњу између репрезентативних и нерепрезентативних синдиката, тако да у поступку преговарања ради закључења колективног уговора код послодавца, односно са синдикатом код послодавца у који је учлањено најмање 10% запослених, репрезентативни синдикат има обавезу да

оствари сарадњу са оваквим нерепрезентативним, али ипак респектабилним синдикатом (члан 145. ст. 4. ЗР).

Колективни радни спор поводом репрезентативности

Закон о раду садржи нову одредбу о надлежности суда за решавање и особене врсте колективних радних спорова – спорова о репрезентативности синдиката, односно репрезентативности удружења послодаваца (члан 141. ЗР). Истовремено, Закон о раду налаже надлежном суду да, сходно начелу хитности, реши спор у року од осам дана. Системско тумачење одредби Закона о раду и Закона о уређењу судова («Службени гласник РС», бр. 63-2001) упућује на закључак да је стварно надлежан суд за решавање ове врсте колективних (правних) радних спорова у првом степену не општински суд већ окружни суд. Наиме, Закон о уређењу судова изричито предвиђа да окружни суд решава спорове поводом колективних уговора. Према овај закон изричито не спомиње спорове о репрезентативности синдиката и удружења послодаваца, сходно правилима системског тумачења и законске аналогije, сматрамо да је спор о репрезентативности укључен у ширу категорију спорова поводом колективних уговора, који неизоставно укључују и спор о признавању права на колективно преговарање и закључивање колективног уговора о раду.

У другом степену по жалби на одлуку окружног суда о репрезентативности одлучује Апелациони суд, као нови суд предвиђен Законом о уређењу судова.

Колективни уговор – функција стандардизације

Од посебног значаја за конкуренцију јесте функција стандардизације коју имају колективни уговори о раду. Функција стандардизације омогућава послодавцу да планира, односно израчуна трошкове радне снаге за време важења колективног уговора о раду, посебно кад је у облигационом делу колективног уговора предвиђена клаузула социјалног мира (тзв. анти-штрајк и анти-локаут клаузула), што доприноси рационализацији пословне политике у погледу коришћења радне снаге (сегмент менаџмента људским ресурсима). Наиме, колективни уговор код послодавца се по правилу закључује за пословну годину (не за календарску годину, што је више карактеристично за колективне уговоре у одређеним сегментима јавног сектора). Функцији стандардизације посебно доприносе грански колективни уговори, посебно кад је у удружењу послодаваца учлањен велики број послодаваца у грани. На тај начин, функција стандардизације онемогућава нелојалну конкуренцију на основу (могућих) већих разлика у трошковима радне снаге послодаваца у истој грани (групи, подгрупи или делатности).

Проширење дејства колективног уговора – конкуренција

Значајну новину Закона о раду представља могућност проширења примене колективног уговора, на основу одлуке министра надлежног за послове рада. Дискрециона оцена министра за рад заснива се на утврђивању оправданости интереса

за проширењем важења колективног уговора поводом «остваривања економске и социјалне политике у републици» (члан 149. став 3. ЗР). Оцена оправданости интереса за проширење примене колективног уговора «и на послодавце који нису учествовали у закључивању колективног уговора» (чл. 149 ст. 3. ЗР) неизбежно је вазана за конкуренцију и функцију стандардизације услова рада коју имају колективни уговори. У циљу пре свега стандардизације трошкова радне снаге коју имају послодавци чланови удружења послодавца које је закључило колективни уговор о раду - на једној, и послодаваци који нису чланови удружења послодавца (и на које се не примењује закључени колективни уговор) – на другој страни, упоредно и наше позитивно право предвидело је могућност екстензије колективног уговора. Будући да су управо послодавци чланови удружења послодавца које је закључило колективни уговор посебно заинтересовани да се сузбије пракса да послодавци који нису чланови удружења извлаче конкурентске користи задржавањем знатно нижих трошкова пословања у погледу радне снаге (ниже зараде и друга примања), разумљиво је да се у упоредном праву управо удружења послодавца, а не само синдикати, јављају као иницијатори проширења примене колективног уговора на све послодавце (у грани, групи, подгрупи или делатности). И у нашем праву се предвиђа да је министар за рад дужан да, при доношењу одлуке о проширењу примене колективног уговора, «затражи мишљење од потписника колективног уговора чија се примена проширује» (чл. 149. ст. 4. ЗР), као и то да се одлука о проширењу примене објављује у службеном гласнику (чл. 149. ст. 5. ЗР).

Законски концепт права на штрајк – конкуренција

Законски концепт права на штрајк има свој одређени ефекат по конкуренцију, не само у националним оквирима. Наиме, без обзира на то што је право на штрајк сврстано у корпус основних (социјалних) права човека, у упоредном праву се јављају не мале разлике у законском концепту права на штрајк. Либералнији концепт права на штрајк не везује само за синдикате (као организаторе) који су стекли право на колективно преговарање и за интересне колективне радне спорове, већ право на штрајк признаје непосредно и одређеном броју (или већини) запослених, као и за случај правних колективних радних спорова. Рестриктивнији концепт права на штрајк остваривање овог основног социјалног права везује само за интересне (не и правне) колективне радне спорове, а право на организовање штрајка признаје се само синдикату који је стекао право на колективно преговарање. Разуме се да више или мање либералан законски концепт права на штрајк може да има (у контексту других околности економске, социјалне, правне, културно-традицијске природе) и значајније ефекте у погледу конкуренције. Ипак, ефекти штрајкова по конкуренцију још увек нису довели до тога да се комунитарним институцијама повери одговарајуће уређивање права на штрајк, односно још увек је питање права на штрајк (као и зарада, синдикалног удруживања) у искључивој надлежности држава чланица Европске уније. Повеља заједнице о основним социјалним правима радника (1989. год.) и Европска повеља о основним правима

(2000. год.), додуше, дају основне елементе права на штрајк (као основног права које се везује само за решавање интересних колективних радних спорова), али правна природа ових међународних инструмената упућује на закључак да већег степена хармонизације права на штрајк у оквиру Европске уније (у овој фази развоја социјалних интеграционих процеса) још увек нема.