

Марија ДРАГИЋЕВИЋ*

ПОЈАМ "ПРЕНОСА ПРЕДУЗЕЋА" У СМISЛУ ЕВРОПСКОГ РАДНОГ ПРАВА**

Резиме

Основна идеја радноправне регулативе која дефинише пренос предузећа је врло једноставна: пренос предузећа са једног правног субјекта на други не би требало да има никакве негативне последице по запослене. Задржавање права и обавеза из уговора о раду (укључујући и она који произилазе из колективних уговора) чини језгро заштите Директиве о преносу предузећа. Ова заштита има одређене празнине, а повремено се јављају нејасноће у погледу њеног нивоа. Неке празнине су последица чињенице да је обим одредби директиве нејасан - а неке су последица чињенице да су прописи у националним правним системима недовољно усклађени са одредбама Директиве. Највећа празнина у законодавству о заштити запослених јесте изостанак прецизне дефиниције појма "пренос предузећа", па упркос поплави судске праксе, овај појам и даље остаје нејасан. Аутор у раду анализира у чему се огледа тешкоћа дефинисања наведеног појма (а самим тим и обима примене Директиве), како је текао пут у постављању његових оквира и шта је препрека јаснијем дефинисању.

Кључне речи: пренос предузећа, пословање, економски ентитет, запослени

І Уводна разматрања

Почетком 70-их година прошлог столећа, пре креирања прве директиве о преносу предузећа, на европском нивоу је спајање предузећа било у експанзији. Да би предупредио ризике по запослене, Савет је усвојио социјално-политички акциони програм 21. јануара 1974. укључујући, *inter alia*, директиву која дефинише бенефите и потраживања приликом

* асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

спајања предузећа, као и мере рационализације.¹ Комисија је Савету поднела предлог за креирање Директиве 31. маја 1974. године на основу чл. 100 Уговора о оснивању Европске економске заједнице.² Након разматрања законске процедуре, Директива 77/187/ЕЕС о усклађивању закона држава чланица у смислу заштите права запослених у случају преноса предузећа, пословања или дела пословања је усвојена 14. децембра 1977. године („Оригинална Директива“).³

Пре усвајања „Оригиналне Директиве“ 1977. године, закони европских држава чланица о преносу предузећа били су различити, као и заштита која је понуђена "погођеним" запосленима.⁴ "Судбина" запослених у случају промене послодавца је, најчешће, била у рукама новог послодавца. Степен забринутости запослених варирао је у зависности од државе у којој је било седиште њиховог послодавца.⁵ То је зато што је свака држава чланица имала свој јединствени начин заштите права запослених у ситуацијама преноса предузећа.⁶ Док су неке земље чланице већ имале законе по ефектима сличне онима које је касније остварила Директива, друге нису. На пример, у Француској је још од 1928. године постављен захтев да се у случају промене правног положаја послодавца, која је резултат сукцесије, продаје или спајања, сви уговори о раду који постоје на дан преноса настављају између новог послодавца и радника у предузећу.⁷ Немачки законодавац је 1972. године усвојио закон који је штитио запослене у случају пре-

1 Council Resolution of 21 January 1974 concerning a social action programme, *Official Journal of the European Communities*, No C 13/1, 12. 2.1974.

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

3 Council Directive (77/ 187/EEC) of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, *Official Journal of the European Communities*, No L 61 /26, 5.3.77.

4 Marlene Frank, "The Rights of Employees in the Event of the Employer's Insolvency: A Comparative Approach to the Rights of Employees during Restructuring in the United States and Europe", *New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, 2005, Issue 1, 7.

5 *Ibid.*

6 Samuel Edwin Etukakpan, *Transfer of Undertakings: the Tension Between Business Rescue and Employment Protection in Corporate Insolvency*, PhD thesis, Nottingham Trent University, July 2012, 157.

7 *Ibid.* Интересантно је да је послодавац, а не запослени, био тај који је у случају *Nokes v. Doncaster Amalgamated* покушао да осигура аутоматско новирање уговора о раду у контексту преноса власништва над предузећем. Аргумент послодавца у том случају био је да би то омогућило купцу предузећа да има спремну радну снагу која ће наставити са производњом без прекида који би, иначе, био потребан како би се омогућило запошљавање нових запослених. Ioannis Skandalis, *Balancing Employer and Employee Interests: Legitimate Expectations and Proportionality under the Acquired Rights Directive*, PhD thesis, Trinity College, University of Oxford, July 2012, 10.

носа предузећа. Након усвајања Директиве 1977. године, одређени чланови немачког закона су били предмет измена и допуна, како би били у потпуности усклађени са европским захтевима.⁸ У Великој Британији, пак, пре доношења закона о заштити права радника током преноса предузећа, важило је правило да уговор о раду, као *intuitu personae* уговор, не може једнострано бити пренесен са једног послодавца на другог без сагласности запосленог лица које је уговор и потписало. Из тих разлога, промена послодавца је резултирала отпуштањем запосленог од стране послодавца који преузима предузеће, а законитост овог поступка зависила је од тога да ли су, приликом прекида уговора о раду, испуњене одредбе уговора.⁹

Дихотомија између континуитета и престанка уговора о раду запослених када дође до промене предузећа које их запошљава је престала од 1977. године, од када запослени у Европској унији уживају аутоматске трансфере уговора о раду заједно са другим „паралелним“ заштитама у трансферима пословања у државама чланицама.

"Оригинална Директива" је допуњена 1998. године („Допуњена Директива“)¹⁰, како би рефлектовала утицај интерног тржишта, промене националне регулативе у смислу реструктурирања предузећа која се суочавају са економским потешкоћама, као и праксу Суд правде Европске уније - даље у тексту Суда правде.¹¹ Обе Директиве су консолидоване у Директиву 2001/23/ЕС.

Директива 2001/23/ЕС пружа тродимензионални слој заштите: као прво, она штити запослене у случају промене послодавца на тај начин што дефинише да ће права и обавезе дефинисани уговором о раду бити пренети *ex lege* на лице које преузима предузеће на дан преноса (чл. 3); као друго, пренос предузећа не сме бити разлог за отпуштање запослених, било од стране претходног или будућег послодавца, осим у специфичним ситуацијама које су дефинисане у Директиви (чл. 4), и треће: она омогућава транспарентност у случају промене послодавца након преноса

8 G. Thüsing, 106.

9 John McMullen, *Business Transfers and Employee Rights*, Second Edition, Butterworth & Co (Publishers) Ltd, 1992, 3-4.

10 Council Directive 98/50/EC of 29 June 1998 amending Directive 77/187/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, *Official Journal of the European Communities*, L 201/88, 17.7.98.

11 Jo Hunt, "Success at last? The amendment of the Acquired Rights Directive", *European Law Review*, Vol. 24, 1999, 215-230.

на тај начин што обезбеђује информисаност и консултације са запосленима пре саме процедуре преноса предузећа (чл. 7). Директива не дефинише никакав посебан ниво заштите радног односа, већ једноставно гарантује да права запослених по постојећем радном односу неће бити угрожена преносом предузећа.

Чињеница да је Директива креирана у оквирима који су понекад толико нејасни и генерализовани учинила је да је њена примена све сем једноставна. Последични прилив великог броја захтева за доношењем прелиминарних пресуда, ставило је Суд правде, у незавидну позицију, имајући у виду да је морао да доноси одлуке на основу прописа који нису јасно дефинисали кључне концепте. Многи предмети које је Суд требало да реши су се тицали фундаменталних питања, као што су: Шта заправо представља пренос предузећа? Како применити одредбе о информисању и консултовању на претходну ситуацију? Да ли послодавац и запослени могу да се усагласе по питању одрицања од права која су дефинисана у Директиви? Решавања ових, и многих других фундаменталних питања је препуштено Суду правде, који је био „приморан да доноси тешке и комплексне одлуке“. Ове одлуке су још више отежане тензијом између захтева који се односе на заштиту радног односа и захтева да тржиште рада повећа флексибилност у околностима које намеће конкурентно окружење.

II Постојање "преноса предузећа"

Основни услов за примену Директиве 2001/23/ЕС је постојање процедуре преноса предузећа. Чл. 1 ст. 1 дефинише да се Директива примењује "на сваки пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања на другом послодавца, који је последица уговорног преноса или спајања предузећа". Историја законодавства Директиве о стеченим правима је показала да је дефиниција појмова „пренос предузећа, пословања, дела предузећа или дела пословања“ питање које је преокупирао већину националних судова и генерисало велики број референци.¹² Стога *Laulom* примећује да је „дефиниција обима Директиве, без сумње, била главно питање са којим се суочавају све проучене државе чланице“.¹³

12 I. Skandalis, 109.

13 Sylvaine Laulom, "The European Court of Justice in the dialogue on the transfers of undertaking: A fallible interlocutor?" *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice* (ed. Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, 148.

1. Концепти "предузеће" и "пословање"

"Вршењем својих активности, привредни субјекти у основи обављају одређено предузетништво (предузеће)".¹⁴ У правној теорији предузеће се, по правилу, не третира посебним субјектом права - не признаје му се правни субјективитет, већ се третира економском категоријом, као привредна активност - предузетништво. Појам предузећа јавља се као објект трговачког права или као елемент у дефинисању појма трговца. Пошто предузеће нема правни субјективитет, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа - делатности, а то може бити правно лице (привредно друштво) и физичко лице (предузетник).¹⁵ За пренос предузећа није довољно пренети само ствари, права и обавезе. Заправо је циљ преноса омогућити без прекида настављање делатности, тако да стицалац настави обављати делатности које је до тада обављао носилац.¹⁶

У самој Оригиналnoj Директиви 77/187/ЕЕС, опсег примене је ограничен на пренос предузећа, пословања или дела пословања, с тим да је у каснијој допуњеној Директиви 98/50/ЕС опсег проширен на делове предузећа. Поред коришћења појмова предузеће, пословање односно њихов део, који су сами по себи општи и неодређени, Допуњена Директива у циљу њихове допуне и разраде, уводи појам "економског ентитета" који задржава свој идентитет. Преносом се у смислу ове Директиве сматра "пренос економског ентитета који задржава свој идентитет, значи организовано груписање ресурса које има за циљ обављање привредне делатности, без обзира на то је ли та делатност главна или споредна".¹⁷

Ова одредба, међутим, није разјаснила ствари. *Hardy* -јев коментар на ову одредбу је да „таква необична дефиниција тежи само повратку заинтересованих у судску праксу и збрку која је окружује“.¹⁸ Како Оригинална Директива није дефинисала елементе који чине пренос предузећа,

14 Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Профинвест д.о.о. Београд, Београд, 2007, 39.

15 Наше законодавство и даље познаје појам "предузеће" коме признаје правни субјективитет. "Упоредо са приватизацијом друштвене и јавне својине и тиме условљеног облика "друштвеног" и "јавног" предузећа, правни појам предузећа код нас се мора довести у склад с хармонизованим значењем, чиме привредно друштво неће бити облик предузећа, већ носилац предузећа". Вид. више: М. Васиљевић (2007), 40.

16 Nada Bodiroga Nada, Hana Horak, "Radni odnosi kod statusnih promjena u europskom pravu", *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 24, br. 1, Rijeka, 2003, 398.

17 Директива 98/50/ЕС, чл. 1, ст. 1(б). Исту формулацију задржала је и Директива 2001/23/ЕС.

18 Stephen Hardy, "The Acquired Rights Directive: A case of economic and social rights at work", *Legal Regulation of the Employment Relation*, (eds H. Collins, P. Davies, R. Rideout), Kluwer, London, 2000, 485.

овај задатак је био препуштен судовима, који су своје пресуде доносили ослањајући се на циљеве дефинисане у Директиви. Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права, због чега су се јављале бројне спорне ситуације. С тим у вези, у пракси Суда правде је, с правом, отворено питање поузданих критеријума за квалификацију преноса предузећа.¹⁹ Тумачењем сидске праксе закључује се да пренос предузећа постоји ако су кумулативно испуњена два услова: да је дошло до промене послодавца и да је очуван идентитет предузећа.²⁰ Притом, прављење лингвистичке разлике међу појмовима „предузеће“ и „пословање“ је, по ставу Суда, потпуно ирелевантно, јер је и најмањи део ентитета дела предузећа садржан у концепту „предузеће“, „пословање“ или „део пословања“.²¹

а) Промена идентитета послодавца

Прва претпоставка примене Директиве је да је у радном односу дошло до промене правног или физичког лица, које је одговорно за вођење пословања и које преузима обавезе које послодавац има према запосленима у одређеном предузећу. До наведене промене може доћи као резултат правног посла или фузије предузећа. Ниједан од ова два концепта није дефинисан у Оригиналnoj Директиви, те је судовима препуштено да дају њихову дефиницију. Суд је усвојио функционални критеријум, узимајући либералне ставове као полазну тачку разматрања преноса, чиме су избегнуте бројне дебате и позивање на техничке детаље. Фокус је, дакле, на суштинском питању - да ли је пословна активност реално пренета или не. Уколико је пренос предузећа наступио као последица потписивања уговора којим се управљање предузећем преноси са једног лица на друго, Суд не улази у детаље ефеката таквог преноса.²²

1) Уговорни пренос

Пренос правним послом је Директивом експлицитно предвиђен као једна од правних могућности за промену послодавца. Ради се о

19 Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2016, 481.

20 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, Issue 3, 2007, 313.

21 G. Thüsing, 107.

22 Philippa Watson, *EU Social and Employment Law - Policy and Practice in an Enlarged Europe*, Oxford University Press, 2009, 186.

разноврсним неименованим уговорима трговинског права којима се могу креирати различите форме повезивања привредних друштава, које су каткад блиске тим друштвима, али се, за разлику од њих, не региструју и правни профил им се претежно прави на уговорној основи (уговор о дугорочној производној сарадњи, уговор о картелу, уговор о конзорцијуму, уговорни *joint venture* итд.).²³ Имајући у виду одређена неслагања у смислу лингвистичких верзија члана 1(1) и разлике у правним системима држава чланица у контексту интерпретације концепта уговорног преноса, Суд правде је у случају *Abels*²⁴ сматрао да члан 1(1), па самим тим и опсег примене Директиве, не може бити детерминисан само на основу текстуалне интерпретације, већ на основу синергије одредби Директиве и одредби националног законодавства.

Интерпретација појма правног преноса (енгл. *legal transfer*) Суда правде је либерална, те је у пракси овог суда искристалисан став да овај појам укључује не само трансфер на основу уговора између послодавца претходника и послодавца следбеника, већ и по другим основима: по основу престанка лизинга, преноса или повлачења субвенција од стране државног органа, преноса субвенција на друго лице, подуговарања, "*outsourcinga*" и "*insourcinga*" или по основу уговора о привременим и повременим пословима.²⁵ Штавише, правни пренос се може извршити и у одсуству писаног или усменог уговора. Оно што је најважније је намера уговарача да изврше пренос, а не начин на који је то учињено.

Лизинг. - Одређене врсте лизинга се могу посматрати као пренос предузећа у оквиру интерпретације Директиве. Предмет *Ny Moelle Kro*²⁶ покренуо је дискусију око тога да ли, у оквиру тумачења Директиве, можемо говорити о преносу предузећа уколико власник изнајмљеног предузећа преузме управљање предузећем након раскида лизинга. Суд је сматрао да је чињеница да предузеће није променило власника потпуно ирелевантна.

23 Мирко Васиљевић, *Компанијско право - право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 510-511.

24 Пресуда у предмету C-135/83 (*H. B. M. Abels and The Administrative Board of the Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie* [Professional and Trade Association for the Metal and Electrotechnical Industries],) од 7. фебруара 1985. године (European Court Reports 1985 -00469).

25 Пресуда у предмету C-171/94 (*Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*) од 7. марта 1996. године (European Court Reports 1996, I-1253), Пресуда у предмету E-02/95 (*Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра од 1996. године [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1.

26 Пресуда у предмету C-287/86 (*Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark v Ny Mølle Kro*) од 17. децембра 1987. године (European Court Reports, 1987 -05465).

Запослени предузећа које промени управљача, с тим да не дође до промене власништва над предузећем, имају исти статус као запослени предузећа које је продато. У обе ситуације, запослени су изложени великом ризику, те им је неопходна правна заштита. Имајући у виду да је сврха Директиве заштита права запослених у случају промене послодавца (у смислу задржавања радног односа код новог послодавца у складу са истим условима рада који се дефинисани у уговору потписаном пре преноса), власништво над предузећем у овој ситуацији уопште није релевантно. Дакле, искључиво је промена физичког или правног лица које управља предузећем потенцијална иницијална каписла за позивање на одредбе Директиве.

У предмету *Berg*²⁷, Суд је донео одлуку да се Директива може применити када се предузеће пренесе као последица потписивања уговора о лизингу. Уколико се предузеће, које је предмет уговора о лизингу и куповини, врати оригиналном послодавцу након окончања уговора о лизингу, таква процедура се може сматрати преносом предузећа. Купац, дакле, јесте у овој ситуацији лишен статуса послодавца. Овај принцип се примењује, без обзира да ли је окончање уговора о лизингу и куповини било последица договора уговарача или једнострана одлука једног уговарача или пресуде Суда. У том случају, сматра се да је до преноса предузећа дошло на основу уговора: ...уколико купац предузећа, након потписивања уговора, постане власник.. пренос се мора посматрати као процедура која је последица законског преноса у смислу члана 1(1) Директиве, без обзира на чињеницу да је купац постао власник предузећа у тренутку када је у целости исплатио купопродајну цену...²⁸

Пренос субвенција. - Предмет *Dr Sophie Redmond Stichting*²⁹ тицао се преноса субвенција са једне фондације, која је пружала помоћ зависницима од наркотика, на другу фондацију која се бавила сличним активностима. Током процедуре разматрања да ли се овакав поступак може посматрати као пренос, Суд је заузео став да израз "правни пренос" обухвата ситуацију у којој јавни орган одлучује да укине субвенцију исплаћену једном правном лицу, због чега су активности тог правног лица у потпуности и дефинитивно укинуте, те да се пренесе другим правним лицима са

27 Пресуда у здруженим предметима C - 144 и 145/87 (*Harry Berg and Ivo Martin Besselsen (Case 144/87) and Johannes Theodoras Maria Busschers and Ivo Martin Besselsen (Case 145/87)* од 5. маја 1988. године (European Court Reports, 1988 -02559).

28 *Ibid.*

29 Пресуда у предмету C - 29/91 (*Dr Sophie Redmond Stichting and Hendrikus Bartol and Others*) од 19. маја 1992. године (European Court Reports, 1992 I-03189).

сличним циљем. Израз „пренос предузећа, бизниса или дела предузећа“ садржан у истом члану односи се на случај у којем је субјект у питању задржао свој идентитет. Да би се утврдило да ли је дошло до таквог трансфера, потребно је утврдити, имајући у виду све чињеничне околности које карактеришу предметну операцију, да ли су извршене функције уствари извршене или настављене од стране новог правног лица са истим или сличним активностима, при чему се подразумева да се активности посебне природе које чине независне функције могу, када је то прикладно, изједначити са пословањем или делом пословања у смислу Директиве.

Подуговарање. - Сама Директива се не бави детаљима подуговарања. Уколико извођач радова/предузимач коме је додељен уговор о пружању услуга (предузеће А) пренесе обављање услуга на подуговарача (предузеће Б), шта се дешава након окончања уговора са предузећем А и додељивањем уговора трећем предузећу Ц? Да ли се може говорити о преносу предузећа Б на предузеће Ц?³⁰ Суд правде је разматрао предмет *Temco Service Industries SA*³¹ и донео одлуку да члан 1 (1) Директиве мора бити тумачен тако да се Директива примењује на ситуацију у којој извођач радова који је поверио уговор за чишћење својих просторија првом предузећу, које је тај уговор пренело на подуговарача, раскинуо тај уговор и склопио нови уговор за обављање истог посла са другим предузећем. Трансакција није подразумевала пренос материјалне или нематеријалне имовине између првог предузећа или подуговарача и другог предузећа, али је друго предузеће преузело, на основу колективног уговора, део особља подуговарача. Услов за примену Директиве је да тако преузето особље чини суштински део, у смислу броја и вештина, особља додељеног од стране подуговарача извршењу подуговора.³²

„Outsourcing“ услуге и „insourcing“ услуге. - „Outsourcing“ одређених функција од стране предузећа које је обављало функције у оквиру својих интерних ресурса и пренос на друго предузеће је постало врло уобичајено у модерном пословању, како у приватном, тако и у државном сектору. Уколико предузеће коме је пренесена „outsourcing“ услуга задржи идентитет оригиналног предузећа, пренос се дефинише као процедура која спада у опсег Директиве, те се радни однос запослених који раде у

30 P. Watson, 191.

31 Пресуда у предмету C - 51/00 (*Temco Service Industries SA v Samir Imzilyen and Others*) од 24. јануара 2002. године (European Court Reports, 2002 I-00969).

32 *Ibid.*

оригиналној компанији може пренети новом предузећу са којим је потписан уговор о пружању „*outsourcing*“ услуга.³³

Пренос административних функција државне администрације.

- Реорганизација структуре државне администрације или пренос административних функција између државних институција не чини пренос предузећа у смислу одредби Директиве. Међутим, уколико се не ради о јавној управи, говори се о економском ентитету, чак и уколико је пренесена услуга уговорена од стране јавне управе, нпр. општине или предузећа које управља јавним превозом. Тако, Суд правде је сматрао да је потребно примењивати Директиву на пренос активности које укључују помоћ зависницима од наркотика, а које углавном обављају фондације, тј. правна лица која немају за циљ стицање профита. Директива се, такође, примењује, у случају преноса активности које укључују помоћ лицима која припадају рањивим групама, преноса обавеза пружања телекомуникационих услуга са јавне управе на приватну компанију коју је основала државна институција која поседује њен целокупан капитал, као и случају преноса активности које се тичу општине са непрофитне асоцијације на општину.

2) Спајање

Осим уговорног преноса предузећа, Директива се примењује и на случајаве спајања предузећа. Иницијално је сматрано да је Директива посматрала спајање предузећа у оквиру одредби које дефинише Трећа директива заснована на члану 54(3) (г) Уговора о спајању јавних друшта-

33 Предмети *Hernandez Vidal* и *Sanchez Hidalgo and Ziemann*³³ тичали су се „*outsourcing*“ услуга, али и, по први пут у судској пракси - „*insourcing*“ услуга. У оба предмета, уговори о пружању услуга су додељени од стране државних институција, с тим да су исти окончани и додељени дугом пружаоцу услуга. Наведеним предметима покренуто је питање да ли одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима искључује примену Директиве. Суд је закључио следеће: "одсуство уговорног односа између лица које преноси предузеће и лица које исто преузима може бити доказ да до преноса није дошло у смислу одредби ове Директиве, али никако не представља коначни став суда да се Директива не може примењивати и да се радници не могу заштити". Види: Пресуда у здруженим предметима *C-127/96, C-229/96* и *C-74/97* (*Francisco Hernández Vidal SA and Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez and Contratas y Limpiezas SL (C-127/96), and between Friedrich Santner and Hoechst AG (C-229/96), and between Mercedes Gómez Montaña and Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe) (C-74/97)* од 10. децембра 1998. године (European Court Reports, 1998 I-08179) и Пресуда у здруженим предметима *C-173/96* и *C-247/96* (*Francisca Sánchez Hidalgo and Others and Asociación de Servicios Aser and Sociedad Cooperativa Minerva (C-173/96), and between Horst Ziemann and Ziemann Sicherheit GmbH and Horst Bohn Sicherheitsdienst (C-247/96)* од 10. децембра 1998. године (European Court Reports, 1998 I-0823

ва са ограниченом одговорношћу (78/855/ЕЕС)³⁴, чији члан 12 дефинише да ће се "заштита запослених који су предмет спајања дефинисати у складу са Директивом о преносу предузећа (77/ 187/ЕЕС)". Европски парламент и Веће Европске уније је 5. априла 2011. године донели Директиву о спајањима привредних друштава (2011/35/EU)³⁵ Трећа директива ЕУ. Ова Директива дефинише спајање у случају преузимања и у случају оснивања новог друштва. Према одредбама Треће директиве ЕУ „спајање преузимањем” је поступак у којем једно или више друштава престаје постојати без ликвидације и преноси на друго друштво сву своју активу и пасиву, у замену за издавање друштва преузиматеља деоничарима друштва или друштава која су предмет преузимања и, зависно од случаја, новчану накнаду која не прелази 10% номиналне вредности тако изданих деоница, или када те деонице немају номиналну вредност, њихове књиговодствене вредности.³⁶ „Спајање оснивањем новог друштва” се дефинише као поступак у којем више друштава престаје постојати без ликвидације, а сва њихова актива и пасива се преносе на друго друштво које она оснивају у замену за издавање деоница тог новог друштва деоничарима друштва или друштава која се спајају и, зависно од случаја, новчану накнаду која не прелази 10% номиналне вриједности тако изданих деоница или, ако те деонице немају номиналну вриједност, њихове књиговодствене вриједности.³⁷ Закони држава чланица могу одредити да се спајање преузимање и оснивањем новог друштва, такође, могу извршити када је једно или више друштава која се спајају у поступку ликвидације, под условом да је та могућност ограничена на друштва која још нису започела с расподелом имовине својим члановима.³⁸ Нова компанија, која настаје као резултат спајања, преузима позицију пренете компаније или припојених компанија путем универзалног правног наслеђа, те правни следбеник наслеђује права и обавезе које проистичу из уговорног односа.

34 Third Council Directive (78/855/EEC) of 9 October 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty concerning mergers of public limited liability companies, *Official Journal of the European Communities*, No. L 295/36, 20.10.78.

35 Directive 2011/35/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 concerning mergers of public limited liability companies (codification), *Official Journal of the European Union*, L 110/1, 29.4.2011 - Трећа директива ЕУ. У 6. рециталу преамбуле Треће директиве наведено је да се заштита права запослених у случају спајања друштава или делова друштава тренутно остварује у складу са Директивом 2001/23/ЕЗ.

36 Трећа директива ЕУ, поглавље II, чл. 3 ст. 1.

37 Трећа директива ЕУ, поглавље II чл. 4 ст. 1.

38 Трећа директива ЕУ, поглавље II чл. 3 ст. 2 и чл. 4 ст. 2.

б) Очување идентитета "економског ентитета"

Друга претпоставка за примену Директиве, складно пракси Суда правде, је "очување идентитета економског ентитета". Овај услов је испуњен ако нови послодавац обезбеди да предузеће, обављањем истих или сличних активности, настави или поново започне пословање (након привременог прекида). То не значи да се заштита пружа само у случају да су привредне активности идентичне, већ је довољно да су сличне. Прецизирању овог услова доприноси јуриспруденција Суда правде. У случају *Spijkers*³⁹, Европски суд правде је нагласио да би, за процену очувања идентитета предузећа требало узети у обзир све околности које чине процедуру преноса. Суд је навео седам критеријума који су од суштинске важности за разматрање ове проблематике:

1. врста предузећа или пословања⁴⁰;
2. пренос материјалне имовине⁴¹;

39 Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (European Court Reports 1986, 1119).

40 Приликом разматрања врсте предузећа, потребно је направити јасну дистинкцију између *предузећа која се ослањају на имовину* (материјалну и нематеријалну) и *предузећа која се искључиво ослањају на рад*, имајући у виду да немају значајну имовину. Оваква процена предузећа се користи за одређивање степена важности других критеријума. Пренос материјалне имовине, нпр. просторија и опреме је мање релевантно за предузеће које се фокусира на рад и пружање услуга, с тим да нематеријална имовина (*know-how* или преузимање запослених) може бити од изузетне важности за таква предузећа. Код предузећа која се ослањају на имовину (тј. предузећа која користе скупе машине - аутомобилска индустрија), материјална имовина се посматра као кључни фактор, те је процедуре преузимања запослених мање важна. Ronald M. Beltzer, "The Transfer of Undertakings and the Importance of Taking Over Personnel – A Vicious Circle", *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 23, Issue 1, 2007, 143-144.

41 Материјална имовина подразумева зграде, просторије, машине, опрему, намештај и возни парк. Случај *Güney-Görres* је покренуо питање да ли би требало узети у обзир материјалну имовину уколико иста није пренета за независну комерцијалну употребу. Суд правде је заузео став да се чак и средства која нису пренета за независну комерцијалну употребу морају разматрати у предмету. Суд је сматрао да критеријум који се односи на независну комерцијалну употребу не може бити извучен из контекста Директиве 2001/23/ЕС, имајући у виду да је циљ Директиве заштита запослених приликом промене власништва над предузећем. Имовина која се не користи за независне комерцијалне сврхе мора бити узета у разматрање приликом свеобухватне процене. Након пресуде у овом предмету одустало се од критеријума независне комерцијалне употребе, те се сада, приликом одређивања идентитета предузећа, узима у обзир и имовина која се не користи за независну комерцијалну употребу. Пресуда у здруженим предметима C-232/04 и C-233/04 (*Nurten Güney-Görres and Gul Demir v Securicor Aviation (Germany) Ltd and Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG*) од 15. децембра 2005. године (European Court Reports 2005 I-11237).

3. пренос нематеријалне имовине⁴²;
4. да ли је већина запослених пренета или не⁴³;

42 Нематеријална имовина укључује права на лиценце, *know-how*, права дистрибуције, итд. Примера ради, уколико се ради о предузећу које се бави активностима у области музичке индустрије или фармацеутског развоја, наведена нематеријална имовина представља имовину која је од суштинске важности за обављање основних активности. Paul Buggy, "Transfer of Undertakings Law: Back to Confusion", *Northern Ireland Legal Quartely*, Vol. 52, No. 1, 2001, 98.

43 Приликом процене да ли је ентитет задржао свој идентитет, питање релевантности преузимање радне снаге је решавано од стране Европског суда правде, при чему су најчешће анализирани и критиковани његови ставови заузети у два предмета: *Christel Schmidt* и *Ayşe Sützen*. У предмету *Christel Schmidt*, банка, која је имала неколико филијала, унајмила је предузеће за чишћење које је имало задатак да чисти просторије банке. Банка је отпустила *Christel Schmidt* која је била раније унајмљена од стране саме банке да чисти њене просторије. Компанија за чишћење је понудила да запосли госпођу *Schmidt* под неповољнијим условима, што је *Christel Schmidt* одбила. Уместо тога, она је покренула процедуру против компаније која ју је иницијално запослила и оптужила их за незаконито отпуштање. Током процедуре није дошло до преноса материјалне или нематеријалне имовине, већ је само *Christel Schmidt* преузета, како би обављала исте пословне задатке. Пресуда у предмету C-392/92 (*Christel Schmidt and Spar- und Leihkasse der fruheren AEmter Bordes-holm, Kiel und Cronshagen*) од 14. априла 1994. године (European Court reports 1994 I-0131) Пре разматрања предмета *Schmidt*, судска пракса је посматрала пренос радне снаге као правну последицу преноса предузећа, те пренос радне снаге није био пресудан приликом одређивања чињеничног постојања преноса. Европски суд правде је 14. априла 1994. године донео одлуку да је преузимање радне снаге довољан доказ преноса предузећа, чак и уколико није дошло до преноса било какве имовине. Заштита права запослених чини суштински део и основу Директиве, те не може зависити само од разматрања једног фактора. Суд није прихватио примедбу да је само једно запослено лице било погођено преносом, јер је циљ Директиве заштита запослених приликом процедуре преноса предузећа, без обзира на број запослених лица која су погођена преносом. Случај *Schmidt* је отворио нове расправе. Национални судови у Француској, Италији и нарочито Немачкој су неповољно реаговали на ову одлуку, и то не само зато што је била у супротности са постојећом националном праксом, већ, пре свега, што се оваквим ставом Европског суда није заштитио интерес Заједнице. Штитећи запослене спречава се реструктурирање унутар заједничког тржишта на терет послодавца. Paul Davies, "Transfer of undertakings", *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice* (ed. Silvana Sciarra), Hart Publishing, Oxford, 2001, 138. У Немачкој, где је *Schmidt* одлука добила највећу отворену критику, судови су се определили за експлицитан дијалог са Европским судом упућујући му друге сличне случајеве, са додатним аргументима, који су заправо сутерисали да би требало да промени своју претходну одлуку. Иако је оваква техника критикована због тога што указује на одређени степен нелојалности Европском суду, одлуком у предмету *Ayşe Sützen* немачко правосуђе је добило награду за своју упорност. P. Davies, 138.

Као и предмет *Schmidt*, и предмет *Ayşe Sützen* се тичао компаније која пружа услуге чишћења просторија. Школа је доделила уговор за чишћење просторија новој компанији за чишћење, а претходни послодавац *Ayşe Sützen* је отпустио раднике који су радили на пословима чишћења школе. Дакле, запослени и имовина нису преузети од стране новог послодавца. Европски суд правде је пресудио да чињеница да је активност предузећа настављена није довољна да би се подржао закључак да се догодио пренос предузећа. Идентитет предузећа које се не ослања само на имови-

5. пренос клијената⁴⁴;
6. степен сличности основних активности⁴⁵, и
7. период на који су основне активности прекинуте или суспендоване⁴⁶.

ну се заснива на радној снази, управи, начину на који је посао организован и оперативне методе. Одлучујући фактор је да ли је преузет значајан део радне снаге (у смислу броја запослених лица и вештина). Пошто се у овом предмету то није догодило, дакле - није се догодио ни пренос предузећа. „Губитак уговора о пружању услуга од стране конкуренције не може указивати на постојање преноса у смислу Директиве. У овим околностима, предузеће коме је претходно додељен уговор не престаје да постоји након што изгуби клијента, те се пословање или део пословања не може сматрати пренетим уколико се уговор додели новом предузећу“. Пресуда у предмету C-13/95 (*Ayse Süzen and Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH, party joined*) од 11. марта 1997. године (European Court reports 1997, I-01259). Тако је Европски суд правде у случају *Süzen*, донекле, изменио свој ранији став. Овде се, међутим, не сме превидети значајна чињеница да је у предмету *Schmidt* госпођа *Schmidt* била једина радница која је чинила персонал дела фирме. Тако да, ипак, чини се, постоји "консеквентна некосеквентност у пресудама" Европског суда, што је и извазвало најжешће расправе. N. Bodigora, H. Horvak, 402.

- 44 Пренос базе клијената може бити важан фактор у очувању идентитета предузећа. Конвенционални начин преноса базе клијената подразумева пренос датотеке са подацима о клијентима. Примера ради, уколико говоримо о кантини која не функционише на независној, комерцијалној основи, судска пракса не сматра кориснике кантине као базу клијената директора предузећа, већ као уговорну страну која учествује у процедури доделе уговора. Након пресуде у предмету *Güney-Görres*, према којој пренос материјалне имовине не зависи од њене независне комерцијалне употребе, питање одржавања овакве судске праксе је постало прилично дискутабилно. У данашње време, судска пракса не узима у разматрање независну комерцијалну употребу приликом одређивања врсте пословања, те се овај критеријум не може ни узети у обзир приликом одређивања преноса базе клијената. G. Thüsing, 107.
- 45 Сличност између основних делатности није, сама по себи, довољна за очување идентитета предузећа. У супротном би свако наслеђивање функције чинило пренос предузећа. По правилу, пренос базе клијената се подудара са сличношћу између основних делатности, јер база клијената обично остаје иста када је сврха предузећа непромењена. Суд је у предмету *Dr Sophie Redmond Stitching* разматрао ситуацију у којој је део активности пренет на друго предузеће. У овом предмету је фондација, која је пружала помоћ и социјално-рекреативне активности зависницима од наркотика, затворена. Новооснована фондација је наставила да пружа подршку зависницима, с тим што је пружала само услуге помоћи. Суд је сматрао да Директива покрива пренос предузећа и дела предузећа, те да се ово може поистоветити да обављањем независних активности специјалне врсте.
- 46 Последњи критеријум који Европски суд правде разматра тиче се периода током ког је основна делатност предузећа суспендована. Наставак пословања се разликује од затварања предузећа, тј. коначне одлуке да се предузеће затвори трајно, прецизније - на неодређен временски период. Овај период се не може прецизно дефинисати, јер зависи од тога да ли нови послодавац може профитирати од пословања старог предузећа, тј. да ли је старо предузеће у процедури ликвидације или не. По мишљењу Европског суда правде, затварање и поновно отварање предузећа је сасвим очекивано уколико се ради о основној делатности која се обав-

Ниједан од ових критеријума се не може посматрати појединачно, већ само као један од фактора свеобухватне процене. Концепт „очување идентитета“ је дакле типолошки: ниједан од горе наведених критеријума, сам по себи, не чини концепт „пренос предузећа“. Одлучујући елеменат је чињеница да ли је функционална организација преузета, тј. да ли лице које преузима предузеће наставља већ разрађени бизнис. Међутим, уколико се формира нова структура предузећа, онда се идентитет истог не задржава, чак иако се неизмењен пословне активности настављају.⁴⁷ Суд правде се у случају Klarenberg⁴⁸ изјаснио да се Директива примењује чак и у случају када део пренетог предузећа не задржава организациону аутономију, под условом да је очувана функционална веза између елемената пренете производње, те да таква веза даје за право лицу на које је предузеће пренето да користи те елементе како би обављао идентичну или сродну економску активност.⁴⁹ Многи стручњаци су тврдили да је оваква пресуда веома проблематична, наводећи да је идентитет предузећа представља идентитет његове организације. Уколико је организација другачија, другачије је и предузеће.⁵⁰

III Пренос дела предузећа

Поред преноса предузећа односно пословања, Директива се примењује и на пренос дела предузећа или дела пословања, чак и у случају да се део пренетог предузећа бави пратећим/додатним активностима које нису директно повезане са основном делатношћу предузећа. У предмету *Watson Rask*⁵¹, компанија *Philips* је поверила управљање своје 4 канине компанији *ISS*. Адвокат је сматрао да Директиву не би требало примењивати у случају када се активност која није директно повезана са основном делатношћу предузећа повери другој компанији. Међутим, Суд није прихватио овакву интерпретацију: ... "уколико власник предузећа уговором повери вођење дела свог предузећа, нпр. канине, другом предузећу... таква врста трансакције је у надлежности Директиве... Чињеница да се

вља сезонски, па самим тим и не долази до губитка идентитета економског идентитета. У случају да се ради о трговинама на мало, кључни елемент је то да ли везе са клијентима опстају без обзира на прекид обављања активности.

47 G. Thüsing, 109.

48 Пресуда у предмету C - 466/07 (*Dietmar Klarenberg v Ferrotron Technologies GmbH*) од 12. фебруара 2009. године (European Court Reports 2009 I-00803)

49 *Ibid.*

50 G. Thüsing, 110.

51 Пресуда у предмету C-209/91 (*Anne Watson Rask and Kirsten Christensen and ISS Kantineservice A/S*) од 12. новембра 1992. године (European Court reports 1992, I-05755).

врши пренос пратеће/додатне активности предузећа која није директно повезана са основном активношћу предузећа не може бити основа за искључивање такве врсте аранжмана из опсега надлежности Директиве. Уговор између власника који преноси и новог власника који преузима предузеће подразумева пружање услуга за које се плаћа накнада, те се самим подпада под надлежност Директиве..."

IV Закључак

Директива 2001/23/ЕС бави се судбином запослених након преноса предузећа. У том контексту, она гарантује континуитет њиховог запослења када се промени идентитет послодавца. Међутим, тридесет година након усвајања "Оригиналне Директиве", јасно је да је она креирана не само као мера заштите запослених, већ као инструмент помирења интереса запослених за очување стечених права и интереса послодавца за остварењем економских циљева. Управо је ова сложена улога која јој је додељена и тешкоћа помирења опречних интереса запослених и послодавца, чини се, била главни узрок сто су формулације које садржи толико нејасне, а главни појмови недефинисани. Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права. Суд правде је у својим одлукама развијао принципе који ће бити засновани на Директиви, а који ће дати основне смернице националним судовима у смислу примене Директиве у специфичним ситуацијама. Међутим, тумачење и примена директиве отежани су недостатком чврсте теоријске и концептуалне основе која би помогла у разграничењу обима и граница њене примене. Стога је судска пракса постала заробљена у све сложенијим формулацијама.

Свеукупно гледано, питање које је изазвало највећу контроверзу је значење термина "пренос предузећа". Централност овог питања произилази из чињенице да примена Директиве са својом пуном строгошћу зависи од тога да ли постоји релевантан "пренос предузећа". У својим одлукама Суд је развио различите тестове који су имали за циљ да дају одговор на наведено питање. С времена на време, ревидирао је своје ставове, што је за резултат имало дискутабилну правну сигурност, али и жестоке дебате између институција Заједнице, Суда правде и националних судова. Основни концепти су, наводно, интерпретирани много либералније него што је то иницијално планирано када су државе чланице прихватиле примену Директиве, те је много пута било критика на рачун претераног судског активизма.

Напред наведено наводи на закључак да перспектива у тражењу одговора на питање обима примене Директиве 2001/23/ЕС не би требало да буде заснована на "трансфер-тесту", као што се ради у већини академских текстова, већ на идентификовању основних концептуалних идеја које Директива настоји да оствари. Пребацивањем нагласка академских дебата са "трансфер-теста" и преусмеравањем фокуса на основне циљеве Директиве, судовима се може помоћи у постизању резултата који су у складу са регулаторном сврхом Директиве.

Marija DRAGIĆEVIĆ, LL.B.

Assistant, Faculty of Law, University of Niš

THE TRANSFER OF UNDERTAKINGS IN TERMS OF EUROPEAN LABOUR LAW

Summary

The basic principle underlying the Directive on transfers of undertakings (Council Directive 2001/23/EC1), dating from 1977 and amended in 1998, is that employees are protected against the possible negative consequences of transfer of the undertaking in which they are employed. The retention of rights and obligations under the employment contract (including those resulting from collective agreements) forms the core of the protection offered by the directive. This protection has certain gaps, and ambiguities occasionally arise with regard to the level of this protection. Some are due to the fact that the scope of a provision of a directive is unclear and some are due to the fact that the regulations in the national legal systems are insufficiently in keeping with the provisions of the directive. The largest lacuna in employee protection legislation is probably the fact that, despite a flood of case law and a definition in the current directive, the term 'undertaking' is still unclear. After years of discussion the Acquired Rights Directive, which has been the source of much confusion and misunderstanding, has been amended. Unfortunately, the new Directive does little more than follow the approach of the European Court of Justice and has done little to make matters more certain. This article examines the definitions of a transfer of an undertakings and argues why they are not inadequate.

Key words: *transfer of undertakings, business, economic entity, employee*