

Стојан МИЋОВИЋ, LL.M (Heidelberg)*

УГОВОРНА КАЗНА КАО СРЕДСТВО УЧВРШЋЕЊА ОБАВЕЗЕ ЗАПОСЛЕНОГ

Резиме

Уговорна казна није установљена као могућност додатног обезбеђења, односно учвршћења обавезе запосленог у радноправном законодавству Републике Србије, док је у радноправној пракси скоро непозната. Када се уговара, углавном се наводи као износ накнаде штете коју запослени треба да исплати послодавцу у случају повреде клаузуле забране конкуренције, иако је пуноважност таквог споразума упитна. Са друге стране, институту уговорне казне у радним односима је традиционални елемент европско-континенталног правног круга. У чланку се анализира примена института уговорне казне у радном праву, однос уговорне казне и новчане казне као дисциплинске санкције, њена дозвољеност са становишта важећег Закона о раду Републике Србије, као и оправданост увођења и детаљнијег регулисања овог института у радноправном законодавству.

Кључне речи: уговорна казна, новчана казна, обавезе запосленог, радна дисциплина, дисциплинска одговорност,

I Увод

Споразум о уговорној казни као обезбеђење, односно учвршћење обавезе запосленог, на први поглед српском поимању радног права страни институт, заправо је традиционални елемент уговорног односа послодавца и запосленог у европско-континенталним правним системима и честа појава у пословној пракси европских држава. Некада се овај институт изричито регулише у радноправном законодавству, а некад се примењује позивајући се на општи пропис о облигационим односима. У Немачкој,¹ Аустрији,² Швајцарској³ и Француској⁴ је дозвољен споразум

* Адвокат у оод „Дражић, Беатовић & Стојић“

о уговорној казни као средство учвршћења обавезе запосленог. Општи облигационоправни прописи пружају законски основ за примену уговорне казне у радном праву, с тим што се неретко прописују и специјалне одредбе само за радноправну област.⁵ Однос послодавац - запослени се не може упоредити са класичним облигационим односом поверилац-дужник, па регулисање и примена уговорне казне у радним односима не може да буде иста као кад се ради о класичном облигационоправном односу. Запосленог одредбе о уговорној казни због слабијег положаја теже погађају него обичног дужника, па се због тога прописују специјалне одредбе о уговорној казни у радном праву.⁶

Обавезе запосленог у развијеним привредама су таквог карактера да њихово кршење може проузроковати озбиљне последице по послодавца и његове пословне интересе, због чега се прибегава додатном механизму учвршћења његове радне дисциплине. У професионалном спорту још већу примену има институт уговорне казне, а у овом раду на одређеним местима ћемо упућивати и на спортско право будући да професионални спортиста заснива радни однос са спортском организацијом закључењем уговора о раду.⁷ Уговор између професионалног фудбалера и клуба европских националних лига се и не може замислити без спора-

-
- 1 Palandt Otto, Grüneberg Christian, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2010, 553-555. Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, München 2011, 94-95. Manfred Weiss/Marlene Schmidt, *Labour Law in Germany*, Wolter Kluwer 2010, 89, Tobias Leder/Sascha Morgenroth, „Die Vertragsstrafe im Formulararbeitsvertrag“, *NZA* 2002, 952. Manfred Löwisch, *Arbeitsrecht*, Werner Verlag, 2007, 213.
 - 2 Theo Mayer-Maly, Franz Marhold, *Österreichisches Arbeitsrecht I*, Wien New York, 94. Martin E. Risak, *Labour Law in Austria*, Wolter Kluwer 2010, 66, 80, 133, 142.
 - 3 Manfred Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern 1999, 76. Berenstein Alexandre, Mahon Pascal, Dunand Jean.Philippe, *Labour Law in Switzerland*, Wolter Kluwer 2011, 104, 155, 166.
 - 4 *Иако је дозвољена, у Француској ипак није уобичајено прописивати уговорну казну у уговору о раду. Céline Kammerer, Nadja Roß-Kirsch*, *Arbeitsrecht in Frankreich: Rechtssicheres HR-Management für Unternehmer, Anwälte und Berater, Strasbourg/Paris 2017, 67, 214.*
 - 5 У Аустрији се уз примену чл. 1336 Аустријског грађанског законика (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie StF: JGS Nr. 946/1811*) уговорна казна у радноправној области се делимично регулише и у чл. 38 Закона о раду са правилом о овлашћењу суда да умери уговорну казну (*Bundesgesetz vom 11. Mai 1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz) StF: BGBl. Nr. 292/1921 (NR: GP I 19, 50 AB 322 S. 36.) Berücksichtigter Stand der Gesetzgebung: 08.09.2017*).
 - 6 Groß Dominik, *Vertragsstrafen des Arbeitnehmers und Grenzen ihrer Vereinbarungsfähigkeit*, Hamburg 2004, 4.
 - 7 Thomas Geiser, „Arbeitsverträge mit Sportlern“, *Sport und Recht*, Bern 2007, 79-111. Закон о спорту („Сл. гласник РС”, бр. 10/2016) чл. 13 ст. 1 и 3.

зума о уговорној казни. То је разумљиво, јер је улог клуба и спонзора толико велики да обичан апарат дисциплинских санкција у радном праву није довољан да се обезбеди максимално залагање спортисте како на спортском игралишту тако и ван њега. Уговорна казна у спортском праву је предмет и многих арбитражних спорова.⁸

Уговорна казна није установљена као могућност додатног учвршћења обавезе запосленог у радноправном законодавству Републике Србије, а у радноправној пракси је скоро непозната. И када се примењује, уговорна казна углавном се уговора као износ накнаде штете коју запослени треба да исплати послодавцу у случају повреде забране конкуренције, с тим што до сада судска пракса није проверавала дозвољеност оваквог института, док је са нашег становишта пуноважност таквог споразума више него упитна.⁹ Сем тог примера, уговорна казна се не уговара за кршење других радних обавеза запосленог. Традиционално везивање радног права за јавно право је утицало на то да сама помисао примене класичног облигационоправног института у радном праву буде страна, па је отуда и разумљиво што до сада уговорна казна као учвршћење обавезе запосленог није наишла на рецепцију у радноправном законодавству и у радноправној пракси Србије, али на ширу расправу у стручној јавности.

Прихватајући поделу на средства обезбеђења и средства учвршћења потраживања, а имајући у виду да уговорна казна представља додатну обавезу запосленог у случају да не изврши уредно своју обавезу, терминолошки је исправније окарактерисати уговорну казну као средство учвршћења потраживања,¹⁰ па смо се определили за тај термин.

II Примена уговорне казне у радном праву

Уговорна казна у радном праву има за циљ да учврсти обавезу запосленог на поштовање радне дисциплине и извршење радних обавеза. Обавезе запосленог не подлежу принудном извршењу, па је уговорна

8 *Случај фудбалског клуба Војводина и играча Almani Samori Da Silva Moreira, Arbitration CAS 2014/A/3555 FC Vojvodina v. Almani Samori Da Silva Moreira, award of 18 December 2014, <https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3555.pdf>, 24.02.2019. Види текм: Despina Mavromati, How CAS deals with excessive contractual penalties in football, <https://www.lawinsport.com/topics/articles/item/how-cas-deals-with-excessive-contractual-penalties-in-football> 24.02.2019.*

9 За став да судска пракса није проверавала овај институт аутор се ослања на извор судске праксе правне базе *Параграф лекс*.

10 Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015, 18, 412, 467.

казна најефикасније средство за њихово учвршћење.¹¹ Обавезе запосленог које су обезбеђене уговорном казном могу се временски простирати и на период после престанка радног односа, што је случај са обавезом чувања тајности података и поштовања клаузуле забране конкуренције, али и на период пре ступања на рад а после закључења уговора о раду. У Немачкој, Аустрији и Швајцарској се углавном, али не искључиво, прописује уговорна казна у следећим случајевима:

1) ако запослени не ступи на рад у року приписаном уговором о раду, или неоправдано изостане са посла,

2) ако се запослени не придржава одредби уговора о раду о престанку радног односа, тако што нпр. откаже уговор о раду пре времена на који је закључен, неоправдано откаже уговор о раду или се не придржава отказног рока,

3) због повреда уговора о раду од стране запосленог, односно због некавалитетно урађеног посла односно извршене обавезе од стране запосленог,

4) ако се запослени не придржава клаузуле о поверљивости података,

5) ако запослени прекрши клаузулу забране конкуренције.¹²

Сагледавајући примере примене уговорне казне, произлази да се њоме, између осталог, обезбеђује обавеза да запослени одређени временски период ради код послодавца. У упоредном праву постоји једна битна разлика код уговора о раду на одређено време у односу на решење српског законодавца. Уговор о раду на одређено време се у Србији може раскинути било када од стране запосленог, односно време на које се запошљава запослени не представља фиксни период пре којег запослени не може, без последица, својом вољом издејствовати престанак радног односа. За разлику од српског решења, у упоредном праву уговор о раду на одређено време успоставља обавезу запосленог да одређени период ради код послодавца, тако да га не може пре истека времена отказати без

11 M.Weiss/M.Schmidt, 89.

12 M.E. Risak, 66, 80, 133, 142, B.Alexandre, M. Pascal, D. J.Philippe, 155, O. Palandt, C. Grüneberg, 553-554. Beissenkötter, Bernard, *Arbeitsvertragsbruch durch den Arbeitnehmer –Schadensersatz und Vertragsstrafe*, Münster 1997, Bettina Sabara, „Die Konventionalstrafe“, *Aktuelles Recht zum für Dientsverhältnis*, Heft 6073/2010, Wien, 5-7. M.Rehbinder, 166. Пресуда OLG Wien 16.09.2009, 10 Ra 43/09f, Пресуда OGH 5.6.2008, 9 ObA 10/08y, Пресуда OLG Wien 8 Ra 258/98u v. 12.02.1999. LAG Naamm, NZA-RR2001, 524, BAG NZA 2009, 1337; BAG, NZA 2009, 370, BAG, NZA 1992, 215.

санкције. Због тога се и прописује уговорна казна за случај да запослени превремено откаже уговор о раду.¹³

У спортском праву примена уговорне казне је још већа. Професионални спортиста је уговором обавезан на одређено понашање ван спортских активности, тако да се мора придржавати одређеног начина исхране, не сме узимати допинг,¹⁴ не сме се кладити, не сме рушити репутацију клуба, не сме рекламирати друга лица,¹⁵.

-
- 13 Рад на одређено време је према Закону о раду гаранција послодавцу да запосленог не мора да ангажује после истека тог времена, али му није гаранција да ће запослени радити тај период на који се запошљава. У одређеним привредним областима такво решење је изразито неповољно за послодавце. У сектору информационих технологија послодавци ангажују висококвалификоване стручњаке на одређено време – за време док траје одређени пројекат. Како уговор о раду на одређено време није сметња да запослени било када откаже уговор, то послодавци трпе губитке јер их запослени по добијању бољих услова за рад од другог послодавца напусте на средини пројекта. Интерес послодавца за радом одређеног запосленог није занемарљив, а исто као и запослени, и послодавац жели сигурност у погледу континуитета рада. То посебно важи за послодавце који ангажују запослене на одређено време због рада на одређеним пројектима. Губитак послодавца у случају отказа запосленог за време трајања пројекта може бити погубан за послодавца и зато послодавац има интерес да запослени тачно онолико времена ради колико траје пројекат, као и да предузме све оне радње које су предвиђене пројектом. У случају отказа запосленог у време трајања пројекта, послодавац може имати трошкове у погледу налажења новог запосленог истих квалификација, који би брзо могао да преузме улогу у раду на одређеном пројекту. Ситуација у сектору информационих технологија се не односи на све области тржишта рада, али је ипак показатељ да послодавци који улажу у запослене, који улажу у њихово образовање и усавршавање нису заштићени – јер запослени могу када год желе да напусте пројекат и да откажу уговор о раду.
- 14 Rainer Cherkeh, "Vertragsstrafenklauseln zu Dopingsachverhalten in Sponsoringverträgen", *Scimus – Sport und Management*, Jena 2/2015, 17-23.
- 15 Класичне обавезе фудбалера једног прволигаша јесу: 1) да игра фудбал за клуб, да све своје способности знање и вештине користи у прилог клуба, да у свом понашању избегава све што би могло штетити угледу клуба, 2) да се придржава тренерових упутстава и налога, да води рачуна о здравом начину живота и одржавању спортске форме, 3) да учествује у свим такмичењима и тренинзима, да присуствује на свим договорима играча и тренера, на осталим активностима у вези са припремом за утакмице и такмичења, укључујући и путовања у земљу и иностранству превозним средством које одреди клуб, 4) да се спортски понаша према свим лицима која учествују на утакмици или тренингу, 5) да не учествује у другим фудбалским активностима које не произлазе из овог уговора (осим учешћа у активностима националне репрезентације), као ни у другим потенцијално опасним активностима које му није одобрио клуб и које осигурање клуба не покрива, 6) да се директно или индиректно не клади на спортским кладионицама на утакмице у којем учествује клуб, 7) да се редовно подвргава лекарском прегледу и лечењу, 8) да не угрожава репутацију клуба и фудбала, 9) да рекламира спонзоре по налогу клуба, при чему рекламирање других правних и физичких лица није допуштено без сагласности клуба, 10) да долази на све спортске и комерцијалне

III Ништавост споразума о уговорној казни између послодавца и запосленог

Институт уговорне казне у радном праву одликује све оно што карактерише уговорну казну као општи облигационоправни институт, па се у недостатку посебних одредби у радноправном законодавству примењују опште одредбе облигационог права, а то важи и када је реч о ништавости. Анализирање ништавости уговорне казне у радним односима превазилази оквире овог рада, па ћемо само указати на поједине случајеве ништавости забележене у немачкој и делом у аустријској судској пракси.

У Немачкој се уговор о раду посматра као потрошачки уговор (*Verbrauchervertrag*), па се примењују и одредбе Немачког грађанског законика (у даљем тексту: БГБ-а)¹⁶ које имају за циљ заштиту потрошача, а пре свега одредбе о општим условима пословања из чл. 305 - 310 БГБ-а.¹⁷ Иако је забрањено да уговорна казна буде део општих услова пословања у складу са чл. 309 ст. 1 тач. 6 БГБ-а, према оцени Савезног радног суда та одредба сама за себе не утиче на уговорну казну која је део уговора о раду,¹⁸ ако споразум о уговорној казни није у супротности са осталим ограничењима које налажу одредбе о општим условима пословања

Следствено томе, споразум о уговорној казни који је неубичајен, са којим запослени није могао да рачуна и који је неочекиван, неће се применити сходно чл. 305ц ст. 1 БГБ-а. То важи за споразум о уговорној казни који је написан изразито малим словима, на скривеном и непрегленом месту у формулару уговора.¹⁹ Споразум о уговорној казни може бити ништав и због повреде начела транспарентности из чл. 307 ст. 1 тач. 2 БГБ-а.²⁰

Уговорном казном је дозвољено учврстити обавезу запосленог на поштовање отказног рока, али је споразум о уговорној казни ништав када представља непримерено отежавање позиције запосленог, па је недозвољено да се кроз уговорну казну спречи отказ уговора о раду од стране запосленог или да се значајно отежа. Неоправдано оптерећивање

манифестације клуба. Пример уговора о професионалном игрању, Фудбалски савез Србије, http://www.fss.rs/documents/ugovor_o_profesionalnom_igranju.pdf, 01.01.2019.

16 Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist. Dieter Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, Tübingen 2010, 198-202.

17 D. Leipold, 110-113, 198-202.

18 M.Weiss, M.Schmidt, 89.

19 BAG, BeckRS 2009, 56447.

20 BAG, Uretil v. 14.8.2007 – 8 AZR 973/06 (LAG Köln).

запосленог води ка ништавости уговорне казне, при чему се врши процена оправданих интереса послодавца са врстом уговора о раду и радним местом запосленог.²¹

За пуноважност споразума о уговорној казни мора да постоји оправдан интерес послодавца да одређене чинидбе запосленог додатно учврсти претњом примене уговорне казне. То важи када према редовном току ствари нечињење запосленог проузрокује штету послодавацу а тешко је доказати и измерити. Обавезе запосленог које су обезбеђене уговорном казном морају да буду јасне, уговорна казна не сме да буде у несразмери са зарадом и уговорна казна не сме да непримерено или неправично отежава право на отказ запосленог. Овај услов за примену уговорне казне има за циљ да спречи послодавца да наметне уговорну казну као средство учвршћења споредних обавеза запосленог.

Уговорна казна је ништава ако није јасна и разумљива,²² јер запослени мора унапред да зна под којим околностима ће бити дужан да исплати уговорну казну и које конкретно повреде уговора ће бити санкционисане уговорном казном. Споразум о уговорној казни је без дејства и када представља једно претерано обезбеђење за послодавца, а што се цени према свим околностима случаја. Тако је без дејства одредба да је запослени дужан да плати уговорну казну у износу од троструке зараде за сваку појединачну повреду обавезе забране конкуренције,²³ или када се уговорна казна односи на све обавезе запосленог.²⁴

Према немачкој судској пракси непримерено висока уговорна казна сама по себи води ништавости споразума о уговорној казни, без обавезе суда да је умери, ослањајући се на чл. 307 ст. 1 БГБ-а.²⁵ То не значи да суд нема овлашћења да умери уговорну казну, што ће се десити ако суд сматра да је пуноважна али да је уговорна казна висока. Овлашћење суда да високо прописану уговорну казну може да окарактерише као ништаву и да је уопште не примени, у пракси има за циљ да послодавци сноси ризико превише опширних и високих уговорних казни, рачунајући да ће је суд свакако умерити ако нађе да је превисока. На тај начин се

21 B. Beissenkötter, 1997, 119.

22 Thüsing, Gregor, *AGB-Kontrolle in Arbeitsvertrag*, München 2007, 38. Odluka BAG, 8 AZR 425/04, BAG, NZA 2006, 34.

23 BAG, NZA 2006, 34.

24 BAG, NZA 2005, 1053.

25 Aretz, *Stephanie*, *Allgemeine Geschäftsbedingungen im Arbeitsvertrag*, 1. Auflage, Lohmar/Köln 2006, 163. G. Thüsing, 166. BAG, NZA 2004, 727, BAG NZA 2011, 89.

дисциплинују послодавци, који унапред морају да воде рачуна о висини прописане уговорне казне.

Када суд оцени да висина уговорне казне није несразмерно висока, те да уместо санкције ништавости треба да је умери, суд има у виду све околности случају ради оцене висине примерене уговорне казне, као што су: сразмерност уговорне казне, имовинске и социјалне околности запосленог, као и имовинске околности послодавца, врста и обим кривице запосленог у погледу повреде уговорне обавезе, висина штете при чему је стварна штета доња граница, а важан критеријум је и однос између висине уговорне казне и висине штете.²⁶ На примерену висину уговорне казне утиче и околност да ли је послодавац уложио у усавршавање запосленог у току радног односа.²⁷ Куриозитета ради, има случајева у Аустрији и да је суд умањио уговорну казну на нулу²⁸ у случају скривљеног превременог отказа при чему није настала никаква штета за послодавца.

IV Однос уговорне казне и новчане казне као дисциплинске санкције

Дисциплинска санкција је врста правне санкције утврђена законом или другим општим актом, која се изриче у дисциплинском поступку против запосленог који својом кривицом учини повреду радне обавезе, односно дисциплине понашања.²⁹ Новчана казна као врста дисциплинске санкције је уклоњена из радноправног законодавста Републике Србије 2001. године,³⁰ да би се повратила новелама Закона о раду из 2014.године.³¹ Постоји теорија да новчана казна има правну природу уговорне казне,³² међутим иако сличан, овај институт ипак показује знатне разлике у односу на институт уговорне казне. Према чл.179а Закона о раду послодавац може запосленом за повреду радне обавезе или непоштовање радне дисциплине у смислу члана 179. ст. 2. и 3. закона да, ако сматра да постоје олакшавајуће околности или да повреда радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине, није такве природе да запосленом треба да престане радни однос, уместо отказа уговора о раду, изрекне новчану казну у висини до

26 В. Sabara, 5,

27 Пресуда OLG Wien 30.03.2000. 7 ra 383/99s.

28 Пресуда ASG Wien 19.09.2003, 33 Cga 40/03y, В. Sabara, 6.

29 Бранко Лубарда, *Увод у радно право*, Београд 2014, 261.

30 Закон о раду, "Службени гласник РС", бр. 70/2001, 73/200.

31 Закон и изменама и допунама Закона о раду "Службени гласник РС", број 75/14.

32 В. Лубарда, 262.

20% основне зараде запосленог за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до три месеца, која се извршава обуставом од зараде, на основу решења послодавца о изреченој мери. При томе, кад се стекну законски услови за отказ уговора о раду због повреде радне обавезе, дискреционо је право послодавца да одлучи хоће ли запосленом отказати уговор о раду или се определити за неку другу меру.³³

Упоређујући институт уговорне казне нормиран у чл. 270 - 276 Закона о облигационим односима и институт новчане казне из одредбе чл. 179а Закона о раду произлази да постоји девет разлика и то у виду 1) основа примене, 2) опсега примене, 3) односа према отказу, 4) начина наплате, 5) могућности наплате, 6) висине, 7) рока у коме се може истичати, 8) основу одговорности и 9) природе института.

Прва разлика је у основу примене. Новчана казна је успостављена законом, док се основ примене уговорне казне налази у самом уговору, јер су одредбе Закона о облигационим односима у којем је дефинисан институт уговорне казне диспозитивне природе. Сходно институционалној концепцији радног односа, запослени никако не могу да избегну примену новчане казне на њихов уговорни однос са послодавцем,³⁴ док је уговорна казна у домену слободе уговарања, па запослени, у зависности од преговарачке позиције, може утицати на висину уговорне казне, али и на списак обавеза чија повреда активира примену уговорне казне, све у складу са уговорном концепцијом радног односа.

Друга разлика је у опсегу примене. Новчана казна се изриче само у случају када запослени прекрши радну обавезу или не поштује радну дисциплину за време радног односа. У том погледу уговорна казна је свеобухватнија, јер се њоме санкционишу и други поступци запосленог. То је случај када рецимо запослени по престанку радног односа повреди обавезу поштовања клаузуле забране конкуренције или обавезу чувања тајности података. Примена је још шира у уговорима са професионалним спортистима, код којих се уговорном казном може санкционисати повреда обавеза које нису у непосредној вези са спортском активношћу, као што је случај са рекламирањем спонзора.

Трећа разлика се уочава у односу на отказ уговора о раду од стране послодавца. Новчана казна као дисциплинска мера је алтернатива отказу и послодавац може изрећи новчану казну уместо отказа. Уговорна

33 Пресуда ВКС Рев. 1186/13 од 19.03.2014.

34 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд 2013, 179.

казна је независна од отказа уговора о раду па послодавац може отказати уговор о раду и упоредо са тим тражити уговорну казну.

Четврта разлика је у начину наплате. Новчана казна као дисциплинска санкција се наплаћује принудно и вансудски,³⁵ ускраћивањем дела зараде запосленом. За досуђивање уговорне казне у случају да је запослени добровољно не прихвати, потребно је водити парнични поступак, а ради наплате досуђене уговорне казне и извршни поступак.

Уско са тиме је повезано и питање саме могућности за наплату новчане казне и уговорне казне, што чини пету разлику. Наплата новчане казне је извесна, јер је послодавац, заобилазећи прописе о принудном извршењу, дакле без судске одлуке или пристанка запоселног, наплаћује обуставом зараде на основу решења о изреченој новчаној казни. Тиме се положај запосленог знатно отежава, а послодавац има привилегован положај у односу на све повериоце, па тако и бољи положај у наплати потраживања новчане казне него на пример дете у наплати потраживања на име издржавања од родитеља сходно чл. 292 Закона о извршењу и обезбеђењу. Са друге стране наплата уговорне казне зависи од имовинских могућности запосленог у тренутку правноснажности решења о извршењу, што може бити, имајући у виду трајање парница у Србији, и 4-5 година од учињене повреде која активира примену уговорне казне.

Шеста разлика се огледа у висини. Висина уговорне казне није ограничена на 20% зараде, као што је то случај са новчаном казном, али ипак није ни неограничена због овлашћења суда да је умери. У пракси Савезног радног суда Немачке важи правило да уговорна казна за случај непоштовања отказног рока не може бити већа од уговорене бруто месечне зараде, с тим што се примереност уговорне казне мери према конкретној повреди уговора, дужини отказног рока, али и висини настале штете.³⁶ У случају кршења забране конкуренције и поверљивости података, висина уговорне казне се не мери према наведеним критеријумима, али свакако је суд може умерити.³⁷ Неретко судска пракса и у другим државама успостави одређене смернице у погледу висине уговорне казне која се мери у односу на висину зараде.³⁸

35 Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд 2015, 417.

36 BAG, 8 AZR 645/09,

37 BAG Az. 8 AZR 344/03.

38 B.Alexandre, M. Pascal, D. J.Philippe, 155.

Седма разлика се тиче рока у коме се може тражити уговорна казна, односно донети решење о новчаном кажњавању. Будући да је везана за повреду радне обавезе и непоштовање радне дисциплине, као и да представља алтернативу отказу, рок за изрицање новчане казне износи шест месеци од учињене повреде.³⁹ Са друге стране, застарелост потраживања уговорне казне прати рок који је везан за застарелост главног потраживања сходно чл. 369 Закона о облигационим односима, што се не може применити јер радноправни прописи не познају застарелост обавезе запосленог. У аустријском праву за истицање уговорне казне према запосленом важи или општи рок од три године, или покадкад, специјални рок од шест месеци.⁴⁰

Осма разлика је у основу одговорности. Код дисциплинске одговорности одговара се по основу кривице, па запослени одговара и у случају обичне непажње.⁴¹ Са друге стране, запослени као дужник уговорне казне се може ослободити одговорности доказивањем да није одговоран за повреду уговорне обавезе, што подразумева да запослени као дужник треба да докаже околности које искључују његову одговорност, односно да се ради о околности која је наступила после заључења уговора, да дужник ту околност није могао да спречи, отклони или избегне,⁴² Без разматрања питања да ли се ради о субјективној, субјективно-објективној или објективној одговорности, како се у теорији квалификује уговорна одговорност,⁴³ довољно је да констатујемо да запослени као дужник уговорне казне одговара и у оним случајевима када се не би могла изрећи новчана казна.

Девета разлика се огледа у природи института. Новчана казна као дисциплинска санкција нема одштетну функцију. Она је као и друге дисциплинске мере усмерена на кажњавање запосленог који својим понашањем угрожава функционисање радне средине, али и на корекцију његовог понашања и одвраћање од понављања учињених повреда.⁴⁴ Са друге стране, уговорна казна има двоструку природу, јер има и пеналну

39 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2.731/15 од 11.05.2016.

40 У Аустрији рок за истицање уговорне казне није јединствен, већ ако не постоји специјално правилно од 6 месеци, као када се ради о повреди одредби о престанку радног односа, примењује се општи рок од 3 године сходно чл. 1489 АБГБ-а. Пресуда OGH 9 Ob A 4/96 v. 27.03.1996. В. Sabara, 6.

41 Б. Лубарда, 247.

42 Д. Хибер, М. Живковић, 441.

43 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Београд 2013, 45 и даље.

44 Љ. Ковачевић, 177. Љубинка Ковачевић, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском Закону о раду“, *Правна ријеч*, 42/15, 519.

функцију уз коју иде и корективна функција, али и функцију накнаде штете.⁴⁵

V Дозвољеност споразума о уговорној казни између послодавца и запосленог

Да ли је уговорна казна у уговору о раду дозвољена? *Prima facie* – нема разлога да се наведено питање одговори одречно. Уговорна казна је општи институт за обезбеђење односно учвршћење неновчане обавезе, а Закон о раду га не искључује, па је споразум о уговорној казни, чини се, дозвољен. Међутим уговорна казна има двоструку функцију – функцију накнаде штете и пеналну функцију, па одговор на питање њене дозвољености ипак треба тражити, са једне стране, у садржини прописаних санкција за непоштовање радне обавезе и радне дисциплине, и са друге стране, у садржини одредби о одговорности за штету запослених, а у светлу правила да положај запосленог не може да буде неповољнији од онога који је прописан Законом о раду. Наиме, према Закону о раду превиђено је да су ништаве одредбе уговора о раду којима су утврђени неповољнији услови рада од услова утврђених законом (*начело повољности за запослене*).⁴⁶ Због тога сматрамо да је преурањено мишљење у стручној литератури према којем је дозвољено прописати уговорну казну за случај повреде клаузуле забране конкуренције.⁴⁷

Закон о раду не помиње институт уговорне казне, већ у чл. 163 дефинише накнаду штете и последице у случају повреде радне обавезе или радне дисциплине, са одређивањем услова за одговорност запосленог у погледу степена кривице и начина утврђивања штете, док за само непоштовање радне дисциплине Закон о раду прописује дисциплинске мере (чл. 179а). Због императивности Закона о раду ниједан други пропис или правни акт који би на другачији начин одредио положај запосленог у случају повреде радне обавезе, непоштовања радне дисциплине или накнаде штете се не може применити. Управо се применом института уговорне казне положај запосленог драстично мења, остварује се одштетна и пенална функција, али се императивне одредбе о накнади штете и дисциплинској одговорности запосленог прописане Законом о раду заобилазе.

45 Д. Хибер, М. Живковић, 468-472.

46 Б. Лубарда, 52-53. Закон о раду ("Службени гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 (Одлукa Уставног суда), чл. 9 ст. 2.

47 Иван Тодоровић, „Клаузула забране конкуренције“, *Радно-правни саветник*, број 9/2016, Београд 2016, 9.

Уговорна казна се може захтевати без обзира на околност постојања штете, па и у случајевима када она уопште не постоји, што представља *differentia specifica* овог института.⁴⁸ Дужник се може ослободити одговорности доказивањем да није одговоран за повреду уговорне обавезе, што подразумева да запослени као дужник треба да докаже околности које искључују његову одговорност, односно да се ради о околности која је наступила после закључења уговора, да дужник ту околност није могао да спречи, отклони или избегне.⁴⁹ То свакако значи да, у случају постојања споразума о уговорној казни запослени, супротно правилима о накнади штете из чл. 163 ЗОР, одговара послодавцу и ако штета не постоји и не може се ослободити одговорности ако докаже да је штета настала због обичне непажње, чиме можемо да констатујемо да се институтом уговорне казне на штету запослених заобилазе императивне одредбе о накнади штете.

Уговорном казном се заобилазе и одредбе о дисциплинској одговорности запосленог. Износ који се потражује на основу уговорне казне може бити доста виши од износа новчане казне као дисциплинске санкције. Уговорном казном је обухваћено и непоштовање оних обавеза за које се не може изрећи новчана казна нити отказати уговор о раду. Поред тога, уговорна казна није замена за отказ, већ послодавца упоредо са отказом – као најригорознијом дисциплинском санкцијом којој престаје радни однос – може захтевати и уговорну казну, па чак и ако никаква штета не постоји, чиме се заправо примењују две мере са истом функцијом.

Уговорна казна, дакле, има за циљ да учврсти радну дисциплину запосленог, али ипак није дисциплинска санкција нити подлеже ограничењима која су везана за дисциплинску власт послодавца. Уговорна казна послодавцу олакшава накнаду штете, али се накнада штете применом уговорне казне остварује у супротности са одредбама о одговорности запосленог за накнаду штете. При томе, уговорна казна није везана ни за један од ова два института већ се примењује независно и упоредо. Следственом томе, уговорном казном се у корист послодавца, а на штету запосленог, заобилазе императивне одредбе у погледу дисциплинских санкција и накнаде штете у радним односима и због тога споразум о уговорној казни не може бити дозвољен, све док се у Закону о раду изричито не пропише као могућност.

48 Д. Хибер, М. Живковић, 450-451.

49 Д. Хибер, М. Живковић, 441, М. Караникић Мирић, 45.

VI Оправданост увођења института уговорне казне у радноправно законодавство Републике Србије

Из позиције послодаваца новчана казна као дисциплинска санкција и правила одговорности за штету показују слабости у односу на институт уговорне казне. Са друге стране, институт уговорне казне више одговара правној сигурности и заштити запосленог од новчане казне као дисциплинске санкције, па се може закључити да овај институт недостаје у радноправном законодавству и да постоје добри аргументи у корист увођења овог института у радноправно законодавство, како из угла послодаваца тако и из угла запослених.

За запослене институт новчане казне је неповољан због начина наплате. Вансудска наплата новчане казне је неповољност која значајно негативно утиче на положај запосленог. Ако запослени сматра да је новчана казна неоснована, то мора да доказује у судском поступку, поништавајући решење о новчаном кажњавању у року од шездесет дана. Вансудском наплатом новчане казне – обуставом зараде у висини новчане казне - заобилазе се правила о заштити зараде и поступку извршења. Послодавцима се даје право на заплenu зараде, без судске одлуке и без сагласности запосленог, а чиме се изигравају принудни прописи, пре свега Закон о извршењу и обезбеђењу. Тиме се послодавци привилегују чак и у односу на повериоце са приоритетом у наплати потраживања сходно одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (дете у наплати потраживања издржавања). Уговорна казна, са друге стране, мора да се тражи у судском поступку, при чему суд има овлашћења да уговорну казну умери, а послодавац је не може наплатити вансудски, већ искључиво у судском извршном поступку, поштујући првенство привилегованих поверилаца из Закона о извршењу и обезбеђењу.

Друга мана новчане казне са становишта запослених јесте реална отежаност њеног оспоравања. Запослени су принуђени да истрпе новчану казну од 20% зараде, и то ће пре учинити, него да њеним оспоравањем испровоцирају послодавца на отказ или на лошије услове рада (што није редак случај у пословној пракси). Практично се новчана казна показала као „бич послодавца“, са непостојањем реалних, или постојањем врло малих могућности за оценом законитости решења о новчаној казни, што свакако није била интенција законодавца. Злоупотреби новчане казне доприноси свакако и велика незапосленост, што се свакако мора имати у виду у политичко-правној оцени да ли је одређени институт подобан за српске прилике. По протеку рока од шездесет дана решење о новчаном

кажњавању се више не може оспоравати, па и када би се запослени одлучио на оспоравање овог решења, рок је толико кратак да су заправо запослени често онемогућени да је оспоравају. Оспоравање овог решења се може десити када запослени брзо после решења о новчаном кажњавању добије отказ, па у ситуацији када нема шта да изгуби уз захтев за поништај решење о отказу тражи и поништај решење о новчаном кажњавању.

Трећа мана се огледа у немогућности да се из уговорног односа послодавца и запосленог избегне примена новчане казне као дисциплинске санкције, чиме се послодаваци додатно привилегују. Са друге стране уговорна казна је предмет слободе уговарања, тако да запослени у току преговарачког процеса који претходни запослењу могу да наметну своје захтеве у погледу уговорне казне, што неће бити ретка ситуација у случају потражње тржишта за одређеним кадром. Једнострано наметање новчане казне као дисциплинске санкције није својствено приватном праву,⁵⁰ па се због тога и ретко налази у упоредном праву.

Упоређујући разлике између института уговорне казне и новчане казне, произлази да је институт уговорне казне много мање подобан за злоупотребу него новчана казна. Како год да се уговори уговорна казна подлеже судској контроли у погледу пуноважности и висине а реализација, у случају недостатка пристанка запосленог, не може се остварити без судског поступка и не постоје друге препреке које онемогућавају оспоравање уговорне казне. Поред веће могућности злоупотребе новчане казне, сам легитимитет такве дисциплинске мере је споран, пре свега због алиментационог карактера зараде и начела да се за обављени рад мора исплатити зарада. Због тога је и разумљиво што институт новчане казне као дисциплинске санкције није универзалан институт радног права те да га познаје мањи број држава.⁵¹ Следствено томе, сматрамо да је у радним односима примена уговорне казне оправданија од новчане казне, бар са становишта запослених.

Оправдање за законско регулисање уговорне казне постоји и са становишта послодавца. Уговорном казном се ефикасније санкционише шири круг радњи у односу на постојећи механизам дисциплинских санкција. Уз то, институт уговорне казне у радном праву има све оне предности које карактерише и општи институт уговорне казне у односу на

50 В.Аlexandre, М. Pascal, D. J.Philippe, 104.

51 Љубинка Ковачевић, „Уређивање дисциплинске одговорности у оквиру института престанка радног односа: особено номотехничко и/или концепцијско решење у српском Закону о раду“, *Правна ријеч*, 42/15, 518, Слободанка Ковачевић-Перић, Горан Обрадовић, „Легитимност новчане казне као дисциплинске санкције“, *Право и привреда*, 10-12/2014, 15

накнаду штете, јер послодавац не мора да доказује да је штета уопште настала. У аустријском праву уговорна казна се може захтевати и од новог послодавца који је деловао супрото добрим обичајима и навео запосленог да повреди клаузулу забране конкуренције.⁵² Са развојем тржишта и конкуренције, као и са повећањем запослености, долази до изражаја интерес послодавца да што је могуће више учврсте обавезу запосленог на поштовање клаузуле забране конкуренције и на чување пословне тајне. Са тим долази и већа заинтересованост привреде за применом института уговорне казне у радним односима.

Анализирајући институт уговорне казне као средство учвршћења обавеза запосленог, чини нам се да српском радном законодавству недостаје такав институт, као и да примена института уговорне казне у односу послодавац – запослени има више легитимитета од новчане казне као дисциплинске санкције и због тога предлажемо афирмацију уговорне концепције радног односа оличене у следећем:

1. да се у радноправно законодавство уведе институт уговорне казне,
2. да се пропишу посебне одредбе у односу на општи режим уговорне казне из Закона о облигационим односима, и то:
3. да се пропише посебан рок за истицање захтева за уговорном казном, на пример шест месеци од сазнања за повреду уговорне обавезе,
4. да се пропишу посебни критеријуми ништавости уговорне казне,
5. и да се примена уговорне казне ограничи само на повреду битних радних обавеза као и на битне повреде радне дисциплине,

IX Закључак

Споразум о уговорној казни као средство учвршћења обавезе запосленог је традиционални елемент уговорног односа послодавца и запосленог у европско-континенталним правним системима и честа појава у пословној пракси европских држава. Обавезе запосленог у развијеним привредама су таквог карактера да њихове повреде могу проузроковати озбиљне последице по послодавца и његове пословне интересе, док овај институт наилази на још већу примену у професионалном спорту. Прописује се углавном, али не искључиво, ако запослени не ступи на рад у року приписаном уговором о раду, или неоправдано изостане

52 Пресуда OGH 18.02.2003, 4 Ob 290/02d, B. Sabara, 6.

са посла, ако се запослени не придржава одредби уговора о раду о престанку радног односа, тако што нпр. откаже уговор о раду пре времена на који је закључен, неоправдано откаже уговор о раду или се не придржава отказног рока, па чак и када је отказни рок дужи од законског, у случају отказа од стране послодавца због повреде уговора о раду од стране запосленог, ако се запослени не придржава клаузуле о поверљивости података и ако запослени прекрши клаузулу забране конкуренције. Супротно упоредним решењима, према српском радноправном законодавству није дозвољено прописивати уговорну казну као средство учвршћења обавезе запосленог. Закон о раду је на императиван начин одредио могуће санкције за повреду радних обавеза и непоштовање радне дисциплине од стране запосленог, а уз то је на императиван начин уредио одговорност запосленог за штету. Са друге стране, уговорна казна има за циљ да учврсти радну дисциплину запосленог али ипак није дисциплинска мера. Уговорна казна послодавцу олакшава накнаду штете, али ипак је сукобу са одредбама о одговорности запосленог за штету. Дакле, уговорном казном се у корист послодавца, а на штету запосленог, заобилазе императивне одредбе у погледу дисциплинске одговорности и накнаде штете у радним односима и због тога споразум о уговорној казни не може бити дозвољен. Из позиције послодаваца, новчана казна као дисциплинска санкција и правила одговорности за штету показују слабости у односу на институт уговорне казне. Уговорном казном се ефикасније санкционише шири круг радњи у односу на постојећи механизам дисциплинских санкција. Уз то, институт уговорне казне у радном праву има све оне предности које карактерише и општи институт уговорне казне у односу на накнаду штете, јер послодавац не мора да доказује да је штета уопште настала. Са друге стране, институт уговорне казне више одговара правној сигурности и заштити запосленог од новчане казне као дисциплинске санкције, јер подлеже судској контроли и наплата уговорне казне не може да уследи обуставом зараде већ само на основу судске одлуке. Због тога се може заључити да овај институт недостаје у радноправном законодавству и да постоје добри аргументи у корист увођења овог института у радноправно законодавство, како из угла послодаваца тако и из угла запослених. Због тога предлагемо афирмацију уговорне концепције радног односа, те да се у радноправно законодавство уведе институт уговорне казне, да се пропишу посебне одредбе у односу на општи режим уговорне казне, и то да се пропише посебан рок за истицање захтева за уговорном казном, на пример рок од шест месеци од сазнања за повреду уговорне обавезе, да се пропишу посебни критеријуми ништавости уго-

ворне казне и да се примена уговорне казне ограничи само на повреду битних радних обавеза и битне повреде радне дисциплине.

Stojan MIĆOVIĆ, LLM (Heidelberg)
Attorney at law in Law Office „Dražić, Beatović & Stojić“

CONTRACTUAL PENALTY AS A PERFORMANCE BOND FOR EMPLOYEE'S OBLIGATIONS

Summary

The contractual penalty has not been established as an option for additional security, i.e. the reinforcement of the employee's obligations in the labour and legal legislation of the Republic of Serbia, whereas it is practically unknown in labour and legal practice. When covered by a contract, the contract usually stipulates the amount of damages the employee is under the obligation to pay to the employer in the event of violation of non-compete clause, even though the validity of such an agreement is questionable. The contractual penalty is used in favour of the employer and to the detriment of the employee to circumvent the imperative clauses in terms of disciplinary liability and compensation of damages in labour relations and thus the contractual penalty clause cannot be permitted from the point of view of the Serbian law. On the other hand, the notion of contractual penalty in labour relations is a traditional element in the European and continental legal circle. This article analyses the application of contractual penalty in labour law, the relationship between the contractual penalty and fine as a disciplinary sanction, its permissiveness from the point of view of the applicable Labour Law of the Republic of Serbia, as well as the justifiability of introduction and detail regulation of this notion in the labour and legal legislation. The paper proposes the affirmation of the contractual concept of labour relations in terms of contractual penalty.

Key words: contractual penalty, fine, obligations of the employee, work discipline, disciplinary liability,