Mr. sc. Sandra Laleta

PRESTANAK UGOVORA O RADU

Doktorska disertacija

Mentor: prof. dr. sc. Željko Potočnjak

Zagreb, 2011.
SADRŽAJ

1. UVOD ............................................................................................................................................. 1

2. POJAM I GLAVNE ZNAČAJKE UGOVORA O RADU ................................................................. 5
   2.1. Pojmovno određenje ugovora o radu ..................................................................................... 5
   2.2. Oblik i sadržaj ugovora o radu ............................................................................................. 8
   2.2.1. Oblik ugovora o radu ........................................................................................................... 8
   2.2.2. Sadržaj ugovora o radu ..................................................................................................... 9
   2.3. Novi koncept ugovora o radu (od subordinacije k ekonomskoj ovisnosti?) ................. 11

3. POVIJESNI RAZVOJ ZAŠTITE RADNIKA OD NEŽELJENOG PRESTANKA
   UGOVORA O RADU ..................................................................................................................... 18
   3.1. Rad kao roba i doktrina o „radnom odnosu po izboru“ ....................................................... 18
   3.2. Pravo na rad .......................................................................................................................... 19
   3.3. Sigurnost radnog odnosa ........................................................................................................ 21
   3.4. Sukob zahtjeva i ownership of jobs ....................................................................................... 22
   3.5. Otkaz zbog ekonomskih razloga i otkaz zbog opravdanog razloga .................................. 24
   3.6. Nova dimenzija sigurnosti radnog odnosa – modeli zapošljivosti, fleksibilnosti i fleksigurnosti ..... 26
      3.6.1. Zapošljivost ..................................................................................................................... 26
      3.6.2. Fleksibilnost .................................................................................................................... 27
      3.6.3. Fleksigurnost ................................................................................................................... 28

4. PRAVNI IZVORI .......................................................................................................................... 32
   4.1. Povijesni razvoj nacionalnih zakonodavstava – prethodnica stvaranja međunarodnih
        standarda ................................................................................................................................. 32
   4.2. Međunarodni standardi ......................................................................................................... 34
      4.2.1. Pravni izvori Međunarodne organizacije rada ............................................................... 34
          4.2.1.1. Preporuka br. 119 (1963.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca .... 35
          4.2.1.2. Konvencija br. 158 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca .... 37
              4.2.1.2.1. Personalno područje primjene ................................................................. 37
              4.2.1.2.2. Postojanje opravdanog razloga za otkaz ..................................................... 37
              4.2.1.2.3. Postupak otkivanja ......................................................................................... 38
              4.2.1.2.4. Postupak u slučaju kolektivnih viškova radnika ............................................ 39
              4.2.1.2.5. Primjena Konvencije .................................................................................... 40
          4.2.1.3. Preporuka br. 166 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca .... 41
          4.2.1.4. Konvencija MOR-a br. 173 (1992.) o zaštiti potraživanja radnika u slučaju stečaja
                  poslodavca ................................................................................................................. 42
      4.2.2. Pravni izvori Europske unije ......................................................................................... 43
          4.2.2.1. Direktive o kolektivnim viškovima radnika ......................................................... 43
          4.2.2.2. Direktive o prijenosu poduzeća ............................................................................... 44
          4.2.2.3. Direktive o stečaju poslodavca ............................................................................... 45
          4.2.2.4. Ostale relevantne direktive EU .............................................................................. 46
5. KLASIFIKACIJA NAČINA PRESTANKA UGOVORA O RADU

6. SPORAZUM STRANAKA O PRESTANKU UGOVORA O RADU

6.1. Materijalnopравne pretpostavke sporazumnog prestanka ugovora o radu
6.1.1. Primjena općeg ugovornog prava
6.1.2. Sadržaj sporazuma o prestanku ugovora o radu

6.2. Formalnopравne pretpostavke sporazumnog prestanka ugovora o radu
6.2.1. Oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu
6.2.1.1. Pisani oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu
6.2.1.2. Usmeni oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu
6.2.1.3. Sporazum o prestanku ugovora o radu u obliku javnobilježničke isprave i sudsko
6.2.2. Suglasnost i drugi oblici sudjelovanja radničkih predstavnika
6.2.3. Opća obveza poslodavca da objasni nedostatke (Aufklärungspflicht) u njemačkom pravu

6.3. Pravni učinci (posljedice) sporazuma o prestanku radnog odnosa
6.3.1. Radopravni učinci
6.3.2. Socijalnopравni učinci
6.3.3. Poreznopравni učinci
6.3.4. Naknada štete
6.3.5. Vremensko djelovanje sporazuma o prestanku ugovora o radu

6.4. Pravni lijekovi (postupak povodom žalbe)

6.5. Pobijanje sporazuma o prestanku ugovora o radu
6.5.1. Razlozi za pobijanje sporazuma zbog zablude
6.5.2. Pobijanje sporazuma zbog prijetnje
6.5.3. Drugi slučajevi pobijanja sporazuma

6.6. Odustanak od sporazuma o prestanku ugovora o radu

6.7. Ništetnost sporazuma o prestanku ugovora o radu

6.8. Odnos prema drugim načinima prestanka radnog odnosa

7. PRESTANAK UGOVORA O RADU ISTEKOM VREMENA (NA KOJE JE
SKLOPLJEN UGOVOR O RADU NA ODREĐENO VRIJEME)
7.2.3. Mogućnost sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme predviđena kolektivnim ugovorom ................................................................. 92
7.3. Vremensko ograničenje ugovora o radu na određeno vrijeme ................................................................. 93
7.4. Tremutak prestanka ugovora o radu na određeno vrijeme ................................................................. 99
7.5. Pravne posljedice kršenja odredbi o sklapanju ugovora na određeno vrijeme ............................................. 100

8. OTKAZ UGOVORA O RADU .................................................................. 103

8.1. Otkaz ugovora o radu i prestanak radnog odnosa kao trajnog obveznopravnog odnosa .......................... 103
8.2. Pojmovno određenje i pravna narav otkaza ugovora o radu ................................................................. 106
  8.2.1. Konstitutivno djelovanje otkaza ........................................................................................................ 106
  8.2.2. Jednostrani pravni posao ................................................................................................................. 107
  8.2.3. Jednostrano očitovanje volje dostavljeno drugoj ugovornoj strani ................................................. 107
  8.2.4. Davanje otkaza uz uvjet .................................................................................................................... 107
    8.2.4.1. Dopušteni otkaz uz tzv. potestativni uvjet ................................................................................... 107
    8.2.4.2. „Preventivni“ otkaz ..................................................................................................................... 108
8.3. Predmet otkaza ............................................................................................................................................. 109

8.4. Oblik otkaza ................................................................................................................................................. 110
  8.4.1. Pisani oblik kao pretpostavka valjanosti otkaza ugovora o radu ................................................. 111
    8.4.1.1. Izjava koja sadrži izjavu o otkazu.................................................................................................. 112
    8.4.1.2. Potpis ........................................................................................................................................... 112
    8.4.1.3. Sadržaj otkaza ............................................................................................................................. 114
    8.4.1.4. Posljedice nepostojanja propisanog pisanih oblika otkaza ugovora o radu ......................... 115
  8.4.2. Usmeni oblik otkaza ugovora o radu .............................................................................................. 116
  8.4.3. Obavijest o otkazu u obliku javnostilješnog članka ........................................................................ 117
8.5. Obilježja izjave o otkazu i obrazloženje otkaznih razloga................................................................. 118
  8.5.1. Otkaz od javnosti i javnosti ................................................................................................................. 118
  8.5.2. Obrazloženje otkaza i naknadno iznošenje razloga otkaza .......................................................... 119
    8.5.2.1. Obveza obrazloženja otkaza ...................................................................................................... 119
    8.5.2.2. Nepostojanje obveze obrazloženja otkaza .............................................................................. 124
  8.5.3. Pouk o prestanku prava u kom se ugovor odnosi ............................................................................ 125
8.6. Dostava izjave o otkazu .............................................................................................................................. 127
8.7. Klasifikacija otkaza ugovora o radu ........................................................................................................ 129
  8.7.1. Otkaz s obzirom na subjekta koji otkazuje ugovor o radu ................................................................. 129
  8.7.2. Otkaz s obzirom na razlogu otkaza i otkazni rok .............................................................................. 129

9. REDOVITI OTKAZ UGOVORA O RADU KOJI DAJE POSLODAVAC ....... 131

9.1. Osnovna obilježja redovitog otkaza ugovora o radu kojeg daje poslodavac ............................................. 131
9.2. Pravna narav otkaza ugovora o radu kojeg daje poslodavac ................................................................. 132
  9.2.1. Značenje i svrha zaštite radnika od otkaza .......................................................................................... 133
  9.2.2. Pravna narav normi koje uređuju redovit otkaz ugovora o radu ...................................................... 134
9.3. Zakonski pretpostavke zaštite za slučaj otkaza ......................................................................................... 136
  9.3.1. Krug zaštićenih osoba ...................................................................................................................... 136
  9.3.2. Određeno trajanje radnog odnosa kao pretpostavka za ostvarivanje zaštite u slučaju otkaza .......... 137
  9.3.3. Godine života .................................................................................................................................. 140
9.4. Socijalna oporavdanost otkaza

9.4.1. Klasifikacija (struktura) otkaznih razloga

9.4.2. Temeljna načela socijalne opravdanosti otkaza (otkaznih razloga)

9.4.2.1. Načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa

9.4.2.2. Načelo odmjeravanja koristi i interesa

9.4.2.2.1. Dopuštenost odmjeravanja interesa u otkaznom pravu

9.4.2.2.2. Metode odmjeravanja interesa (utvrđivanje zaštićenih dobara i interesa i njihove važnosti)

9.4.2.3. Načelo razmjernosti (otkaz kao krajnje sredstvo)

9.4.2.4. Načelo prognoze (otkazni razlozi odnose se na budućnost)

9.4.2.4.1. Opcenito

9.4.2.4.2. Načelo prognoze kod pojedinih vrsta otkaza

9.4.2.4.3. Pravo na zahtjev za nastavak radnog odnosa ili zahtjev za ponovno zaposlenje (korektura pogrešne prognoze)

9.4.2.5. Načelo jednogodnjeg postupanja

9.4.3. „Stvaran i ozbiljan razlog“ otkaza (cause réelle et sérieuse) francuskog prava

9.4.3.1. Obilježja „stvarnog razloga“

9.4.3.2. Ozbiljan razlog (cause sérieuse)

9.4.3.3. Dokazivanje stvarnog i ozbiljnog razloga i rizik dokazivanja

9.4.4. Potencijalno opravdani razlozi otkaza (potentially fair reasons) britanskog prava

9.5. Osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu

9.5.1. Pojmovno određenje

9.5.2. Pretpostavke osobno uvjetovanog otkaza

9.5.2.1. Nepostojanje sposobnosti i osobina i negativna prognoza

9.5.2.2. Narušavanje interesa poslodavca (stvaran negativan utjecaj na poslovanje)

9.5.2.3. Nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika

9.5.2.4. Odmjeravanje interesa

9.5.2.5. Socijalni izbor

9.6. Otkaz uvjetovan skrivenim ponašanjem radnika

9.6.1. Pojmovno određenje

9.6.2. Pretpostavke otkaza uvjetovanog skrivenim ponašanjem radnika

9.6.2.1. Povreda ugovornih obveza (obveza iz radnog odnosa)

9.6.2.2. Krivnja radnika

9.6.2.3. Negativna prognoza

9.6.2.4. Nanošenje štete radnom odnosu (narušavanje interesa poslodavca)

9.6.2.5. Nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika

9.6.2.6. Odmjeravanje interesa

9.6.2.7. Opomena

9.6.2.7.1. Pravna narav opomene

9.6.2.7.2. Funkcije opomene

9.6.2.7.3. Obveznost opomene i pravne posljedice izostale opomene

9.6.2.7.4. Razmjernost opomene

9.6.2.7.5. Sadržaj opomene

9.6.2.7.6. Sasušanje radnika prije opomene i disciplinskih postupaka

9.6.2.7.7. Rok za izricanje opomene, oblik i dostava opomene

9.6.2.7.8. Pravna zaštita radnika u slučaju neutemeljene opomene

9.6.2.7.9. Nevaljanost osnovane opomene zbog proteka vremena

9.6.2.8. Daljne povrede obveza (odnos opomene i otkaza)

9.6.2.9. Teret dokazivanja

9.7. Poslovno uvjetovani otkaz

9.7.1. Pojmovno određenje (pretpostavke poslovno uvjetovanog otkaza)

9.7.2. Odluka poslodavca

9.7.3. Prestanak potrebe za obavljanjem posla zbog određenih razloga

9.7.3.1. Razlozi za otkaz

9.7.3.2. Rad koji se obavlja u poduzeću (ili u pogonu)

9.7.3.3. Vremensko određenje prestanka potrebe za obavljanjem posla (trajni, ili privremeni)
9.8. Otkaz poslodavca radniku zbog restrukturiranja poslodavca ........................................... 234
  9.8.1. Otkazi zbog kolektivnog viška radnika ................................................................. 234
    9.8.1.2. Pojmovno određenje ......................................................................................... 234
    9.8.1.2. Razvoj europskog prava o kolektivnim viškovima radnika ......................... 236
    9.8.1.3. Pretpostavke otkaza zbog kolektivnog viška radnika ......................................... 238
      9.8.1.3.1. Otkaz od strane poslodavca ........................................................................ 238
      9.8.1.3.2. Razlog otkaza nije na strani radnika ......................................................... 239
      9.8.1.3.3. Veći broj istodobnih otkaza radnicima kod poslodavca (u poduzeću) .... 240
        9.8.1.3.3.1. Pojam poduzeća .................................................................................. 242
        9.8.1.3.3.2. Ukupan broj zaposlenih radnika ......................................................... 244
        9.8.1.3.3.3. Broj planiranih otkaza ........................................................................ 245
        9.8.1.3.3.4. Razdoblje u kojem se pojavljuje kolektivni višak .............................. 249
    9.8.1.4. Obveze poslodavca ............................................................................................. 249
      9.8.1.4.1. Obveze savjetovanja s predstavnicima radnika ......................................... 250
        9.8.1.4.1.1. Pravodobnost ....................................................................................... 251
        9.8.1.4.1.2. Predstavnici radnika .......................................................................... 253
        9.8.1.4.1.3. Cilj i sadržaj savjetovanja ................................................................. 254
      9.8.1.4.2. Obveza obavještavanja nadležne javne vlasti ............................................ 258
        9.8.1.4.2.1. Podaci u obavijesti i sadržaj savjetovanja ......................................... 258
        9.8.1.4.2.3. Odgoda otkazivanja i moguće mjere .................................................... 260
    9.8.1.5. Program zbrinjavanja viška radnika ................................................................ 262
      9.8.1.5.1. Sadržaj programa ....................................................................................... 262
      9.8.1.5.2. Uloga radničkog vijeća i službe zbrinjavanja pri izradi i donošenju programa ............................................................................................................ 264
    9.8.1.6. Posljedice propusta poslodavca da donese program zbrinjavanja viška radnika ili nepoštivanja pravila postupka kolektivnog viška radnika ........................................... 264
  9.8.2. Otkaz ugovora o radu u slučaju statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća ................................................................. 266
    9.8.2.1. Općenito .......................................................................................................... 266
    9.8.2.2. Pretpostavke postojanja prijenosa poduzeća ..................................................... 268
      9.8.2.2.1. Pojam poduzeća i pogona ...................................................................... 268
      9.8.2.2.2. Pojam i kriteriji za utvrđivanje postojanja prijenosa poduzeća .................. 271
    9.8.2.3. Zaštita radnika od otkaza .................................................................................. 273
      9.8.2.3.1. Prijenos prava i obveza .......................................................................... 274
      9.8.2.3.2. Pristanak radnika na prijenos ugovora o radu i prestanak ugovora o radu ......................................................................................................................... 275
      9.8.2.3.3. Zabrana otkaza zbog prijenosa poduzeća ................................................. 278
        9.8.2.3.3.1. Obilježja zabrane otkaza ................................................................ 278
        9.8.2.3.3.2. Postojanje „drugog razloga“ za otkaz ............................................. 279
10. REDOVITI OTKAZ UGOVORA O RADU KOJI DAJE RADNIK .......... 317

10.1. Razlozi za redoviti otkaz .................................................. 317
10.2. Oblik otkaza ugovora o radu kojeg daje radnik ............................ 317
10.3. Trajanje otkaznog roka ................................................................ 318
10.4. Obveza rada za vrijeme otkaznog roka i odsutnost radi traženja posla ........................................................................ 318
10.5. Učinci otkaza ugovora o radu kojeg daje radnik .................................. 319
10.6. Prava poslodavca u slučaju otkaza koji daje radnik .......................... 319
10.7. Konstruktivni otkaz (constructive dismissal) ...................................... 320

9.8.2.3.3. Namjera zatvaranja poduzeća kao „drugi razlog“ i kasniji
prijenos pogona .............................................................................. 281
9.8.2.3.4. Praksa Europskog suda ......................................................... 282
9.8.2.3.4. Obavještavanje i konzultiranje radničkih predstavnika .............. 284
9.8.3. Otkaz ugovora o radu u slučaju stečaja poslodavca ....................... 286

9.8.3.1. Općenito ................................................................. 286
9.8.3.2. Stečajni postupak kao opravdani razlog otkaza ugovora o radu .......... 287
9.8.3.2.1. Razlog za redoviti otkaz ugovora o radu ................................. 288
9.8.3.2.2. Otkazni rok .................................................................. 289
9.8.3.2.3. Posebnosti postupka otkazivanja ......................................... 290
9.8.3.2.4. Pravo radnika na naknadu štete zbog prijevremenog prestanka radnog
odnosa ......................................................................................... 292
9.8.3.2.5. Pravo na otpreminu .......................................................... 293
9.8.3.2.6. Pravo prednosti pri zapošljavanju ....................................... 293
9.8.3.3. Zaštita potraživanja radnika u slučaju stečaja ........................ 294
9.8.3.3.1. Isplata potraživanja radnika čije namirenje osiguravaju jamstvene
institucije .................................................................................. 295
9.8.3.3.1.1. Jamstvene institucije .................................................. 295
9.8.3.3.1.2. Potraživanja čije namirenje osiguravaju jamstvene
institucije .................................................................................. 296
9.8.3.3.2. Odredbe o socijalnoj sigurnosti ......................................... 300
9.8.3.3.3. Odredbe o transnacionalnim situacijama .............................. 302
9.8.3.3.4. Zabrana zloporaba .......................................................... 303
9.8.3.3.5. Odgovornost države za štetu (primjena Direktive i pravni lijekovi) .... 303

9.9. Posebni slučajevi redovitog otkaza ................................................................ 305
9.9.1. Otkaz zbog neuspjeha probnog rada ............................................. 305
9.9.1.1. Pojmovno određenje i svrha probnog rada .................................. 305
9.9.1.2. Trajanje probnog rada .......................................................... 307
9.9.1.3. Duljina otkaznog roka .......................................................... 307
9.9.1.4. Otkaz ugovora o radu s ugovorenim probnim radom (rokom) ............. 308
9.9.1.4.1. Mogućnost otkazivanja .................................................... 308
9.9.1.4.2. Utvrđivanje (ne)uspješnosti radnika na objektivan način i donošenje
odluke o otkazu ......................................................................... 310
9.9.1.5. Prijedlozi de lege ferenda ...................................................... 312
9.9.2. Otkaz zbog nepolaganja stručnog ispita ............................................. 313

9.10. Zabrana otkazivanja određenim skupinama radnika ......................... 314
11. OTKAZNI ROK ........................................................................................................322

11.1. Pojam i svrha otkaznog roka ..................................................................................322
11.2. Zakonski otkazni rokovi .....................................................................................322
  11.2.1. Općenito o kriterijima za određivanje trajanja otkaznih rokova ......................323
  11.2.2. Pojedini kriteriji za utvrđivanje trajanja otkaznih rokova .........................323
11.3. Ugovorni otkazni rokovi ....................................................................................326
  11.3.1. Otkazni rokovi u kolektivnim ugovorima i pojedinačnim ugovorima o radu .....326
  11.3.2. Sporazum o skraćenju otkaznog roka nakon izrečenog otkaza ......................327
  11.3.3. Novčana naknada umjesto otkaznog roka .....................................................328
11.4. Računanje otkaznih rokova ................................................................................328
11.5. Prava i obveze radnika i poslodavca za vrijeme otkaznog roka .........................329
11.6. Pravne posljedice nevaljanih ugovornih odredbi o otkaznim rokovima ili pogrešnog računanja otkaznih rokova .................................................................331

12. IZVANREDNI OTKAZ UGOVORA O RADU .......................................................................333

12.1. Osnovna obilježja izvanrednog otkaza ugovora o radu .......................................333
12.2. Pretpostavke valjanosti (dopuštenosti) izvanrednog otkaza ugovora o radu ..........334
  12.2.1. Postojanje važnog razloga .............................................................................334
  12.2.2. Odjmjevanje interesa .....................................................................................337
  12.2.3. Rok za izricanje izvanrednog otkaza .................................................................338
    12.2.3.1. Svrha roka, pravna narav roka i pravne posljedice isteka roka ..................339
    12.2.3.2. Početak tijeka roka za izvanredni otkaz ......................................................340
      12.2.3.2.1. Saznanje za razlog otkaza ..................................................................340
      12.2.3.2.2. Objektivni rok za izricanje otkaza .....................................................343
    12.2.3.3. Računanje roka .......................................................................................344
  12.2.4. Oblik izvanrednog otkaza i obrazloženje razloga ...........................................345
  12.2.5. Teret dokazivanja .........................................................................................345
12.3. Razlozi za izvanredni otkaz ugovora o radu koji daje radnik ..................................346

13. OTKAZ S PONUDOM IZMIJENJENOG UGOVORA O RADU .................................................................348

13.1. Pojmovno određenje i svrha otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu ..........348
13.2. Oblik otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora .....................................................350
13.3. Izjava o otkazu .......................................................................................................350
13.4. Ponuda izmijenjenog ugovora ............................................................................351
13.5. Posebnosti postupka otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora .............................354
  13.5.1. Prihvaćanje ponude izmijenjenog ugovora ......................................................355
  13.5.2. Prihvaćanje ponude uz pridržaj prava pobijanja otkaza ..................................355
    13.5.2.1. Pravna narav i oblik pridržaja prava pobijanja otkaza ...............................356
    13.5.2.2. Pravni učinci pridržaja prava pobijanja otkaza .......................................357
  13.5.3. Odbijanje ponude izmijenjenog ugovora .........................................................357
  13.5.4. Ispitivanje dopuštenosti otkaza .....................................................................357
  13.5.5. Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora u sudskoj praksi ...............................359
13.6. Razgraničenje otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora i drugih jednostranih izmjena ugovora .....360

IX
14. POSTUPAK PRIJE I ZA VRIJEME OTKAZIVANJA UGOVORA O RADU ..... 366

14.1. Opomena radnika .......................................................... 366
14.1.1. Pravo radnika na žalbu protiv odluke o otkazu .......................................................... 366
14.1.2. Obveza poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane ............................................. 366
14.1.2.1. Oblik i rok za iznošenje obrane .................................................................................. 367
14.1.2.2. Pravne posljedice neizvršenja obveze poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane .... 368

14.2. Sudjelovanje predstavnika radnika u postupku otkazivanja ..................................................... 369
14.2.1. Općenito ............................................................................. 369
14.2.1.1. Duljina staža kod poslodavca .................................................................................. 371
14.2.2. Odluke radničkog vijeća (sindikata) .................................................................................. 373
14.3. Odluke radničkog vijeća (sindikata) ....................................................................................... 373
14.3.1. Odluke radničkog vijeća (sindikata) .................................................................................. 373
14.3.2. Tijek postupka .............................................................................. 371
14.3.2.1. Obavještavanje radničkog vijeća .............................................................................. 371
14.3.2.2. Saslušanje radnika u postupku donošenja odluke radničkog vijeća ............................. 373
14.3.3. Odluke radničkog vijeća (sindikata) .................................................................................. 373
14.3.4. Pravne posljedice nesudjelovanja ili manjkavog sudjelovanja predstavnika radnika u postupku otkazivanja .......................................................... 376
14.3.5. Izricanje otkaza nakon dostavljenog očitovanja radničkog vijeća ........................................ 377
14.3.6. Pravo radnika na daljnje zapošljavanje (vrećanje i zadržavanje na radu) u slučaju otkaza .... 378
14.3.6.1. Pretpostavke prava radnika na daljnje zapošljavanje .................................................. 379
14.3.6.2. Sudržaj zahtjeva radnika i pravna narav odnosa povodom nastavka rada ....................... 380
14.3.6.3. Ostvarenje zahtjeva radnika ....................................................................................... 382
14.3.6.4. Privremeno oslobodjenje poslodavca obveze vraćanja radnika na rad ................................ 384
14.3.6.5. Privremeno udaljenje radnika s rada do okončanja sudskog postupka ............................ 384
14.3.7. Suodlučivanje radničkog vijeća kod otkazivanja zaštićenim skupinama radnika .................. 385
14.3.7.1. Krug zaštićenih osoba, opseg i trajanje zaštite .................................................................. 386
14.3.7.2. Suglasnost radničkog vijeća ....................................................................................... 387
14.3.7.3. Sadska ili arbitražna odluka o nadomještanju suglasnosti ........................................... 389
14.3.7.4. Utjecaj postupka za dobivanje suglasnosti na radni odnos ........................................... 390
14.3.7.5. Pravne posljedice (nepostojanja suglasnosti radničkog vijeća) ..................................... 390
14.3.8. Sudjelovanje sindikata u postupku otkazivanja ................................................................. 391

15. PRAVNA RADIKA NA OTPREMNINU .......................................................... 393

15.1. Pojam i svrha otpremnine ........................................................................................................ 393
15.1.1. Pravo radnika na otkazivanje ugovora o radu ................................................................... 395
15.1.2. Pravne posljedice otkazivanja ugovora o radu ................................................................. 395
15.1.2.1. Duljina staža kod poslodavca .................................................................................. 395
15.1.2.2. Vrsta otkaza kao pretpostavka za ostvarivanje prava na otkazivanju...................... 396
15.1.2.3. Utvrđivanje iznosa otkazivanja ..................................................................................... 399
15.1.2.3.1. Zakonski kriteriji za utvrđivanje otkazivanja .......................................................... 399
15.1.2.3.2. Otkazivanja utvrđena kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, ili pojedinačnim ugovorom o radu .......................................................... 400
15.1.2.3.3. Posebni oblici otkazivanja (nagrade) ....................................................................... 401

15.2. Pretpostavke prava radnika na otkazivanje ugovora o radu .................................................. 396
15.2.1. Vrsta otkaza kao pretpostavka za ostvarivanje prava na otkazivanju ...................... 396
15.2.2. Pretpostavke otkazivanja ugovora o radu ....................................................................... 396
15.2.3. Utvrđivanje iznosa otkazivanja ..................................................................................... 399

15.3. Kasa skrbi (Vorsorgekasse) austrijskog prava .................................................................... 402

15.4. Isplata otpremnine .................................................................................................................... 402

16. PRAVNA SREDSTVA PROTIV ODLUKE O OTKAZU UGOVORA O RADU .. 403

16.1. Pravo radnika na žalbu protiv odluke o otkazu ..................................................................... 403
16.1.1. Pravo radnika na žalbu protiv odluke o otkazu ................................................................. 403
16.1.1.1. Pravo radnika na žalbu protiv odluke o otkazu ............................................................. 403
16.1.1.1.1. Specijalizirani sudovi .............................................................................................. 404
16.1.1.1.2. Redovni sudovi ....................................................................................................... 407
16.1.1.1.3. Arbitraža ................................................................................................................. 407
16.1.1.1.4. Specijalizirani sudovi .............................................................................................. 404
16.1.1.1.2. Redovni sudovi ....................................................................................................... 407
16.1.1.1.3. Arbitraža ................................................................................................................. 407
16.1.2. Sudjelovanje nadležnog tijela vlasti u postupku otkazivanja ................................................. 410
16.1.3. Prenošenje prava na žalbu na treću osobu .................................................................................... 410
16.1.4. Rok za žalbu ................................................................................................................................. 410

16.2. Prethodno traženje pravne zaštite kod poslodavca kao procesna pretpostavka dopustivosti tužbe
sudu (zahtjev za zaštitu prava) .............................................................................................................. 413
16.2.1. Općenito ........................................................................................................................................... 413
16.2.2. Oblik, sadržaj i rok za podnošenje zahtjeva za zaštitu prava ....................................................... 416

16.3. Mirenje ............................................................................................................................................... 416

17. PRESTANAK UGOVORA O RADU NAVRŠENJEM 65 GODINA ŽIVOTA I
15 GODINA MIROVINSKOG STAŽA ............................................................................................................. 418

17.1. Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema
hrvatskom pravu ........................................................................................................................................... 418
17.2. Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema
njemačkom pravu ........................................................................................................................................ 421
  17.2.1. Pravo na starosnu mirovinu kao razlog za otkaz ........................................................................... 422
  17.2.2. Sporazumi o dobnoj granici za prestanak radnog odnosa ......................................................... 423
17.3. Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema
francuskom pravu ....................................................................................................................................... 425

18. PRESTANAK UGOVORA O RADU OSTVARENJEM PRAVA NA
INVALIDSKU MIROVINU ZBOG OPĆE NESPOSOBNOSTI ZA RAD ................. 427

18.1. Pretpostavke prestanka ugovora o radu ............................................................................................ 427
  18.1.1. Pravomoćno rješenje o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće
  nesposobnosti za rad ............................................................................................................................... 427
  18.1.1.1. Pravo na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad ............................................. 427
  18.1.1.2. Pravomoćno rješenje ................................................................................................................. 429
  18.1.2. Dostava rješenja .......................................................................................................................... 429
18.2. Odluka i obveze poslodavca ............................................................................................................ 430

19. PRESTANAK UGOVORA O RADU ZBOG SMRTI RADNIKA ......................... 431

20. PRESTANAK UGOVORA O RADU ČLANOVA UPRAVE TRGOVAČKIH
DRUŠTAVA KAPITALA .............................................................................................................................. 432

20.1. Prestanak ugovora o radu članova uprave trgovaca društava u hrvatskom pravu ..................... 432
20.2. Prestanak radnog odnosa članova uprave trgovaca društava kapitala u njemačkom i
austrijskom pravu ....................................................................................................................................... 435

21. POSLJEDICE NEZAKONITOG PRESTANKA UGOVORA O RADU .......... 437

21.1. Općenito ............................................................................................................................................ 437
21.2. Ništetnost otkaza i sporazuma o prestanku ugovora o radu ............................................................ 438
21.3. Vraćanje radnika na rad .................................................................................................................... 439
21.4. Naknada plaće .................................................................................................................. 445
  21.4.1. Pravni temelji prava na naknadu plaće ................................................................. 445
  21.4.2. Opseg naknade plaće .............................................................................................. 446
  21.4.3. Zastara potraživanja naknade plaće ...................................................................... 447
  21.4.4. Privremena mjera plaćanja naknade ...................................................................... 448

21.5. Naknada štete ............................................................................................................... 448
  21.5.1. Naknada štete u slučaju izvanrednog otkaza ......................................................... 449
  21.5.2. Naknada štete u drugim slučajevima prestanka ugovora o radu ......................... 450
  21.5.3. Naknada povećanih troškova ................................................................................. 450

21.6. Sudski raskid ugovora o radu ..................................................................................... 450
  21.6.1. Postojanje nezakonitog (socijalno neopravdanog) otkaza .................................. 452
  21.6.2. Zahtjev za sudski raskid ....................................................................................... 453
    21.6.2.1. Zahtjev radnika ............................................................................................... 454
    21.6.2.2. Zahtjev poslodavca ....................................................................................... 455
    21.6.2.3. Zahtjev obje ugovorne strane ......................................................................... 456
  21.6.3. Postojanje radnog odnosa .................................................................................... 456
  21.6.4. Odluka suda ........................................................................................................ 456
  21.6.5. Naknada štete u slučaju sudskog raskida ugovora o radu ........................................ 459

22. ZAKLJUČAK .................................................................................................................... 462

23. LITERATURA .................................................................................................................. 481

POPIS VAŽNIJIH KRATICA ............................................................................................... 509
1. UVOD

Predmet je ovog rada prestanak ugovora o radu u hrvatskom i uspoređnom pravu. Više je razloga zbog kojih je za istraživanje izabrana upravo ova tema. Pravne norme koje uređuju prestanak ugovora o radu imaju središnje mjesto u modernom radnom pravu i predmet su stalnog znanstvenog interesa. Uređenje prestanka ugovora o radu utječe na cjelokupnu strukturu radnog odnosa.

Prestanak radnog odnosa predstavlja uvijek aktualan predmet proučavanja zbog važnih socijalnih i ekonomskih posljedica koje za radnike ima gubitak radnog mjesta. Na pitanju prestanka ugovora o radu prelamanje se, ali i usklađuju, različiti interes: poduzetnički i socijalnopolitički; pojedinačni interes radnika da sačuva radno mjesto od kojeg ovisi njegova egzistencija i egzistencija njegove obitelji te interes poslodavca da slobodno, po svojoj volji organizira rad ili fleksibilno uredi strukturu svog osoblja.

Pravna zaštita radnika od samovolje poslodavca da okonča ugovor o radu dobivala je kroz povijest različite oblike. Zakoni koji ograničavaju ugovornu slobodu poslodavca, odnosno njegove upravljačke ovlasti da raskine radni odnos, danas su svojstveni gotovo svim nacionalnim pravnim sustavima. Svrha je zakonodavstva o prestanku ugovora o radu zajamčiti sigurnost postojećeg radnog odnosa donošenjem propisa kojima se radnici štite od arbitrarnih odluka poslodavca: utvrđivanjem opravdanih razloga za prestanak ugovora o radu, kao pretpostavke valjanosti prestanka, te temeljnih pravila postupka otkazivanja ili drugih načina prestanka ugovora o radu. Ovi standardi tekovina su univerzalnih rješenja Konvencije Međunarodne organizacije rada (MOR) br. 158 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca te dviju preporuka MOR-a: Preporuke br. 119, iz 1963. g., i br. 166, iz 1982. godine, istoga naziva. Iako je Konvenciju br. 158 ratificirao mali broj zemalja, njezina rješenja primjenjuju se u velikom broju zakonodavstava, među njima i hrvatskom. Na razini EU zaštita od prestanka ugovora o radu uređena je direktivama o kolektivnim viškovima, prijenosu poduzeća i stečaju poslodavca. Njihova je svrha osigurati komparativnu zaštitu prava radnika u različitim državama članicama, uravnoteženi gospodarski i socijalni razvoj.

---

unutar EU te neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta. Važan izvor predstavlja praksa Europskog suda pravde (dalje: Europski sud).

Prikazani pravni okvir nije nepromjenjiva kategorija. Na suvremene radne odnose snažno utječe zahtjev stvaranja prilagodljivog i konkurentnog tržišta rada. Strogi propisi o radnim odnosima često se ističu kao zapreka stvaranju i jačanju gospodarske i socijalne dobrobiti, a deregulacija tržišta rada smatra se važnim čimbenikom ekonomskog rasta i otvaranja novih radnih mjesta. Nove tehnologije snažno utječu na promjenu struktura radnika, ali i radne odnose uopće, te nameću novu ulogu ugovor u radnom odnosu. Na sceni tržišta rada pojavljuju se kvazisubordinirani radnici, radnici slični posloprimcima, na koje se vrlo rijetko primjenjuje radnozaštitno zakonodavstvo. Ipak, prisutna je tendencija proširenja ove zaštite i na takve radnike proširenjem pojma posloprimac. Kao ključno u pravnoj teoriji i praksi postavlja se pitanje treba li u ovom području inzistirati na rigidnom radnozaštitnom zakonodavstvu ili prestanak radnog odnosa, posebice otkazivanje, učiniti fleksibilnijim. Je li u postojećem tržišnom sustavu pravnim pravilima kojima je uređen prestanak ugovora o radu moguće zaštititi stalnost odnosno sigurnost radnog odnosa?4

Uzimajući u obzir takav suvremeni kontekst radnih odnosa (pa i radnog prava uopće) u radu se daje analiza uređenja prestanka ugovora o radu u hrvatskom zakonodavstvu i zakonodavstvima onih zemalja čija rješenja smatramo važnim za predmetno istraživanje s nekoliko stajališta. Izabrana su zakonodavstva zemalja članica EU, od kojih većina pripada continentalnom sustavu prava: Njemačke, Austrije, Francuske, Slovenije te Velike Britanije, kao zemlje pravnog sustava common lawa. Njemačko pravo poslužilo je našem zakonodavcu kao uzor pri donošenju Zakona o radu 1995. godine, a također je temelj rješenjima Konvencije MOR-a br. 158. Slična rješenja, ali i određena bitna odstupanja, na koja mislimo da je korisno upozoriti, sadrži i austrijsko pravo. Slovenija, danas članica EU, zemlja je koja s Hrvatskom dijeli zajedničku (pa i pravnu) prošlost u nekadašnjoj državi. Držimo uputnim analizirati kako ona prilagođava nacionalno zakonodavstvo europskom pravu. Zbog svojih posebnosti analizira se i francusko pravo o prestanku ugovora o radu te pravo Velike Britanije, kao jedine zemlje članice EU koja pripada pravnom sustavu common law. Kod pojedinih pitanja ukazuje se i na rješenja drugih zemalja.

Posebno mjesto u istraživanju različitih načina prestanka ugovora o radu dano je otkazu kao konfliktom načina prestanka ugovora. Na njegovu važnost ukazuju i statistički

4 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 16.
podaci, prema kojima se najveći broj radnih sporova odnosi upravo na sporove o (ne)zakonitosti otkaza i otpremnini.\footnote{U Njemačkoj čak oko polovica od oko 600.000 radnih sporova godišnje odnosi se na sporove o otkazu ugovora o radu. v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. V. U V. Britaniji je u 2007.-2008. godini taj broj iznosio više od 43.500 sporova zbog nezakonitog otkaza i isplate otpremnинe, što predstavlja gotovo ¼ ukupnog broja sporova pred radnim sudovima. Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 351.}


Reforma hrvatskog radnog zakonodavstva u posljednjem desetljeću usmjeren je njegovu usklađivanju s pravnom stečevinom EU, što je u većem dijelu i učinjeno. Istraživanje polazi od hipoteze da se određena pitanja još moraju uskladiti. S druge strane, Hrvatska nije ratificirala Konvenciju MOR-a br. 158 (1982.), ali je gotovo u potpunosti implementirala odredbe ove Konvencije u svoje zakonodavstvo. U radu nastoji se dokazati da su ispunjene glavne pretpostavke za njezinu eventualnu ratifikaciju.

Vrijeme u kojem živimo obilježeno je zahtjevima gospodarskog razvoja i rasterećenja poslodavca kako bi se stvorile mogućnosti za lakše zapošljavanje, ali i otkazivanje radnicima. Hrvatsko zakonodavstvo o prestanku ugovora o radu smatra se prerigidnim. A analizom utemeljenom na usporedbi hrvatskog i zakonodavstava koja se u radu razmatraju dokazuje se teza da hrvatsko zakonodavstvo o prestanku ugovora o radu nije rigidno. Izvan dosega ovog istraživanja ostala su brojna druga zakonodavstva. Neka od njih imaju vrlo liberalan sustav
prestanka ugovora o radu (primjerice, SAD), dok druga imaju vrlo rigidna rješenja (na primjer, Italija). Poseban model nalazimo u danskom pravu (zaštita od otkaza uređena je kolektivnim ugovorima, a zakoni uređuju pitanje otkaza samo za određene profesionalne skupine radnika; radnici na koje se ne primjenjuju kolektivni ugovori odnosno zakoni ostaju u slučaju otkaza u potpunosti nezaštićeni).

U neposrednoj vezi s navedenim problemom i predmetom istraživanja te postavljenim hipotezama određeni su svrha i ciljevi istraživanja: odrediti pojam ugovora o radu, istražiti povijesni razvoj zaštite radnika od prestanka ugovora o radu, dati pregled i analizu pravnih izvora o prestanku ugovora o radu, dati pojmovno određenje otkaza ugovora o radu i otkaza ugovora o radu, istražiti obilježja pojedinih načina prestanka ugovora o radu analizom relevantnih pravnih izvora MOR-a, hrvatskih propisa te propisa izabranih zakonodavstava zemalja članica EU (Njemačke, Austrije, Slovenije, Francuske i Velike Britanije) i prava EU koja reguliraju tu materiju. Među ciljeve istraživanja ulazi i analiza relevantne sudske prakse i prakse Europskog suda, zaključak o potrebi i ciljevima sadašnje hrvatske pravne regulative prestanka ugovora o radu.

U znanstvenom istraživanju, formuliranju i predstavljanju rezultata istraživanja u ovom radu se u odgovarajućim kombinacijama koriste različite znanstvene metode, od kojih su najvažnije: induktivna i deduktivna metoda, metoda analize i sinteze, metoda apstrakcije i generalizacije, komparativna metoda, povijesna metoda, metoda deskripcije, statistička metoda i dr. Posebna važnost dana je metodi usporedbe, kojom se utvrđuju sličnosti i razlike u pravnom uređenju prestanka ugovora o radu u Hrvatskoj i relevantnim zakonodavstvima. Analiza usporedbopravnih rješenja temelji se na odgovor na pitanje koliko se relevantna nacionalna te posebice hrvatsko zakonodavstvo o prestanku ugovora o radu zasnivaju na istim ili sličnim načelima i koliko su usmjereni istom cilju.

2. POJAM I GLAVNE ZNAČAJKE UGOVORA O RADU

Analiza prestanka ugovora o radu zahtijeva prethodno određenje pojma ugovora o radu te utvrđivanje njegovih bitnih obilježja koja ga razlikuju od drugih ugovora (odnosa) čiji je predmet čovjekov rad. Naime, u većini suvremenih zakonodavstava zaštita radnika od nepoštenog postupanja poslodavca, odnosno (neželjenog) prestanka radnog odnosa, vezuje se uz postojanje ugovora o radu, kao temelja zasnivanja radnog odnosa. I u onim zakonodavstvima u kojima radnik nije zaštićen od otkaza danog zbog neopravdanog razloga, poslodavac koji želi otkazati radniku zaposlenom na temelju ugovora o radu ipak mora poštivati otkazni rok, jer je to jedan od elemenata raskida (prestanka) ugovora.

U uvjetima fleksibilizacije radnih odnosa postojanje ugovora o radu postavlja se kao ključno pitanje jer poslodavci smatraju da je ovaj oblik zaštite jedan od aspekata koji uzrokuje rigidnost tržišta rada. Bez obzira na to, ugovor o radu, definiran 50-ih godina prošlog stoljeća kao „kamen temeljac modernog sustava radnoga prava“, ima i danas središnju ulogu u suvremenim radnim odnosima. U novijoj radnopračnoj doktrini ne postavlja se pitanje ukidanja ugovora o radu već analizira njegova (nova) uloga i funkcija u uvjetima promjenjivih radnih odnosa. Pritom je važno odrediti i značenje šireg pojma, pojma radnog odnosa, kao i odrediti i razgraničiti kategorije subordiniranih, kvazisubordiniranih i samozaposlenih radnika. Naime, radnozaštitnim zakonodavstvom mogu biti obuhvaćeni i oni posloprimci koji ne rade na temelju ugovora o radu nego su samo ‘u radnom odnosu s poslodavcem’ (primjerice u V. Britaniji), ili se ono primjenjuje na kategoriju osoba sličnih posloprimcima (Njemačka i Austrija), kao i na samozaposlene radnike.

2.1. Pojmovno određenje ugovora o radu

Ugovor o radu (engl. contract of employment; njem. Arbeitsvertrag; franc. contrat du travail; slov. pogodba o zaposlitvi) jedan je od instrumenata zasnivanja i uređivanja radnog odnosa između radnika i poslodavca. On je i izvor prava kojim se uređuje sadržaj radnog odnosa.

---


13 O ovome u teoriji postoje dvojbe. Prema jednom stajalištu ugovor o radu nije pravni izvor jer ne sadržava pravna pravila, odnosno ne proizvodi normativne učinke, već jedino prava i obveze za ugovorne strane. Više
Različite teorije radnoga prava koriste pojam ugovora o radu kao kategoriju pomoću koje određuju radni odnos kao širi pojam. Pojam radnog odnosa teže je odrediti pa se u doktrini i zakonodavstvu mnogo češće mogu naći definicije ugovora o radu. One polaze od razlikovanja ovog od drugih ugovora čiji je predmet također rad ljudi, ali rad koji u sebi nosi obilježje samostalnosti onoga tko ga obavlja.

S obzirom na kriterij bitnih obilježja ugovora, govori se o građanskoopravnim, odnosno radnopravnim definicijama ugovora o radu. Gradanskopravne definicije (ili definicije općeg ugovornog prava) kao bitne elemente određuju osobnu činidbu rada i naplatnost. Radnopravne definicije razlikuju se po tome što još jedan bitni element prepoznaju u subordinaciji, ili podređenosti radnika nadzoru, vlasti poslodavca. Subordinacija nije u skladu s načelom jednakosti stranaka građanskoga prava pa zbog toga nije dio gradanskopravne definicije. Dobrovoljnost kao jedno od obilježja ugovora o radu današnja teorija smatra uključenom u pojam ugovora koji nastaje slobodno izraženom voljom ugovornih strana, pa je ne treba posebno izdvajati.

Radni (ili radnopravni) odnos može se odrediti kao društveni odnos čiji su subjekti radnik i poslodavac, a čijim se bitnim elementima (obilježjima) smatraju dobrovoljnost, obveza osobnog obavljanja rada (u određenom radnom vremenu), subordinacija, naplatnost, profesionalnost i uključivanje radnika u radnu organizaciju. Radni odnos obuhvaća širi krug prava i obveza nego što je to u odredbama ugovora o radu. Pojedinačni radni odnos uređen je, naime, mnogim izvorima radnog prava. I dok se pojam radnog odnosa u radnopravnoj literaturi određuje pozivanjem na sve ili samo neke od navedenih elemenata, suvremeni razvoj nameće potrebu novog definiranja njegovih bitnih obilježja i preispitivanja njegova sadržaja.

Za određenje pojma ugovora o radu važno je ukazati na razlike između općeg pojma ugovora u kontinentalnom pravu i pravnom sustavu common lawa odnosno pravu Velike Britanije. U zemljama kontinentalnog prava za nastanak ugovora bitna su tri elementa: pristanak ugovornih strana, predmet ugovora i causa. Pristanak je valjan ako ga je dala...
poslovno sposobna osoba slobodnim očitovanjem volje. Predmet ugovora mora biti dopušten i valjan. Kauza ugovora o radu jest razmjena rada za plaću.

U britanskom pravu za valjanost ugovora mora postojati, tzv., consideration. S obzirom na obilježja ovaj termin možemo prevesti kao obećanje (protu)činidbe, ili, jednostavnije, protučinidbu. U ugovorima o radu consideration je sadržan u obećanju rada za plaću.

U britanskom pravu za valjanost ugovora mora postojati, tzv., consideration. Kako u njemačkom pravu za valjanost ugovora mora postojati, tzv., consideration, 19

U nekim od analiziranih zakonodavstava pojam ugovora o radu definiran je zakonom. Njemački Građanski zakonik (dalje: BGB) i austrijski Opći građanski zakonik (dalje: ABGB) uredjuju samo ugovor o službi (Dienstvertrag). Kako u njemačkom pravu za valjanost ugovora mora postojati, tzv., consideration, 19

U nekim od analiziranih zakonodavstava pojam ugovora o radu definiran je zakonom. Njemački Građanski zakonik (dalje: BGB) i austrijski Opći građanski zakonik (dalje: ABGB) uredjuju samo ugovor o službi (Dienstvertrag). Kako u njemačkom pravu za valjanost ugovora mora postojati, tzv., consideration, 19

Hrvatski Zakon o radu (dalje: ZR) i slovenski Zakon o delovnih razmerjih (dalje: ZDR) ne definiraju ugovor o radu nego samo određuju da se njime zasniva radni odnos. U pravu Velike Britanije ne postoji zakonska definicija ugovora o radu. U literaturi mogu se pronaći privatnopравne definicije, koje ga određuju kao konsenzualni odnos između dvije stranke koji

---


25 Čl. 611.-630. BGB-a, čl. 1151., 1153. i d. ABGB-a. Prema čl. 611. BGB-a [Ugovorne obveze] „Ugovorom o službi ona strana koja je prihvatila službu obvezuje se na činidbu obećane službe, a druga strana na davanje ugovorene naknade.“


27 Zakon o radu, NN br. 149/09., 119/10. (odluka Ustavnog suda).

28 Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list Republike Slovenije (Ur.l. RS) 42/2002., 79/2006., 46/2007.; Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o delovnih razmerjih, Ur.l. RS 103/07.
uključuje razmjenu rada za plaću. Uzajamnost obveza bitna je pretpostavka postojanja ugovora o radu, odnosno načelo ili smjernica za njegovo tumačenje.

2.2. Oblik i sadržaj ugovora o radu

2.2.1. Oblik ugovora o radu

U usporednom pravu ugovor o radu, u pravilu, jest neformalni ugovor. Može biti zaključen u pisanom obliku, usmeno pa čak i prešutno. Neformalnost ugovora o radu ima zaštitnu svrhu. Iznimke od ovog načela odnose se, prije svega, na zakonski, ili kolektivnim ugovorima predviđeni pisani oblik posebnih vrsta ugovora o radu. U zemljama kontinentalne Europe pisani oblik prati nestandardne ugovore o radu (ugovore o radu na određeno vrijeme, s nepunim radnim vremenom, ugovor o radu kod kuće i sl.). Posebna forma ugovora o radu može se odnositi na posebne klauzule pojedinačnog ugovora o radu.

Ipak, većina analiziranih europskih zakonodavstva zahtijeva izdavanje isprave kojom se utvrđuju uvjeti radnog odnosa. Ovo je u skladu s Direktivom br. 91/533/EEZ, o obvezi poslodavca da obavijestit radnike o uvjetima koji se primjenjuju na ugovor ili radni odnos, koja zahtijeva da radnik bude u potpunosti informiran u pisanom obliku o svim uvjetima radnog odnosa u roku od dva mjeseca od dana zapošljavanja. Svraha izdavanja isprave jest garancija potpune informiranosti radnika o njegovim pravima.

Ugovor o radu u pravilu je neformalan i prema američkom pravu. Najveći broj ugovora sklapaju se usmenim putem, prihvaćanjem ponude koja sadrži uvjete zaposlenja (kao što su plaća, radno vrijeme i dr.). Pisani ugovori sklapaju se s posloprimcima višeg statusa i za bolje plaćene poslove te moraju sadržavati odredene klauzule. Ipak, zbog razloga pravne sigurnosti najveći broj saveznih država prihvatilo je i ozakonilo tzv. statut prijevare (statute

---

32 Primjerice, englesko, francusko, slovensko, hrvatsko; također irsko i talijansko.
of frauds), koji, uz postojanje određenih okolnosti, predviđa pisani oblik ugovora o radu kao pretpostavku njegove izvršivosti.35

2.2.2. Sadržaj ugovora o radu

Određivanje sadržaja ugovora o radu jedan je od aspekata ugoavanja radnog odnosa u kojem je sloboda ugoavanja značajno ograničena.36

Opseg slobode uređivanja sadržaja ugovora o radu određen je, prije svega, zakonskim odredbama (i odredbama kolektivnih ugovora) o obveznim minimalnim uvjetima u kojima se mora obavljati rad, i koji najčešće uključuju plaće, radno vrijeme, odmore i dopuste, bolovanja, rodiljni i roditeljski dopust i mnoga druga pitanja. Ograničenja su postavljena i propisima o zdravlju i sigurnosti na radu. Stranke ugovora o radu slobodne su ugovoriti vrstu rada i radno vrijeme (puno ili nepuno) radnika, a često i visinu plaće.37 Od stranaka se najčešće zahtijeva da u pisani ugovor o radu unese određene, bitne elemente.38

Sadržaj ugovora o radu u britanskom i američkom pravu čine, pored odredaba koje su stranke izričito ugovorile (express terms),39 i odredbe koje se podrazumijevaju, implicitne odredbe (pogodbe) (tzv. implied terms, supplementary rules). Implicitne odredbe jesu pravne obveze koje nastaju iz radnog odnosa, a mogu se uspoređiti s općim načelima privatnog prava kontinentalnog pravnog sustava. Common law tumači ih kao „implicitne pogodbe i očekivanja stranaka ugovora“, a čine najsnažniji instrument kojim suci reguliraju ugovor o radu.40

---


37 To su najčešće: stranke ugovora, početak radnog odnosa, plaća, razdoblja isplate plaće, radno vrijeme, odredbe o odmorima i dopustima, bolovanju, mirovinski plan, otkazni rokovi, naziv radnog mjesta i dr. Usp. čl. 13.-16. ZR-a; čl. 29. ZDR-a.

38 Obvezne odredbe (mandatory express terms) pisanih ugovora o radu odnose se na: plaću, poticaje i potpore, duljinu trajanja ugovora, radne obveze, prestanak ugovora o radu, naknadu u slučaju prestanka ugovora o radu. Više Livingston/Perkins, op. cit., str. 345-347.

39 U sudskoj praksi prihvaćene su sljedeće, temeljne obveze iz ugovora o radu: obveza brige poslodavca za sigurnost radnika (parallel deliktne obveze razumne brige za osobnu sigurnost drugih kontinentalnog prava); obveza poslodavca da ovlast davanja uputa i organizacije proizvodne vrši tako da bude zajamčeno obostrano povjerenje između stranaka (obveza postupanja u dobroj vjeri i zabrana zloupotreba prava u kontinentalnom
implicitnih odredbi mogu biti zakonske naravi (npr. o minimalnoj plaći, prekovremenom radu, zabrani diskriminacije, odmorima), običajno pravo (common law), kao i običaji i poslovna praksa poduzeća. Osnovna razlika između implicitnih odredbi, s jedne, i općih načela ugovornog prava kontinentalnog pravnog sustava (supsidijarnih ili obveznih), s druge strane, jest u tome što stranke mogu izričitim ugovornim odredbama isključiti primjenu implicitnih odredbi. Osim u slučaju kada proizlaze iz zakona, implicitne odredbe ne predstavljaju obvezujuća pravila kojima bi se mogla zaobići primjena izričitih ugovornih odredbi.41

Od pravom uredene slobode oblikovanja sadržaja ugovora o radu valja razlikovati stvarnu mogućnost utjecaja stranaka na sadržaj ugovora. Česta je situacija da poslodavac nudi radniku uvjete zaposlenja koje je jednostrano utvrdio, a radnik može pristati na te uvjete ili odustati od zaključenja ugovora.42 Na temelju shvaćanja da sloboda ugovaranja sadržaja nije djelotvorna, u njemačkom pravu razvila se ideja da granice postavljene zakonom ili kolektivnim ugovorom nisu dovoljno jamstvo nužnoj i pravičnoj zaštiti radnika te su zato potrebna druga sredstva kontrole ugovornog sadržaja, utemeljena na općim načelima. Uveden je pojam kontrole sadržaja ugovora (Inhaltskontrolle), koja uključuje kontrolu protivnosti ugovora moralu (Sittenwidrigkeit)43 te kontrolu pravičnosti i poštenja (Billigkeit).44

I u anglosaksonskom sustavu prava prihvaćena je posebna primjena načela savjesnosti i poštenja te posebna načela tumačenja ugovora o radu. Svrha je zaštititi radnika, jer je ugovor o radu često adhezijski ugovor, u kojem poslodavac propisuje uvjete bez ikakvih pregovora s drugom stranom, u skladu sa shvaćanjem anglosaksonskog prava da se ugovor o radu uređuje odnos između 'gospodara posla i radnika', u kojem poslodavac ima ovlast davati naloge kojima se radnik mora pokoravati.45

---

41 Loc. cit.
42 U poduzećima s velikim brojem zaposlenih postoji i stvarna potreba da se, zbog razloga racionalizacije, uvjeti rada većine radnika urede na jedinstven način, čime je ograničena sloboda ugovaranja ne samo radnika, nego i poslodavca. Zöllner/Loritz, op. cit., str. 161.
43 Utemeljena na odredbi čl. 138. st. 1. BGB-a o ništetnosti pravnog posla zbog protivnosti moralu.
U britanskoj doktrini ističe se također kako, za razliku od ugovora o kupoprodaji ili drugih ugovora trgovačkog ili građanskog prava, svi elementi sadržaja ugovora o radu, zbog njegove naravi, ne mogu biti precizno određeni u trenutku njegova zaključenja. Neodređenost ugovornog sadržaja posljedica je diskrecijskih ovlasti poslodavca da upravlja radom na način da se postigne najveća moguća produktivnost. Upravo zato nepotpunost ili neodređenost ugovora o radu nije slučajna, već namjerna, rezultat strukture autoriteta poslodavca koja je u srži tog ugovora.

2.3. Novi koncept ugovora o radu (od subordinacije k ekonomskoj ovisnosti?)

Subordinacija radnika poslodavcu, kao jedno od bitnih obilježja ugovora o radu i radnog odnosa, dugo je vremena bila prihvaćena kao ključni i nesporni kriterij postojanja radnog odnosa. Današnje shvaćanje subordinacije isključuje svaku podčinjenost osobne naravi (osobe osobi), koja je postojala tijekom razvoja radnog prava, kao i čisto ekonomsku ovisnost radnika izraženu kroz plaću koju zarađuje pojedinačni radnik. Uključuje formalnu ili strukturalnu, odnosno stručnu i organizacijsku (pravnu) subordinaciju. Subordinacija je, čini se, ključna riječ za odgovor na dva bitna pitanja radnoga prava 21. stoljeća: ono o kriterijima za određivanje granice između posloprimaca i samozaposlenih radnika te pitanje količine i mjere mogućeg pomaknutog između samostalnog i nesamostalnog rada.

Pojava sve većeg broja radnika koji rade na marginama radnog prava, u različitim oblicima fleksibilnog rada, bez ugovora o radu, u odnosima u kojima naizgled nisu subordinirani nalogu(poslo)davcu te često ostaju bez zaštite koju jamči radno pravo, dovела je...

Pojam posloprimca još je uvijek središnji pojam kad je riječ o primjeni radnog prava i prava socijalne sigurnosti. Razlikovanje subordiniranih i samozaposlenih radnika\footnote{Vidi Grigurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 16-18.} predstavlja složeno pitanje kako u jurisdikcijama kontinentalnog prava tako i onima sustava common law.


Uređenje instituta ugovora o radu u pojedinim zakonodavstvima pokazuje da ne postoji jasan zakonski pojam posloprimca već široke definicije koje posloprimca najčešće određuju kao osobu koja obavlja rad u zamjenu za plaću u odnosu subordinacije prema drugoj ugovornoj strani, na temelju ugovora o radu ili radnog odnosa s poslodavcem.\footnote{U novijoj engleskoj radnopravnoj literaturi predlaže se novi koncept prava ugovora o radu, u kojem bi common „law of the contract of employment ought to cover the territory of work relationships more broadly, and with fewer and less formidable internal and external boundaries“. Freedland, M., The Role of the Contract of Employment in Modern Labour Law, u: The Employment Contract in Transforming Labour Relations, op. cit., str. 21.}

Kao rezultat nepostojanja dovoljno određene definicije posloprimca u sudskoj su se praksi razvili različiti *testovi razlikovanja* samozaposlenog radnika od posloprimca.\(^{59}\) Pritom valja naglasiti da tu nema bitnije razlike između sustava kontinentalnog prava i sustava *common law*. Ipak, niti jedan pravni sustav nije stvorio test koji bi sa sigurnošću pokazao je li riječ o samostalnom radniku ili subordiniranom posloprimcu, čime je sucima ostavljeno široko područje odlučivanja u pojedinačnim slučajevima.\(^{60}\)

Spor o tome kojoj kategoriji radnika pripada određena osoba moguće je izbjeći, prije svega, izričitim propisivanjem o kakvom je odnosu rada riječ. U nizu zakonodavstava uređen je radnopravni status direktora trgovačkih društava.\(^{61}\) O pitanju mogu li se određeni poslovi obavljati na temelju ugovora o radu, posebno se raspravljalo u vezi s, tzv., slobodnim profesijama, liječnicima i pravnicima.

I stranke ugovora o radu imaju slobodu izbora u kakvom će statusu biti osoba koja se obvezuje izvršiti neki rad, odnosno koju će vrstu ugovora zaključiti. Pritom će izbor stranaka, direktan ili indirektan, biti obvezujući za sud samo ukoliko u svojoj praktičnoj primjeni taj odnos odgovara onome što su stranke ugovorile.\(^{62}\)

Pitanje obuhvaćenosti osoba zaštitom koji pruža radno pravo ne postavlja se samo na razini nacionalnih prava nego i onda kada je riječ o regionalnim sustavima. Kada se govori o pojmu radnika u pravnim aktima Europske unije, valja istaknuti da se misli isključivo na subordiniranog radnika. Sljedeće je pitanje određuje li se sadržaj tog pojma na europskoj ili na nacionalnoj razini.


\(^{60}\) Testove čini niz činjeničnih pitanja. Jedan od najstarijih bio je test stvarne kontrole (rada radnika od strane poslodavca), slijedi test ovlasti poslodavca da vrši nadzor, organizacijski test (je li radnik dio organizacije za koju radi i je li joj subordiniran), test ekonomske ovisnosti radnika o poslodavcu. U praksi se najviše primjenjivala kombinacija navedenih testova, tzv., hibridni test. Engels, C., Subordinate Employees or Self-employed Workers?, op. cit., str. 275, 286-287.


\(^{62}\) Engels, C., Subordinate Employees or Self-employed Workers?, op. cit., str. 281.
nacionalnoj razini? Nema jedinstvenog odgovora. Neki dokumenti zahtijevaju pojmovno određenje radnika na europskoj razini, drugi to prepuštaju nacionalnim zakonodavstvima.63

Koliko je složen stari problem razlikovanja 'posloprimca' od 'neovisnog ugovaratelja' ili 'samostalnog radnika', slikovito je prikazao Lord Wedderburn: „Svaki učitelj Radnog prava umoran je od provlačenja kroz guštaru sudačkih 'testova' kako bi pravio razliku među njima. Nova dinamika kapitala na tržištu rada zahtijevala je da se rad prodaje u nesigurnijem paketu, nego što je to tradicionalni standardni ugovor o radu.“64 O. Kahn-Freund prije 40 godina zaključuje kako se ugovor o radu iz temelja promijenio, a razlozi za to nisu pravni, već ekonomski.65 B. Hepple prije dva desetljeća piše o potrebi da se ugovor o radu zamijeni širokom definicijom „radnog odnosa“ između radnika i poduzeća u kojem je zaposlen.66

Problem definiranja ugovora o radu danas postoji u svim pravnim sustavima u kojima se društvo razvijalo na sličan način, bez obzira na različite izvore, način nastanka i sadržaj ovog instituta. Zato ne čudi što se u znanosti radnog prava istražuju i predlažu novi pojmovi kojima bi se riješile ili olakšale navede poteškoće, kao što je pojam 'odnosa osobnog rada' (personal employment relationship) ili 'nexus osobnog rada' (personal work nexus) britanskog teoretičara radnog prava M. Freedlanda.

Autor u svojim najnovijim istraživanjima67 promišlja dihotomiju između ugovora o radu i ugovora o djelu kroz, tzv., 'nexus osobnog rada' (personal work nexus) i 'kategoriju


66 Hepple, B., Restructuring Employment Rights, op. cit., str. 69, 74.

obicelji ugovora o osobnom radu’ (family of personal work contracts). Zalaže se da ugovorno radno pravo pokrije još šire područje odnosa vezanih uz rad (work relationships), pritom oslobađajući postojeći normativni okvir određenih konceptualnih rigidnosti.

Rješenje za kompleksnost odnosa vezanih uz rad, koji se ne mogu svesti na dva stereotipa (ugovor o radu kao ovisan i ugovor o djelu kao neovisan), autor vidi u razvijanju kategorije tzv. obitelji ugovora o osobnom radu, koja obuhvaća „all contracts personally to execute any work or labour“. Ugovore o osobnom radu promatra u cjelini, kao raznovrsnu, ali povezani veliku grupu ili obitelj ugovora (tzv. holistički pristup), u kojoj su ugovori o radu brojčano pretežniji. Kategoriju 'obitelji ugovora o osobnom radu' Freedland stvara i analizira na temelju zajedničkih i razlikovnih obilježja ugovora o osobnom radu. Ipak, novu kategoriju samu za sebe nije moguće koristiti kao opću, univerzalnu, jer iako uključuje širok opseg odnosa vezanih uz rad, neke bitne vrste takvih odnosa ostaju isključene. Zato predlaže pojam 'nexusa osobnog rada' u značenju „veze ili věza, povezanosti, između osobe koja osobno obavlja rad i osoba, organizacija ili poduzeća koja su uključena u sporazume o takvom osobnom radu ili u incidentalne sporazume o takvom osobnom radu.“ Kako je riječ o pravnom, a ne empirijskom pojmu, veze ili povezanosti mogu biti one koje pravni sustav poznaje ili priznaje, ali ne moraju biti ugovorne. Pojam nexusa moguće je, dakle, razviti normativno. Tako oblikovan pojam nexusa nudi okvir za svaki sporazum i ugovor o osobnom radu. Osoba koja obavlja rad može imati više od jednog sporazuma o radu, tj. više 'nexusa osobnog rada', koji mogu biti isprepleteni, pri čemu su mogućnosti njihovih kombinacija veće jer se priznaju i neugovorne veze i povezanosti.

Pojam 'obitelji ugovora o osobnom radu' predstavlja osnovu za razumijevanje i povezivanje različitih oblika u kojima se mogu pojaviti odnosi osobnog rada. 'Nexus osobnog rada' nudi još „širu matricu za tumačenje pravnih konstrukcija ovih odnosa osobnog rada; to

---

68 Autor, koji se kategorijom ugovora o radu bavi više od 30 godina, nastoji 'redizajnirati suh pejzaž radnog prava' koji čine monotoni ugovori o radu, s jedne, i drugi monolitni pojam ugovora o djelu, s druge strane, dvije uniformne gomile zemlje među kojima je dubok i velikim dijelom nepremošten gorski klanac. „Ono što teritorij na svakoj strani čini kompaktnim i istim jest postojanje ove provalije.“ U takvom pejzazu drugi pravni odnosi vezani uz rad, kao što je odnos zastupanja ili vršenja funkcije, ostaju na velikoj udaljenosti, „protjerani u status udaljenih i stranih teritorija“. Freedland, Mark, The Role of the Contract of Employment in Modern Labour Law, op. cit., str. 21.

69 Freedland, M., From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus, op. cit., str. 4.

70 Kao kriterije razlikovanja predlaže: u teoriji većinom prihvaćene pojmove radnika i poslodavca te nekoliko slabije prihvaćenih kriterija naravi i kvalitete odnosa: trajanje i kontinuitet odnosa, osobnost (osobno obavljanje rada), svrhu ili način ugovornog odnosa. Više: ibid., str. 7-10.

71 Autor ih svrstava u 3 grupe: odnosi osobnog rada koji se po svojoj naravi smatraju potpuno neugovorni, ili izvanugovorni (npr. faktični rad nakon nezakonitog, ali pravno efektnog otkaza ugovora o radu); složeni ili višestranaci odnosi (npr. rad preko agencije za privremeno zapošljavanje); odnosi kod kojih uz glavni, postoje i incidentalni sporazumi (ugovori) stranaka (npr. o sudjelovanju u dobiti, osiguranju plaće za vrijeme bolesti).

72 Ibid., str. 16.
je pojam 'ugovora plus osobni rad'\textsuperscript{73}. Struktura ovog modela dvoslojna je: unutarnju strukturu čine pravno obvezujući ugovori o osobnom radu, a vanjsku \textit{nexus} osobnog rada, koji uključuje sporazume o osobnom radu koji ne moraju nužno biti pravno obvezujući ugovori.

Autor smatra da ovakva koncepcija može biti korisna i važna za unapređenje pravnog uređenja ugovora o osobnom radu. Tu svoju tvrdnju temelji na tri načina poboljšanja učinkovitosti: 1. priznanju mnogostrukosti ugovora o osobnom radu; 2. boljem razumijevanju konvergencija i divergencija različitih ugovora o osobnom radu; 3. povećanju povezanosti regulative ugovora o osobnom radu i drugih ugovora o djelu. Proširenje personalnog dosega radnog prava izaziva strah tvoraca radnog prava,\textsuperscript{74} koji se, prema mišljenju autora, može ublažiti analizom rješenja europskog usporednog prava, ali i radnog prava EU.\textsuperscript{75}

Razmatrana stajališta doktrine o pravnoj naravi ugovora o radu i radnom odnosu navode na sljedeće zaključke. Ugovor o radu predstavlja najvažniju osnovu radnog odnosa, kao specifičnog pravnog odnosa čija su obilježja dobrovoljnost, osobno obavljanje rada u određenom radnom vremenu, trajnost, profesionalnost i teretnost. Postojanje ugovora o radu (ili presumpcija o njegovu postojanju), te na njemu zasnovanog radnog odnosa, temeljna je pretpostavka primjene radnozaštitnog zakonodavstva. Radnik koji ima ugovor o radu ima i najveći stupanj pravne sigurnosti. Ipak, danas se zbog fleksibilizacije radnog odnosa nameće potreba elastičnijeg i šireg tumačenja ovog pojma. Radnozaštitno zakonodavstvo primjenjuje se i u slučajevima kada između radnika i poslodavca ne postoji ugovor o radu, već samo radni odnos, kao što je, primjerice, u engleskom pravu, odnosno primjenjuje se na skupine osoba sličnih posloprimcima, poznate i u njemačkom i austrijskom pravu. Tendencija širenja pojma „posloprimac“, kao i njegova definicija na europskoj razini, kroz odredbe direktiva EU i praksu Europskog suda, upućuje na zaključak o 'novom radnom odnosu'. To je radni odnos u kojem element subordinacije može biti slabije izražen, a veći je naglasak na ekonomskoj ovisnosti radnika. Tako shvaćen radni odnos odražava stanje na tržištu rada koje zahtijeva i

\textsuperscript{73} Ibid., str. 17.

\textsuperscript{74} Novi pristup ugovorima o osobnom radu omogućio bi povećanje teorijskih i praktičnih kompetencija pravnika koji se bave radnim pravom, obuhvaćajući njihovim djelokrugom šire područje ugovora, uključujući i određene sporazume ili ugovore o financijskim uslugama ili financijskoj sigurnosti, koji su povezani ili su incidentalni odnosima osobnog rada (sporazumi o dioničarstvu, dugotrajnom bolovanju, osiguranju za slučaj viška radnika te različite mirovinske aranžmane, koji se promatraju kao sastavni dio ili kao ovisni o ugovorima o radu). Narav takve povezanosti nejasna je, što se može otkloniti novim metodološkim pristupom koji predlaže. Ibid., str. 24-28.

novi pojam radnika (posloprimca): to može biti osoba koja radi kod kuće, uz korištenje kompjutorske tehnologije, obavlja radne zadatake koji ulaze u tercijarni sektor gospodarstva, radi za više poslodavaca, obavljajući iste (ili različite) poslove. Važnu ulogu u priznavanju statusa osobe zaštićene radopravnim zakonodavstvom imaju sudovi, kao pravnostvaralački subjekti.
3. POVIJESNI RAZVOJ ZAŠTITE RADNIKA OD NEŽELJENOG PRESTANKA UGOVORA O RADU

Prije razmatranja pravnih izvora i pojedinih načina prestanka ugovora o radu analizira se povijesni razvoj pravne zaštite radnika od neželjenog prestanka ugovora o radu. Ona je kroz vrijeme mijenjala svoj sadržaj i oblike.

Najznačajnije je pitanje zaštite radnika od otkaza ugovora o radu. Kao što je spomenuto, danas je u većini zakonodavstava prihvaćeno ograničenje slobode poslodavca da otkaze ugovor o radu. Ograničenja su postavljena i za druge načine prestanka ugovora o radu: sporazumni prestanak, prestanak ugovora istekom vremena na koje je sklopljen, prestanak zbog ostvarenja uvjeta na starosnu mirovinu. Stvarno razgraničenje ovlasti poslodavca i radnika da uređuju, dakle i okončaju radni odnos, moguće je utvrditi jedino u kontekstu socijalnih funkcija pravila o zaštiti od otkaza ugovora o radu76 te od drugih oblika neželjenog prestanka ugovora. Ova pravila dio su radnoga prava, čija je osnovna svrha, kao što je to u svojem djelu Labour and the Law zapisao Otto Kahn-Freund: „to regulate, to support and to restrain the power of management and the power of organised labour“.77

U nastavku se analiziraju: teorija o radu kao robi i doktrina o „radnom odnosu po izboru“, pravo na rad, sigurnost radnog odnosa, pojam „vlasništva radnog mjesta“, pravna zaštita u slučaju otkaza zbog opravdanog razloga i zbog ekonomskih razloga te nove ideje o sigurnosti radnog odnosa – employability, fleksibilnost i fleksigurnost.

3.1. Rad kao roba i doktrina o „radnom odnosu po izboru“

Prema mišljenju neoklasičnih ekonomista rad je roba kao i svaka druga; radnici prodaju svoje sposobnosti i radnu snagu, a poslodavci kupuju onu količinu koja im je potrebna. Bilo koja zapreka nesmetanom funkcioniranju tržišta rada smatra se smetnjom ostvarenju općeg dobra pa zato treba ukloniti sva sredstva koja, protiv volje stranaka, osiguravaju radni odnos, kao štetna za svih.78
Primjer ovako postavljenog stajališta o radu kao robi predstavlja doktrina radnog odnosa po izboru (ili volji; engl. *employment at will*) američkog prava, odnosno *common law* razvijen u sektoru u kojem radnici nisu sindikalno organizirani, kakav je bio u svom izvornom obliku, tj. prije prihvaćanja manjeg broja europskih standarda. Prema načelu o radnom odnosu po izboru jedno od temeljnih obilježja ugovora o radu jest presumpcija da se ugovor smatra zaključenom „po izboru“ uvijek kada ne postoji izričit sporazum stranaka o tome da se zaključuje na točno određenu vrijeme ili kada ne postoje okolnosti koje bi upućivale na suprotno. Riječ je, dakle, o radnom odnosu „od trenutka do trenutka“ (*on a moment-to-moment basis*), koji sadrži trenutnu i trajnu ponudu i prihvat, a svaka ga je ugovorna strana slobodna raskinuti u svakom trenutku bez prethodne obavijesti o otkazu, ili bez postojanja opravdanih razloga. Ovo načelo američki su sudovi razvili nakon Gradanskog rata.

Promatran s teorijskog stajališta, sudovi su ovo pravilo smatrali otjelovljenjem slobode pojedinca. Naime, ugovor o radu određenog trajanja smatrao se „potpunim“, kao što su to i drugi ugovori trgovačkog prava, pa je svako otkazivanje takvog ugovora od strane radnika moglo dovesti do gubitka prava na naknadu za izvršeni rad i odgovornosti za povredu ugovora. Prihvaćanje pravila po izboru samo za ugovore o radu izvodi se iz vladajuće ideje o „slobodnom“ radu. Najveći broj ugovora o radu u SAD-u danas su ugovori po izboru, dok ugovori različiti od njih sadrže izričitu odredbu o trajanju zaposlenja i razloge za otkaz.

### 3.2. Pravo na rad

Praksa svih industrijaliziranih zemalja, pa i onih najbližih stajalištu o radu kao robi, ipak je pokazala da rad nije roba i da ga od robe razlikuje specifična priroda, jer je rad u

---


81 *Louisiana Civil Code*, iz 1808. g., sadržavao je odredbu sljedećeg sadržaja: „Čovjek je slobodan otpustiti zaposlenog slugu, svojeg ili svoje obitelji, bez navođenja razloga za to. Sluga je također slobodan napustiti ga bez navođenja razloga.“ (čl. 57.). Identičan zakonski tekst zadržan je do danas (čl. 2747. istog zakonika).

82 Promatrano s teorijskog stajališta, sudovi su ovo pravilo smatrali otjelovljenjem slobode pojedinca. Naime, ugovor o radu određenog trajanja smatrao se „potpunim“, kao što su to i drugi ugovori trgovačkog prava, pa je svako otkazivanje takvog ugovora od strane radnika moglo dovesti do gubitka prava na naknadu za izvršeni rad i odgovornosti za povredu ugovora. Prihvaćanje pravila po izboru samo za ugovore o radu izvodi se iz vladajuće ideje o „slobodnom“ radu. Najveći broj ugovora o radu u SAD-u danas su ugovori po izboru, dok ugovori različiti od njih sadrže izričitu odredbu o trajanju zaposlenja i razloge za otkaz.

materijalnom smislu nemoguće odijeliti od osobe radnika i prodati zasebno. S druge strane, radni odnos ima različitu svrhu za poslodavca i radnika: za poslodavca je važan rezultat rada, a za radnika njegove sposobnosti i napori.84

Rad je danas kroz radni odnos podignut na razinu 'prava na rađ', zajamčenog mnogim modernim ustavima85 i zakonima te međunarodnim instrumentima.86 Pravo na rad može se definirati na više načina.87 U najširem smislu, to je „apstraktno 'pozadinsko' pravo pojedinca da od države zahtijeva vođenje politike pune zaposlenosti, zaštitu mogućnosti svakog radnika da zaraduje za život u radnom odnosu kojeg je slobodno zasnovao, organiziranje i wođenje besplatnih službi za zapošljavanje za sve radnike te organiziranje i provođenje profesionalnog obrazovanja.“88 Budući da je dužnost ostvarivanja tog prava i stvaranje uvjeta za to upućena državi, ono ostaje programsko pravo, usmjereno budućnosti, ali ne i neposredno subjektivno pravo pojedinca, koje bi se moglo ostvariti u postupku pred nadležnim tijelom javne vlasti.89

Shvaćeno u drugom smislu pravo na rad postojalo je u nekadašnjim socijalističkim europskim zemljama; u nekima od njih također zajamčeno ustavom (primjerice, Jugoslavije, SSSR-a). Ono radniku daje vrlo određen položaj, koji se može odrediti ne kao pravo na točno određeno radno mjesto već kao jamstvo radnog odnosa. Ipak, za razliku od prava na rad proklamiranog Europskom socijalnom poveljom i u zapadnoeuropskim zemljama, u sebi uključuje i zakonsku dužnost rada i strogo pridržavanje radne discipline, čije izbjegavanje može biti kažnjivo.90

Ostvarivanje prava na rad shvaćenog u širem smislu ulazi u okvire ekonomske i socijalne politike država te uključuje izbor i primjenu neke od strategija makroekonomske naravi. No za razmatranu temu mnogo je važnije razmotriti pravila radnoga prava (industrijskih odnosa) i sudsku praksu koji se bave pitanjem sigurnosti radnog odnosa. Kako je sažeti prikaz ovog područja vrlo teško dati,91 moguće je govoriti o trendovima: 70-e godine

85 Hrvatska, čl. 54. st. 1. Ustava; uvodni dio francuskog Ustava; Slovenija (samo pravo na slobodan izbor zaposlenja).
86 Opća deklaracija o pravima čovjeka UN (1948.); Europska socijalna povelja (1961.); Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima UN (1966.).
87 Jedno od mišljenja jest ono koje pravo na rad shvaća kao slobodan izbor ovisnog i neovisnog rada, čime je ono „gotovo izjednačeno sa slobodom rada.” Ravnić, A., Osnove radnog prava, op. cit., str. 105-106.
89 Ravnić, A., Osnove radnog prava, op. cit., str. 108.
91 Primjena makroekonomskih mjera ovisi o političkoj, društvenoj i ekonomskoj tradiciji neke zemlje, a mjere vezane uz sigurnost radnog odnosa vrlo su različite, bez obzira na usvojene opće minimalne standarde (primjerice, na razini EU). Ibid., str. 476.
20. st. obilježene su jačanjem državne intervencije u tržište rada, snažnjim utjecajem poslodavaca i sindikata u stvaranju politike i različitih oblika radničke participacije u poduzećima te jačanjem zakonskog uređenja kontrole razloga otkaza i postupka otkazivanja ugovora o radu. 80-e su godine deregulacije, odnosno tržišne regulacije radnog odnosa (veće fleksibilnosti u korištenju ugovora o radu na određeno vrijeme, smanjenja obveza poslodavca u vezi s otkaznim rokom i dr.), koja je 90-ih ublažena uvođenjem modela fleksigurnosti, u kojem je naglasak na potrebi za sigurnošću radnog odnosa kao protuteži fleksibilnosti tržišta rada.

Na temelju navedenoga može se zaključiti da je pravo na rad širi pojam, široko apstraktno pravo koje uključuje stvaranje radnih mjesta, njihov kontinuitet i prestanak, ali ne i konkretno ostvarenje nekog radnog odnosa, dok je sigurnost radnog odnosa uži pojam koji se često koristi kako bi se opisala kontrola prestanka radnog odnosa na inicijativu poslodavca.93

### 3.3. Sigurnost radnog odnosa

Pojam 'sigurnost radnog odnosa' (employment security) novijeg je datuma.94 Može se definirati kao postojanje određenog oblika normativne intervencije (postojanje izričitih i prešutnih pravila i propisa) radi zaštite radnika od arbitrarne odluke poslodavca da otkaže radniku ugovor o radu.95 Srva je zakonodavstva o zaštiti od otkaza postizanje veće sigurnosti radnog odnosa. U najširem smislu, sigurnost radnog odnosa određuje se kao dostupnost mogućnosti zapošljavanja u određenoj ekonomiji; posljedično, ekonomska politika i regulatorna politika trebaju nastojati maksimizirati izglede radnika da nađu posao, tijekom karijere mijenjaju poslove. Ona istovremeno ne znači garanciju da će radnik moći zadržati svoje radno mjesto.96 Ovakvo shvaćena sigurnost radnog mjesta, odnosno sigurnost radnog odnosa u sebi sadrži element prava na rad. Za opće norme njemačkog prava o zaštiti od otkaza ističe se kako služe zaštiti stalnosti radnog odnosa (Bestandschutz), a norme koje uređuju otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu zaštiti sadržaju ugovornog odnosa.97

---

92 Ibid., str. 476-477.
96 Linck, Rüdiger, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 41-42 (Rn. 80); Kreuder/Potočnjak, op. cit., str. 112-113.
Sigurnost radnog odnosa može imati i druga značenja. Ako se shvati kao sigurnost radnog mjesta (job security), odnosi se na zaštitu radnog mjesta na kojem radnik radi. Pretpostavka zaštite jest postojanje prilično čvrste klasifikacije radnih mjesta, a u regulatornom smislu ograničenje prava poslodavca da tu klasifikaciju mijenja svojom voljom.

Od pojma sigurnosti radnog odnosa treba razlikovati i pojam de facto stabilnosti radnog odnosa (de facto employment stability), kojim je označena situacija u kojoj je stabilan, dugotrajan radni odnos pravilo.\(^98\)

3.4. Sukob zahtjeva i ownership of jobs

Ako se sigurnost radnog odnosa odredi kao zaštita radnika od otkaza, u njoj je moguće prepoznati dva suprotstavljena zahtjeva: s jedne strane, potrebu (zahtjev) poslodavca da se prilagodi ekonomskim fluktuacijama na tržištu proizvoda, s nužnom posljedicom prilagođavanja broja radnika opsegu posla te, s druge, potrebu radnika da kontinuirano ostvaruje prihode svojim radom.\(^99\)

Potrebu radnika američki teoretičar radnoga prava F. Meyers objašnjava pojmom „vlasništva radnog mjesta“ (ownership of jobs; job property), u smislu prava pojedinog radnika da zadrži, neovisno o volji i ovlastima svog poslodavca, neometani posjed radnog mjesta i određenih radnih uvjeta.\(^100\) Pojam vlasništva iz ove sintagme autor shvaća vrlo široko, više kao analogiju s tradicionalnim pravom(ima) vlasništva nego kao jednu od njihovih kategorija. Ipak, ističe kako to implicira promjenu sustava prava i obveza u vezi s radnim odnosom i odnosom poslodavca prema radniku:

„To the layman at least, one of the essential characteristics of property is the right to retain undisturbed possession … If employment is property, or analogous thereto, undisturbed possession means the right to continue in employment at will of the employee. Protection against involuntary dismissal is a crucial characteristic to be sought if a system may be said to have property-like rights in employment“.\(^101\)

Autor na temelju analize nekoliko pravnih sustava zaključuje o neodrživosti klasično liberalnog ugovornog pristupa radnom odnosu u složenom industrijskom društvu.\(^102\)

---

\(^100\) Meyers, Frederick, Ownership of jobs: A Comparative Study, Los Angeles, Institute of Industrial Relations, University of California, 1964.
\(^101\) Ibid., str. 1.
\(^102\) Radnici smatraju da imaju neku vrstu posjeda nad radnim mjestom i da stvaraju institute kojima kontrola obveza prelazi iz ruku poslodavca i koji su subjektivni izraz prenošenja prava sličnih vlasništvu radnicima. U SAD-u sredstvo takve kontrole bio je, prije svega, kolektivni ugovor, dok je za Francusku i Meksiko primarno sredstvo bio zakon. Nasuprot tome, u V. Britaniji uobičajeno sredstvo kojim se jamčio povratak otpuštenih
Ideja o vlasništvu radnog mjesta ne znači da radnik može prodavati ili 'otuđivati' svoja prava iz radnog odnosa drugome; pojam vlasništa radnog mjesta može uključivati ne samo ovisnost radnika o radnom mjestu zbog ekonomskog opstanka već i zadovoljstvo radnim mjestom u smislu osobnog izražavanja i ispunjenja ciljeva u vezi s karijerom i zanimanjem.\(^{103}\) Zbog ograničenosti ideje o vlasništvu radnog mjesta javlja se i stajalište da je interes radnika za sigurnim radnim mjestom prihvatljivije promatrati kao pravo na dostojanstvo spojeno s uvjetima za samostalnost i slobodu.\(^{104}\)

S druge strane, poslodavci su suočeni s vrlo snažnim pritискima među kojima glavno mjesto imaju utjecaj tehnologije(a) i ekonomska recesija. Zahtjev i interes menadžmenta jest sačuvati fleksibilnost u odlučivanju to hire and fire, dok sindikati teže zaštititi postojeća radna mjesta; važno je postići ravnotežu ta dva procesa. Jedan od učinaka tehnologije jest porast poduzetništva omogućen naprednim komunikacijama i razmjenom informacija. Ipak, puno je značajniji utjecaj koji nove tehnologije i jačanje tercijarnog sektora imaju na praksu i stilove upravljanja ljudskim potencijalima i na sigurnost radnog odnosa u pojedinom poduzeću.\(^{105}\)

Za sigurnost zaposlenja važne su i druge ekonomske promjene, kao što je globalizacija svjetske ekonomije praćena rastom međunarodne konkurencije, ulazak novih industrijskih zemalja na svjetska tržišta, skraćenje životnog vijeka proizvoda, važnost kvalitete kao konkurentne prednosti i dr. Jedan od odgovora menadžmenta na ove promjene uvođenje je različitih oblika fleksibilnosti.\(^{106}\)

Veličin broj aktivnosti u okviru upravljanja ljudskim potencijalima predstavlja prijetnju sigurnosti radnog odnosa razvijenog u okviru tradicionalnog koncepta vlasništva radnog odnosa. Kako bi se uravnotežile potrebe poslodavaca i radnika, zakonodavstva usvajaju mnogobrojne različite mjere. No osnovna pravila vrlo su slična, a svrha im je svestri na minimum viškove radnika te ublažiti posljedice za radnike koji su dobili otkaz.\(^{108}\)

---

radnika na posao bili su neslužbeni štrajkovi grupa radnika, a pravni instituti i kolektivni ugovori tek su sekundarne naravi. Ibid., str. 112 i d.

\(^{103}\) Pojam se poklapa i s praksom velikih organizacija koje su nudile doživotno zaposlenje svojim radnicima; mobilnost radnih mjesta, obrazovanje i profesionalno napredovanje i napredovanje u karijeri u najvećoj mjeri događaju se na unutarnjem tržištu rada samog poduzeća. Deakin/Morris, Labour Law (2009), str. 354.


\(^{107}\) Loc. cit.

3.5. Otkaz zbog ekonomskih razloga i otkaz zbog opravdanog razloga

Osnovno razlikovanje mjera zaštite radnika od otkaza ugovora o radu temelji se na kriteriju uzroka otkaza na strani radnika. Postoji nekoliko razloga za takav otkaz. Svoju teorijsku podlogu nalaze u doktrinama „prava gospoda i sluge“ (law of master and servant) te disciplinskih i upravljačkih ovlasti poslodavca (disciplinary and managerial powers of employer), karakterističnim za anglosaksonski sustav prava, ili neizvršavanja ugovorne obveze posloprimača kontinentalnog pravnog sustava.¹⁰⁹

Međunarodnim instrumentima, nacionalnim zakonodavstvima i sudskom praksom uredene su dvije vrste otkaza: otkaz zbog ekonomskih razloga (dismissal for economic reasons, ili smanjenje radne snage, workforce reductions), kod kojeg je poslodavac ovlašten otkazati ugovor o radu radniku zbog ekonomskih, tehničkih ili organizacijskih razloga te otkaz zbog opravdanog razloga (dismissal for cause), kada je poslodavac ovlašten otkazati radniku, a radno mjesto i dalje postoji.¹¹⁰

Otkaz zbog ekonomskih razloga najčešće je predmet posebnih pravila, čija je svrha izbjegavanje ili svidoćenje na minimum otkaza radnicima te poduzimanje mjera za ublažavanje njihovih negativnih posljedica za radnike.¹¹¹ Mjere je moguće podijeliti u tri skupine. U prvoj su one kojima se nastoji zadržati razina zaposlenih u poduzeću za vrijeme privremenih poteškoća;¹¹² u drugoj mjere usmjerene smanjenju broja osoblja dobrovoljnim 'napuštanjem' poduzeća;¹¹³ a treću čine mjere kojima se ublažavaju posljedice otkaza za radnika i poduzeće.

Ograničenja otkaza zbog ekonomskih razloga u različitim se zakonodavstvima danas kreću od vrlo strogih ograničenja do gotovo potpune slobode. Ona se, među ostalim, odnose na kriterije za izbor radnika kojima će se otkazati (tzv. socijalni izbor), ponovno zapošljavanje radnika koji su dobili otkaz, pomoć u pronalaženju alternativnog zaposlenja i obrazovanje,

sudjelovanje i ovlasti tijela javne vlasti u donošenju odluke o otkazu, sudjelovanje radničkih predstavnika.

Mjere financijske naravi posebno su značajne za pitanje sigurnosti radnog odnosa. Zakoni i kolektivni ugovori uređuju dva osnovna sustava takvih mjera: otpremnine i zadržavanje prava na plaću.

S obzirom na različita obilježja pravnog uređenja otkaza zbog opravdanog razloga moguća je podjela u tri skupine nacionalnih zakonodavstava: prvu čine zakonodavstva SAD-a i Kanade, drugu zakonodavstvo Njemačke (i njemu slična zakonodavstva), a u treću, koja prihvaća mješovito rješenje, ulaze neke zemlje kontinentalnog pravnog kruga, kao što je Francuska.

Za SAD i Kanadu karakterističan je dualan sustav koji čine, s jedne strane, pravila koja se primjenjuju na sve radnike te, s druge strane, pravila koja se primjenjuju samo na sindikalno organizirane radnike, a nastala su kolektivnim pregovaranjem.

Suprotnost ovakvom modelu predstavlja njemačko zakonodavstvo o otkazu ugovora o radu. Njega karakterizira postojanje pravila o individualnom otkazu koja se primjenjuju i na kolektivne viškove, koji se definiraju kao skup pojedinačnih otkaza. Razlikuje se redoviti otkaz, koji može biti uzrokovан ekonomskim razlozima, osobnim razlozima i ponašanjem posloprimca, te izvanredni otkaz u slučaju kada je nemoguće nastaviti radni odnos, i na koji se primjenjuju ista pravila kao za redovite otkaze, osim pravila o otkaznom roku, kojega nema kod ove vrste otkaza. Radničko vijeće, kao predstavništvo radnika, mora biti obaviješteno o otkazu, u protivnom otkaz je ništetan.

Kombinaciju ova dva modela predstavljaju rješenja u nekim zakonodavstvima kontinentalnog pravnog kruga u kojima su sve vrste otkaza i za sve kategorije radnika uređene.

---


116 U SAD-u se danas na radnike izvan sindikalnog sektora, koji obuhvaća samo oko 15 % radne snage, primjenjuje prije svega doktrina o radnom odnosu po izboru, ublažena nekim ograničenjima propisanim saveznim zakonima (prije svega onima kojima se radnici štite od diskriminirajućeg postupanja poslodavaca), zakonima država (jedini zakon koji se traži postojanje razloga za otkaz ima Montana) i od sudova stvorenim običajnim pravom. Ibid., str. 391.-392; Goldman/White, op. cit., str. 58, 99, i d.

117 Ono može, u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu, izraziti prigovor, koji radniku može pomoći u postupku pred sudom, ali poslodavac može nastaviti s postupkom otkazivanja. Suprotno, kod redovitog otkaza prigovor radničkog vijeća odgađa posljedice otkaza do okončanja sudskog postupka, ako je on pokrenut.
zakonom, a otkaz na inicijativu poslodavca dopušten je, ali se može pobijati zbog zloporabe ili nepostojanja opravdanog razloga. U ovim zakonodavstvima, kao što je primjerice francusko, središnji institut jest pojedinačni ugovor o radu pa se sve vrste otkaza mogu podvesti pod pravnu kategoriju raskida ugovora o radu. U tom kontekstu sigurnost radnog odnosa shvaćena je kao uređenje ili ograničenje prava poslodavca na raskid pojedinačnog ugovora o radu s radnikom.

Zakonodavstva velikog broja zemalja predviđaju različita ograničenja prava otkazivanja, čija je svrha spriječiti smanjenje sigurnosti radnog odnosa. Ona se odnose na obavijest o otkazu, otkazni rok, opravdanost razloga za otkaz, otpremninu, pravo na slobodno vrijeme za traženje novog posla, postupovna pitanja vezana uz otkaz i druga pitanja, o kojima će biti riječi u nastavku rada.

3.6. Nova dimenzija sigurnosti radnog odnosa – modeli zapošljivosti, fleksibilnosti i fleksigurnosti

Sve se češće postavlja pitanje nije li sigurnost radnog odnosa (radnog mjesta), kako je do sada shvaćana, prošlost. Stari model kvazidoživotnog radnog odnosa uz prihvatljivu plaću, u zamjenu za neupitnu lojalnost i poslušnost, polako nestaje, a na obzoru „novog elastičnog svijeta“ zamjenjuju ga pojmovi: zapošljivosti i fleksibilnosti.118 Možemo dodati: i fleksigurnosti.

U svome članku o 40 godina radnoga prava Lord Wedderburn ističe da radno pravo valja promatrati u okrilju „Novog Kapitalizma“.119 Globalizacije i nove informatičke tehnologije, kapitala koji je mobilniji, složeniji, uz golemu akumulaciju, i puno snažnijih.120 Promjene u okviru radnog prava obilježene su sve jasnijim odnosom subordinacije radnika poslodavcu.121 Legislativne promjene pod snažnim su utjecajem „neoliberalne ideologije i snaga ekonomske globalizacije“. Nakon stoljeća rasta u svjetskim razmjerima očito je

120 Ibid., str. 397. Autor citira ekonomista Meghnada Desaija koji u svojoj knjizi Rethinking Islamism (I.B. Tauris, 2008, str. 24) jezgrovito oslikava današnjicu: „... forces have been at work globalising the world. Internet and mobile telephony made possible by satellite technology, rapid deregulation and liberalising of international capital movements and progressive dismantling of tariff barriers, vast movements of legal and illegal immigrants, and the growing evil of human trafficking, clandestine trade in drugs and money-laundering, the cheapening of lethal arms and the ease with which they are traded across boundaries – all have made the world of the last ten or fifteen years different from the previous thirty years."
121 Ovo se događa u okviru sve slabijeg javnog i sve jačeg privatnog sektora, čije su središte jedinice kapitala s mnoštvom menadžera, organizirane kao registrirana trgovačka društva, često s prekograničnim elementom, umjetnom pravnom osobnošću i ograničenom odgovornošću investitora, dakle, apstraktnim poslodavcem i veoma pokretljivim kapitalom.
slabljenje snage sindikata u većini europskih zakonodavstava te povratak individualizmu i snagama slobodnog tržišta.\textsuperscript{122}

Prije gotovo četrdeset godina teoretičari su upozoravali su na promjene koje će zbog pojave multinacionalnih poduzeća pretrpotiti ciljevi što ih radno pravo nastoji postići\textsuperscript{123} te na potrebu da se transnacionalnim organizacijama radnika zajamče prava „kako bi kolektivno pregovaranje preživjelo uz multinacionalne korporacije i njihova ekonomska prava iznesena u Ugovoru kao temeljna prava ujedinjenog unutarnjeg tržišta“\textsuperscript{124}. Danas se pisci radnoga prava slažu da je pritisak radnika na europskoj razini nužan, ali još uvijek ne nude rješenja na koji način to i postići.\textsuperscript{125} U takvim okolnostima razvili su se novi modeli zaštite radnika od prestanka ugovora o radu.

\textbf{3.6.1. Zapošljivost}

\textit{Zapošljivost (employability)} predstavlja sposobnost radnika da se prilagodi dostupnim vrstama radnog odnosa.\textsuperscript{126} Ovaj pojam jedan je od elemenata Europske strategije zapošljavanja.\textsuperscript{127} Predstavlja jedan od četiri stupa,\textsuperscript{128} na kojem su se do 2003. g. temeljile godišnje upute Vijeća i Komisije državama članicama. Cilj je sprječavanje dugotrajne nezaposlenosti i olakšavanje pristupa tržištu rada.\textsuperscript{129}

---


\textsuperscript{129} Uz prilagodljivost, poduzetništvo i jednake mogućnosti.

Europsko tržište rada pogođeno je danas dubokom krizom. Bez posla ostaju, prije svega, muškarci, malodobni radnici, niže kvalificirani radnici i privremeni radnici.\(^{130}\) Opća scena rada i zapošljavanja danas je možda najviše nalik kombinaciji dva moguća scenarija kako ih je, prije nekoliko godina, vidio J. Rojot. Prema najgorem scenariju, zapošljivost baca teret sigurnosti radnog odnosa samo na radnika, koji se sam mora brinuti za stvaranje i održavanje svoje prilagodljivosti različitim vrstama radnog odnosa. Samo će se oni uspješni prilagoditi i prosperirati, ostali postaju izopćenici iz informatičkog društva. U najboljem od svjetova zapošljivost počiva na dostupnosti obrazovanja i učinkovitim mehanizmima ravnoteže na tržištu rada, bez nepotrebnih birokratskih pritisaka na poduzeća, a zapošljivost jest podijeljena odgovornost između lanca poduzeća i pojedinca. Ipak, tehnička i pravna sredstva osiguranja te ravnoteže tek treba razviti.\(^{131}\)

3.6.2. Fleksibilnost

Suvremeno radno pravo pokazuje snažan trend prema fleksibilnosti. Do uvođenja različitih oblika fleksibilnosti dovele su promjene na tržištu rada uzrokovane jakim ekonomskim promjenama 80-ih i 90-ih godina prošlog stoljeća.\(^{132}\) Europske zemlje bile su primorane uvesti fleksibilna tržišta rada kako bi ostale kompetitivne.\(^{133}\) Niz studija o fleksibilnosti donosi različita stajališta o toj pojavi. Prema jednoj grupi, fleksibilnost stvara nesigurno tržište rada za slabije plaćene radnike, dok druga grupa zastupa optimistično stajalište prepoznajući u fleksibilnosti mogućnost snažnijeg osobnog razvoja radnika i ravnoteže između obitelji i posla.\(^{134}\)

Fleksibilnost je pojam koji se često koristi u kontekstu europskog radnog prava, ali je zbog multidimenzionalnosti njegovo značenje sporno. Uz vrlo prisutno razlikovanje između funkcionalne i numeričke fleksibilnosti, fleksibilnost se danas najčešće vezuje uz deregulaciju, tj. uklanjanje regulativ i instituta koji štite radnike. U užem smislu, fleksibilnost se tumači kroz, tzv., atipični rad kao što je rad na temelju ugovora na određeno


\(^{132}\) O fleksibilizaciji radnog zakonodavstva u povijesnom kontekstu, vidi Gotovac, Viktor, Radno pravo za 21. stoljeće: mitovi o fleksibilizaciji, Financijska teorija i praksa, god. 27, br. 4, 2003., str. 418 i d.

\(^{133}\) U zapadneoeuropskim zemljama to je učinjeno dosta uspješno, a primijenjene su različite strategije u okviru postojeće regulacije tržišta rada. Participacija radnika, kao i ekonomski rast u tom razdoblju bili su visoki, a došlo je i do promjene od 'fleksibilnosti u interesu poslodavca' prema 'fleksibilnosti u interesu radnika', usmjerenoj potrebama pojedinca. Nasuprot tome, zemlje srednje i istočne Europe imale su više poteškoća. Više: Wallace, Claire, Work Flexibility in Eight European countries: A cross-national comparison, Reihe Soziologie, 60, Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, December 2003, str. 3.

\(^{134}\) Ibid., str. 2, 19-20.
vrijeme, rad s nepunim radnim vremenom i samozapošljavanje. Fleksibilnost je politički odgovor na „rigidnosti tržišta rada“, za koje neki ekonomistima smatraju da pridonosi nezaposlenosti. Politika deregulacije, koja je usmjerena povećanju fleksibilnosti, tj. lakšem zapošljavanju radnika i lakšem prestanku ugovora o radu, vidi se kao prijetnja sigurnosti radnog odnosa i kvaliteti rada. Sustav pune fleksibilizacije ocjenjuje se pogubnijim za poslovanje i ekonomiju od najrigidnije organiziranog sustava. 

U različitim zemljama koncept fleksibilnosti očituje se na različite načine. Za jačanje sigurnosti radnog odnosa najveće značenje ima funkcionalna fleksibilnost. Ona čini prilagodljivim na promjenu unutar poduzeća jer može obavljati rad na različitim radnim mjestima. Drugi oblici fleksibilnosti prijetnja su sigurnosti radnog odnosa, ne izravno kroz smanjenje broja radnika nego indirektno, napadom na koncept radnika kao „držatelja trajnog radnog mjesta s punim radnim vremenom“. U tom kontekstu posebno se ističu rad s nepunim radnim vremenom i povremeni rad.

3.6.3. Fleksigurnost

Jednostavnim rječnikom rečeno, fleksigurnost je "fleksibilnost na tržištu rada te čvrste garancije za radnike“. Europska komisija definira ju kao „optimalnu ravnotežu između fleksibilnosti tržišta rada i sigurnosti posloprima od rizika tržišta rada“. Zanimljivo je što je u tumačenju fleksigurnosti, koje je dala Komisija, pojam sigurnosti radnog mjesta (job security) zamijenjen pojmom „zaštite ljudi“ (protection of people).

Model fleksigurnosti po prvi je put primijenjen u Danskoj 90-ih godina prošlog stoljeća. Čini kombinaciju, s jedne strane, jednostavnijeg zapošljavanja i otkazivanja radnicima, dakle fleksibilnosti za poslodavce, i, s druge strane, visokih naknada za slučaj

---

135 U užem smislu, fleksibilnost se tumači kroz, tzv., atipični rad kao što je rad s nepunim radnim vremenom, ugovori o radu na određeno vrijeme i samozapošljavanje.
nezaposlenosti, čime se ostvaruje sigurnost za radnike. DANSKI model citira se kao uspješna priča o fleksigurnosti.

Fleksigurnost je ključna riječ mnogih dokumenata donesenih na razini EU. U okviru Europskog socijalnog dijaloga ističe se snažna potreba za sigurnošću radnog odnosa kao protuteže fleksibilnosti tržišta rada. Okvirni sporazum o radu s nepunim radnim vremenom i Okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme uključuju fleksibilnost radnog vremena i sigurnost za radnike. Iako je fleksibilnost široko prihvaćen pojam, u njegovu tumačenju javljaju se razmimoilaženja. ETUC je, primjerice, odbio zahtjev da se pojam job security, sigurnost radnog mjesta, zamijeni pojmom employment security, sigurnost radnog odnosa.

Traži se takvo tumačenje koje će biti prihvatljivo za socijalne partnere i Komisiju. Za razliku od načela, koja zasad ipak ostaju na razini općih pojmova, važne konkretnе mjere učinjene su u zakonodavnim okvirima nekih zemalja.

Razvoj radnog prava svjedoči nam da je fleksibilnost oduvijek prisutna na tržištu rada, u radnom odnosu, u najvećoj mjeri u rukama menadžmenta. Teoretičari radnog prava danas gorljivo pozivaju na odgovor zahtjevima natjecanja i globalizacije, s jedne, te stvaranju standarda humanosti i dostojanstva na poslu, s druge strane. U drami koja se odvija na globalnoj pozornici rad je, iako podređen kapitalu, jedina strana koja se može suprotstaviti kapitalu i divljem kapitalizmu. Pritom se radnicima kao građanima moraju osigurati socijalne mjere, koje su sastavni dio politike tržišta rada u cjelini. Znanstvenici se slažu da je za budućnost radnog prava krucijalan odnos između socijalne sigurnosti i međunarodnih standarda, posebice onih o „radu dostojnom čovjeka“ (decent work).

---

Iskustva pokazuju da je napredak u fleksigurnosti moguć samo provođenjem mjera za unapređenje kvalifikacijske strukture radnika i mjera socijalne skrbi, kao što je to učinjeno u Danskoj, a ne promjenama radnog prava. Značajna je da se uključuju politika radnog prava koja „odgovorit će ravnopravno stvarnosti transnacionalnih snaga korporacija u svijetu ekonomije“. Predlaže se da se stvaranje dugoročnog okvira kako bi ekonomsko i društveno koristilo ogromni resursa čovječanstva uživali slabi, oni bez imovine, kao i oni koji žive u relativnom obilju. Stvarnost pokazuje da smo još daleko od takvih sveobuhvatnih radnopravnih standarda.

Ipak, ne treba zanemariti činjenicu da jedan set pravnih standarda na najvišoj razini jamči instrumenti MOR-a, konvencije i preporuke, posebice o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca i u slučaju insolventnosti poslodavca. Mnoga zakonodavstva prihvatila su, ratifikacijom ili implementacijom normi bez ratifikacije, minimum zaštite sigurnosti radnog odnosa (sigurnosti radnog mjesta) koju uređuju ovi dokumenti. U njihovoj primjeni postoje značajna ograničenja, ali one jamči minimalnu razinu prava koja nam se čini prihvatljivim u novim okolnostima globaliziranog tržišta rada i zahtjeva 'novog kapitala'. Također, europske direktive o zaštiti radnika od otkaza u slučaju restruktuiranja poslodavca garantiraju visoku razinu sigurnosti radnog odnosa u slučaju poslodavac napade na ekonomskim poteškoćama ili statusnim promjenama. U suglasju s citiranim teoretičarima radnoga prava mislimo da čovjeka i njegov rad treba zaštititi od ogromne moći kapitala ne odustajući od prihvaćenih načela i standarda zaštite radnika.

O ovim standardima riječ je u sljedećem poglavlju rada.

---

4. PRAVNI IZVORI

4.1. Povijesni razvoj nacionalnih zakonodavstava – prethodnica stvaranju međunarodnih standarda

Zakonodavstva zapadnoeuropskih zemalja, kojima se jamči sigurnost radnog odnosa, snažno su utjecala na stvaranje i oblikovanje međunarodnih standarda o prestanku ugovora o radu. Razvoj je tekao kroz tri etape: razdoblje na prijelazu iz 19. u 20. stoljeće, razdoblje nakon II. svjetskog rata te razdoblje 60-ih i 70-ih godina 20. stoljeća.157

Na prijelazu iz 19. u 20. st. mnoge europske zemlje zakonima uređuju pretpostavke za otkaz ugovora o radu.158 U zemljama kontinentalnog pravnog kruga to je učinjeno dopunama postojećih te donošenjem specijalnih zakona.159 Ove promjene odgovor su na ugovorna načela na kojima se zasniva uređenje radnog odnosa. Prema načelu slobode ugovaranja poslodavac i radnik slobodni su raskinuti radni odnos. Kao stranke ugovora o radu teorijski su u ravnopravnom položaju, a razlika u njihovoj pregovaračkoj snazi zanemaruje se. Pretpostavke za otkaz propisane su kako bi se ublažili za radnike grubi učinci ugovornih načela, koji nakon trenutnog otkaza najčešće nisu imali sredstava za život. U Engleskoj je otkaz uređen radi sankcioniranja radnika koji su bili u štrajku.160 Za razliku od toga, u SAD-u se pretpostavke za otkaz ne primjenjuju na radni odnos at will. U mnogim zemljama i trgovačkim granama Europe običajem uređeni otkaz prethodio je zakonskom.

Zajednička karakteristika ovih zakona jest da dopuštaju otpuštanje radnika bez otkaza samo u slučaju njegova lošeg ponašanja (misconduct). Što je loše ponašanje, zakoni ne definiraju, a dio njih zadržava se na primjeričnom normiranju. Ključni kriterij razvila je sudska praksa, koja loše ponašanje vezuje uz nemogućnost nastavka uobičajenog radnog odnosa.161

Francuski niži sudovi pokušavali su u slučaju nezakonitog otkaza dodijeliti radnicima i veća prava od onih propisanih zakonom. Dosuđivali su naknadu štete zbog zloupotrebe

---

otkaza, pozivajući se na teoriju zloupotrebe prava (abus de droit). Ovaku praksa kasnije je ozakonjena.

Na razvoj europskog i međunarodnog zakonodavstva snažno je utjecalo njemačko zakonodavstvo. Njemački Zakon o radničkim vijećima, iz 1920. godine, bio je prvi europski zakon koji je propisivao objektivni razlog za otkaz ugovora o radu. 162 Zakon je uređivao i postupak, odnosno načine osporavanja otkaza prije no što postane pravovaljan. 163 Ova rješenja poslužila su kao model za zakonodavstvo zaštite od otkaza, ne samo u poslijeratnoj Njemačkoj nego i ostatku Europe. 164


162 Doneisen je za Weimarske Republike u vrijeme velike nezaposlenosti. Njime je pokusano pomiriti interes radnika za sigurnošću radnog mjesta i tradicionalne upravljačke ovlasti poslodavca. Svrha je bila povezati radničku klasu uz istovremeno slabljenje utjecaja sindikata. Sindikati su se protivil njegovim odredbama o radničkoj participaciji, ali su u praksi uspjeli pronaći način na koji radnička vijeća dobiju veći utjecaj. Paull, K., op. cit., str. 634.

163 Postupak čine: prigovor radnika protiv otkaza radničkom vijeću; pregovori radničkog vijeća s poslodavcem oko zadržavanja radnika na radu, u slučaju opravdanosti prigovora; sudski postupak protiv odluke o otkazu; vraćanje radnika na rad, odnosno pravo radnika na otpreminu. Klauzulu da otkaz ne smije biti stroga mjera (Härte), koja je nepravična i koja nije u vezi s odnosima u pogonu, preuzeo je kasnije Zakon o uređenju nacionalnog rada, iz 1934. g. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 23 (Rn 25), 108 (Rn. 171).

164 Paull, K., op. cit., str. 634-635.

auf seinen Arbeitsplatz). Uz uvjet da radni odnos traje dulje od 6 mjeseci, štiti ovo njegovo pravo bez obzira na to predstavlja li njegov gubitak nepravdu teškoću za posloprimca, vodeći računa o tome postoje li posebni razlozi koji opravdavaju otkaz.\textsuperscript{166}

Za razliku od Njemačke, Francuska i Velika Britanija donijele su svoje zakone o zaštiti od otkaza tek 70-ih godina prošlog stoljeća. U Francuskoj je 1973. g., izmjenama \textit{Code du travail}, davanje otkaza uvjetovano postojanjem \textit{stvarnog i ozbiljnog razloga}, čiju je definiciju dala sudska praksa.\textsuperscript{167} Poseban zakon o otkazima zbog ekonomskih razloga donesen je 1975. g. Njime se poslodavca obvezuje da od inspekcije rada zatraži odobrenje prije izricanja takvog otkaza. Ovo rješenje ukinuto je 1986. g., ali su strožije uređeni drugi oblici zaštite protiv arbitrarnog otkaza ili otkaza koji se može izbjeći, uključujući i pravo savjetovanja. U Velikoj Britaniji prve začetke zakonodavstva o otkazu nalazimo 60-ih godina 20. st.\textsuperscript{168} No tek je Zakonom o industrijskim odnosima (\textit{IRA}),\textsuperscript{169} iz 1971. g., prvi put predviđen razlog za tužbu zbog neopravdanog otkaza. Odredbe o nezakonitom otkazu (\textit{unfair dismissal}) čine potom dio Zakona o zaštiti radnog odnosa (\textit{EPCA}),\textsuperscript{170} iz 1978. g.\textsuperscript{171}

\textbf{4.2. Međunarodni standardi}

\textbf{4.2.1. Pravni izvori Međunarodne organizacije rada}

Najznačajniji utjecaj na nacionalna zakonodavstva zaštite od otkaza imaju instrumenti doneseni u okviru MOR-a: Preporuka br. 119, iz 1963. g., o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca,\textsuperscript{172} Konvencija br. 158, iz 1982. g., o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca\textsuperscript{173} i uz nju donesena Preporuka br. 166\textsuperscript{174} istog naziva.

\textsuperscript{168} Zakon o ugovorima o radu (\textit{Contracts of Employments Act}) određivao je minimalne otkazne rokove za poslodavce i radnike te obvezu poslodavca na pisanu obavijest o otkazu zbog određenih razloga. Zakon o otpremninama uredio je institut otpremnina koje plaća poslodavac, a dijelom refundira vlada, za dio radnika otpuštenih zbog ekonomskih razloga.
\textsuperscript{169} Industrial Relations Act.
\textsuperscript{170} Employment Protection (Consolidation) Act.
\textsuperscript{172} Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 119, Geneva, 47\textsuperscript{th} Conference, 1963 (Termination of Employment Recommendation).
\textsuperscript{173} Convention concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 158, Geneva, 68\textsuperscript{th} Conference, 1982 (Termination of Employment Convention).
\textsuperscript{174} Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, No 166, Geneva, 68\textsuperscript{th} Conference, 1982 (Termination of Employment Recommendation).

Određeni oblici zaštite radničkih predstavnika od otkaza zajamčeni su: Konvencijom br. 87, iz 1948. g., o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje,176 Konvencijom br. 98, iz 1949. g., o primjeni načela prava na organiziranje i kolektivnom pregovaranju,177 i Konvencijom br. 135, iz 1971. g. o zaštiti predstavnika radnika u poduzeću i pogodnosti koje bi im trebalo osigurati.178, 179

U ovome dijelu rada daje se cjelovit pregled i analiza sadržaja preporuka i konvencije o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, a primjena pojedinih odredbi u domaćem pravu i analiziranim zakonodavstvima predmet je razmatranja u odgovarajućim dijelovima rada.

4.2.1.1. Preporuka br. 119 (1963.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca

1963. godine MOR je usvojila Preporuku br. 119 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca. Njome se po prvi put utvrđuju načela reguliranja ovog pitanja na međunarodnom planu.180 Iako joj je kao uzor poslužio njemački Zakon o zaštiti od otkaza (1951.), napisana je tako da svaka država može načine odnosno sredstva za postizanje u njoj utvrđenih ciljeva prilagoditi svojim prilikama,181 kroz predviđene metode implementacije.182

**Personalno područje važenja** Preporuke obuhvaća sve grane ekonomskih aktivnosti i sve kategorije radnika, uz mogućnost isključenja određenih kategorija iz primjene.183

---

176 Convention No 87 – Convention concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise, NN – MU, br. 3/00.
177 Convention No 98 - Convention concerning the Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively, NN – MU, br. 3/00.
178 Convention No 135 – Convention concerning Protection and Facilities to be Afforded to Workers' Representatives in the Undertaking, NN – MU, br. 5/00.
181 Paulli, K., op. cit., str. 638.
182 Uključuju donošenje nacionalnog zakonodavstva, kolektivnih ugovora, radnih pravila, arbitražnih odluka ili sudskih odluka, kao i druge načine u skladu s nacionalnom praksom primjerene nacionalnim uvjetima (čl. 1.).
183 Isključiti se mogu: radnici zaposleni na određeno vrijeme ili za određene poslove, čiji radni odnos zbog naravi takvog rada ne može biti neograničenog trajanja; radnici na probnom radu određenog trajanja; povremeni radnici koji rade na određeno, vrlo kratko vrijeme; javni službenici zaposleni u državnoj administraciji u opsegu u kojem je na njih ustavnim odredbama zabranjena primjena nekih odredbi Preporuke (čl. 18.).
Preporukom se od nacionalnog zakonodavca traži uvođenje standarda opravdanog razloga (valid reason) za prestanak radnog odnosa, koji je u vezi sa sposobnošću radnika (capacity), ponašanjem radnika (conduct of the worker) ili se temelji na poslovnim potrebama poduzeća, ustanove ili službe (operational requirements of the undertaking, establishment or service) (čl. 2.(1)). Utvrđena je skupina razloga koji ne mogu predstavljati opravdane razloge za prestanak radnog odnosa. Uz standard opravdanog razloga Preporuka zahtijeva i postojanje razumnog otkaznog roka (reasonable period of notice) te predviđa mogućnost da poslodavac umjesto otkaznog roka radniku isplati naknadu štete (compensation of lieu thereof) (čl. 7.).

Preporukom su propisani i elementi postupovne zaštite radnika u slučaju neopravdanog prestanka radnog odnosa: pravo na žalbu protiv prestanka radnog odnosa, vraćanje na rad, primjerena naknada, potvrda o radu, zaštita prihoda, mogućnost savjetovanja radnika s radničkim predstavnicima i postupak zaštite u slučaju izvanrednog otkaza (čl. 4., 5., 6., 7., 11.). Preporuka predviđa zaštitu prihoda radnika kojemu je prestao radni odnos (čl. 9.).

U slučaju izvanrednog otkaza ne postoji obveza pridržavanja otkaznog roka ili naknade umjesto njega. Poslodavac može uskratiti plaćanje otpremnine ili druga davanja za slučaj otkaza. Zaštita od izvanrednog otkaza odnosi se na otak zbog ozbiljnog prijestupa (serious misconduct) radnika (čl. 11.). Preporuka prihvaća načelo ultima ratio, jer otkaz mora biti jedino sredstvo za poslodavca koji postupa u dobroj vjeri. Radniku je zajamčeno pravo da izloži svoj slučaj, a kada je to prikladno, i uz pomoć zastupnika.

Posebno poglavlje Preporuke posvećeno je kolektivnim viškovima radnika (reduction of the work force). Od svih strana traži se usvajanje prikladnih mjera, a od poslodavca koji razmatra prestanke radnog odnosa, provođenje savjetovanja s radničkim predstavnicima. Pri savjetovanju strankama mogu pomoći tijela javne vlasti (čl. 13.). Preporuka traži da se unaprijed točno utvrde kriteriji za izbor radnika kojima se namjerava otkazati ugovor o radu, uzimajući u obzir interese poduzeća i radnika (čl. 15.).

Preporukom je posebno uređena prednost radnika kojima je radni odnos prestao, kao mjera zaštite tih radnika, pri ponovnom zaposljuvanju kod istog poslodavca (priority of re-engagement). U vezi s time, preporučuje se nacionalnim propisima urediti zadržavanje prava stečenih s osnove prethodnog radnog staža kod istog poslodavca (retention of seniority rights).

184 Članstvo u sindikatu, ili radničkom vijeću, podizanje tužbe ili sudjelovanje u postupku protiv poslodavca zbog pretpostavljenog kršenja zakona ili podzakonskih akata, rasa, religija, spol, bračni status, socijalno porijeklo, ili političko mišljenje.
4.2.1.2. Konvencija br. 158 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca

Gotovo dvadeset godina bilo je potrebno da se načela utvrđena Preporukom br. 119 MOR-a pretoču u odredbe konvencije. Konvencija br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca usvojena je na 68. zasjedanju MOR-a, 22. lipnja 1982. Na donošenje novih međunarodnih standarda utjecale su značajne promjene u pravu i praksi mnogih država članica u vezi s pitanjima iz Preporuke br. 119, posebice uz ozbiljne probleme koji se u ovom području javljaju kao posljedica ekonomskih poteškoća i tehnoloških promjena.\footnote{Iz preambule Konvencije.}

Konvencija utvrđuje važnu postupovnu zaštitu, koja se odnosi na: pojedinačne prestanke radnog odnosa, uključujući razumnji otkazni rok (\textit{reasonable notice}) ili naknadu štete umjesto otkaznog roka, mogućnost iznošenja obrane, pravo žalbe nepristranom tijelu, otkazni rok, otpremninu te prestanke radnog odnosa zbog ekonomskih, tehnoloških, strukturalnih ili sličnih razloga.\footnote{Metode implementacije Konvencije identične su onima iz Preporuke br. 119.}

4.2.1.2.1. Personalno područje primjene

U odnosu na Preporuku br. 119 prošireno je personalno područje primjene te su njome obuhvaćene sve zaposlene osobe (\textit{employed persons}), a ne samo radnici. Konvencija dopušta izuzeće od primjene za određene skupine osoba zaposlene \textit{na određeno vrijeme} te druge skupine osoba, uz ispunjenje određenih pretpostavki.\footnote{To su: radnici zaposljeni na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme ili za određeni zadatak, radnici na probnom radu ili zaposljeni za određeno, unaprijed utvrđeno razdoblje, razumnog trajanja, te povremeni radnici zaposljeni na kratko vrijeme. Druga skupina osoba koju je moguće isključiti iz primjene Konvencije. No unesena je odredba o obezi nacionalnog zakonodavca da predvidi prikladna sredstva kako bi se spriječilo poslodavce da zaključuju ugovore na određeno vrijeme i time zaobiju primjenu zaštite propisane Konvencijom (čl. 2. st. 2. i 3.).}

4.2.1.2.2. Postojanje opravdanog razloga za otkaz

Konvencija je preuzela definiciju opravdanog razloga za prestanak radnog odnosa iz Preporuke br. 119, vezujući ga uz tri grupe razloga: sposobnost radnika, ponašanje radnika i poslovne potrebe poduzeća, ustanove ili službe (čl. 4.). Preuzeta je i lista razloga koji ne

\footnote{To su: radnici zaposljeni na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme ili za određeni zadatak, radnici na probnom radu ili zaposljeni za određeno, unaprijed utvrđeno razdoblje, razumnog trajanja, te povremeni radnici zaposljeni na kratko vrijeme. Druga skupina osoba koju je moguće isključiti iz primjene, u cijelosti ili djelomično, jesu osobe čiji su uvjeti zapošljavanja uređeni posebnim sporazumima, koji u cijelini pružaju barem jednaku zaštitu kao i Konvencija (čl. 2. st. 4.); kao i zaposlene osobe u vezi s kojima se javljaju posebni problemi supstancijalne naravi s obzirom na posebne uvjete zaposlenja tih radnika ili s obzirom na veličinu ili narav poduzeća u kojima su zaposleni (čl. 2. st. 5.).}
predstavljaju opravdani razlog za prestanak te proširena razlozima odsutnosti s rada zbog porodnog dopusta (čl. 5.) i privremene odsutnosti s rada zbog bolesti ili ozljede (čl. 6.).

4.2.1.2.3. Postupak otkazivanja

U odnosu na Preporuku br. 119 postupovna zaštita radnika, kome radni odnos prestaje zbog ponašanja ili obavljanja rada, proširena je pravom radnika da iznese obranu protiv navedenih razloga, osim ako se od poslodavca opravdano ne može očekivati da mu to omogući (čl. 7).

Postupak žalbe radnika protiv odluke o prestanku vezuje se uz pravo žalbe nepristranom tijelu, kao što je sud, radni sud, arbitraža ili arbitar. Konvencijom je predviđena presumpcija da se radnik odrekao prava na žalbu ako to pravo nije iskoristio u razumnom roku nakon prestanka ugovora o radu (čl. 8.). Kako bi se olakšao položaj radnika u postupku povodom žalbe, predviđena je mogućnost da se nacionalnim pravom utvrdi prebacivanje tereta dokaza s radnika na poslodavca.

Nepristrana tijela, koja odlučuju o postojanju opravdanih razloga prestanka zbog poslovnih potreba poduzeća, Konvencijom su ovlaštene odlučivati i o tome jesu li ti razlozi dovoljni da opravdaju prestanak (sufficient to justify). Opseg takve ovlasti utvrđuje se nacionalnim pravom (čl. 9. st. 3.).

Konvencija propisuje više pravnih sredstava koja nepristrana tijela mogu izreći u slučaju neopravdanog prestanka radnog odnosa. Jedno od njih je vraćanje radnika na rad. Ako nepristrana tijela nemaju ovlast utvrditi, ili nađu da bi bilo nepraktično utvrditi da je prestanak radnog odnosa nevaljan (invalid) i/ili naložiti ili predložiti vraćanje na rad radnika, mogu naložiti plaćanje ili primjerenu naknadu štete, ili drugo primjereno sredstvo (čl. 10.).

Pravo na razumni otkazni rok ili naknadu štete umjesto njega radnik neće moći ostvariti ako je kriv za ozbiljan prijestup (serious misconduct). Za razliku od Preporuke, koja nije odredila što se smatra ozbiljnim prijestupom, Konvencijom je definiran kao prijestup takve naravi da bi bilo nerazumno zahtijevati od poslodavca nastaviti radni odnos za vrijeme


189 Ako prema nacionalnom pravu prestanak radnog odnosa mora potvrditi nadležno tijelo javne vlasti, pravo na žalbu moguće je i drugačije urediti, u skladu s nacionalnim pravom i praksom.

190 Moguće je propisati da je teret dokaza postojanja opravdanog razloga na poslodavcu, i/ili da zaključak o razlozima prestanka može donijeti neko od nadležnih tijela uzimajući u obzir dokaze koje su pridonijele stranke u skladu s postupkom utvrđenim nacionalnim pravom i praksom (čl. 9. st. 2/b).
otkaznog roka (čl. 11.). Ovo je značajno, jer je time određena razlika između redovitog i izvanrednog otkaza ugovora o radu.\footnote{Potočnjak, Željko, Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 467.}

Konvencijom su detaljnije uređena pitanja prava na otpreminu (severance allowance), određivanja i isplate otpreminine te zaštite prihoda (income protection).\footnote{Visina otpreminine utvrđuje se, uz ostale kriterije, prema duljini radnog odnosa i visini plaće, a može je isplatiti poslodavac izravno, ili fond u koji je poslodavac uplaćivao doprinose. Radnik koji ne ostvaruje pravo na otpreminu može ostvariti davanja iz osiguranja ili pomoći za slučaj nezaposlenosti ili drugih oblika socijalnog osiguranja, kao što su prihodi na osnovi starosti ili invalidnosti, prema propisima koji ih uređuju. Moguća je i kombinacija otpreminine i drugih davanja (čl. 12. st. 1.). Radnik koji ne ispunjava uvjete za davanja iz osiguranja ili pomoći za slučaj nezaposlenosti ne može samo zbog toga ostvariti pravo na otpreminu ili drugo slično davanje zbog prestanka radnog odnosa (čl. 12. st. 2.).}

Nacionalnom zakonodavcu ostavljena je mogućnost da u postupku implementacije propiše gubitak prava radnika na otpreminu ili drugo davanje ukoliko mu je otkazano zbog ozbiljnog prijestupa (čl. 12. st. 3.).

4.2.1.2.4. Postupak u slučaju kolektivnih viškova radnika

Prestanak radnog odnosa zbog kolektivnog viška radnika uređen je u posebnom poglavlju Konvencije (III. dio). Poslodavac koji razmatra prestanke radnog odnosa zbog ekonomskih, tehnoloških, strukturalnih ili sličnih razloga ima obvezu savjetovati se s predstavnicima radnika i izvijestiti nadležno tijelo javne vlasti.

Obveza savjetovanja s radničkim predstavnicima\footnote{Za svrhe ovog članka termin radničkim predstavnicima znači radničke predstavnike priznate nacionalnim pravom ili praksom, u skladu s Konvencijom MOR-a br. 135 o radničkim predstavnicima, iz 1971. godine.} proširena je, u odnosu na Preporuku, obvezom pravodobnog davanja radničkim predstavnicima relevantnih informacija o razlozima namjeravanih prestanaka, broju i skupinama radnika za koje se vjeruje da će time biti obuhvaćeni i razdoblju u kojem će do prestanaka doći (čl. 13. st. 1/a). Poslodavac je obvezan konzultirati se s radničkim predstavnicima, što je to prije moguće, o mjerama potrebnim kako bi se prestanci radnog odnosa spriječili ili sveli na minimum, kao i mjerama za ublažavanje učinaka prestanka na radnike, primjerice pronalaženju drugog zaposlenja (čl. 13. st. 1/b). Ova je formulacija šira u odnosu na onu iz Preporuke. Ipak, obveze poslodavca u slučaju kolektivnih viškova nisu apsolutne jer je nacionalni zakonodavac dobio značajno ovlaštenje - odrediti brojčani kriterij, tj. koji će se broj ili postotak radnika kod jednog poslodavca za koje se razmatra prestanak radnog odnosa smatrati kolektivnim viškom radnika.

Obveza obavješćivanja tijela javne vlasti proširena je, u odnosu na Preporuku br. 119. Odnosi se na sve poslodavce koji razmatraju prestanke radnog odnosa zbog razloga ekonomske, tehnološke, strukturalne ili slične naravi. Uključuje žurno, tj. što ranije
obavješćivanje nadležnih tijela o važnim informacijama u skladu s nacionalnim pravom i praksom. Kao i kod obveze obavješćivanja radničkih predstavnika, Konvencija poslodavcu daje značajan manevarski prostor, dopuštajući nacionalnom zakonodavcu da primjenu odredbe uvjetuje brojčanim kriterijem za utvrđenje viška radnika (čl. 14.).

4.2.1.2.5. Primjena Konvencije

Konvencija je stupila na snagu 23. studenog 1985., a do danas ratificiralo ju je 35 država. Od europskih zemalja učinile su to su Cipar, Finska, Francuska, Latvija, Luksemburg, Portugal, Španjolska, Švedska i Turska. Konvenciju nisu ratificirale Njemačka i Ujedinjeno Kraljevstvo, kao ni SAD. Konvenciju je ratificirala bivša SFRJ, a nakon raspada to su učinile i sve bivše države osim Hrvatske.

Države koje su Konvenciju ratificirale implementirale su njezine odredbe u većoj mjeri kroz svoje zakone, temeljeći zaštitu od prestanka radnog odnosa na postojanju opravdanog razloga za takav prestanak. U tim zakonodavstvima razvile su se dvije vrste postupovne zaštite: jedna se odnosi na obvezu poslodavca da se prije prestanka savjetuje s radničkim predstavnicima, a druga na postupak i pravila kojima se osigurava pravičnost postupka. Ove su dvije metode komplementarne, a postupak uključuje ispitanje činjenica, pravo radnika na iznošenje obrane protiv prestanka, pravo na zastupnika pri iznošenju obrane te pravo na žalbu protiv odluke.

Bez obzira na relativno mali broj ratifikacija i činjenicu da među zemljama koje su Konvenciju ratificirale nema najrazvijenijih zemalja svijeta, standarde predviđene Konvencijom br. 158, posebice postojanje opravdanog razloga za prestanak radnog odnosa, unijele su u svoje zakone mnoge zemlje. Jedan od najvažnijih razloga izbjegavanja ratifikacije jest obveza primjene ratificirane Konvencije u razdoblju od najmanje 10 godina, što predstavlja veliki teret za zakonodavstva zemalja jer isključuje mogućnost promjene propisa u oblasti otkaza ugovora o radu, čime se stvara prepreka međunarodnoj kompetitivnosti i gospodarskom razvoju.

194 Najkraći rok u kojem je poslodavac to dužan učiniti prije otpuštanja utvrđuje se nacionalnim zakonima ili propisima (čl. 14. st. 3.).
197 Potočnjak, Željko, Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 468.
4.2.1.3. Preporuka br. 166 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca

Preporukom br. 166 detaljnije su određena prikladna sredstva, odnosno mjere koje zakonodavac mora predvidjeti kako bi spriječio poslodavce zaključivati ugovore na određeno vrijeme (čl. 3. st. 2.).

U članku 5. predviđena su dva dodatna razloga koji neće predstavljati valjane razloge za otkaz ugovora o radu: dob života, prema nacionalnom pravu i praksi o mirovinama, te odsutnost s rada zbog obvezne vojne službe ili drugih građanskih dužnosti, u skladu s nacionalnim pravom i praksom.

U dijelu o postupku prije ili za vrijeme otkazivanja Preporukom su propisana neka značajna prava radnika. Radniku može prestati radni odnos zbog lošeg ponašanja, koje je opravdani razlog za otkaz samo ako se ono ponovi, te uz uvjet da ga je poslodavac na to pisano upozorio (čl. 7.). Odredba čl. 10. sadrži presumpciju da se poslodavac odrekao svoga prava da onača radni odnos zbog lošeg ponašanja radnika ako to nije učinio u razumnom vremenu nakon saznanja za takvo loše ponašanje. Radniku se ne smije otkazati zbog nezadovoljavajućeg izvršavanja rada, osim ako mu je poslodavac dao primjerene upute i pisano upozorenje, a radnik nastavlja izvršavati svoje obveze na nezadovoljavajući način i nakon proteka razumnog razdoblja za poboljšanje (čl. 8.).

Preporuka predviđa pravo radnika na pomoć druge osobe u obrani protiv tvrdnji o ponašanju ili obavljanju rada, koje mogu dovesti do prestanka radnog odnosa (čl. 9.). Mogućnost savjetovanja poslodavca s predstavnicima radnika prije konačne odluke proširena je na pojedinačne prestanke radnog odnosa (čl. 11.). Čl. 12. propisana je obveza poslodavca da radnika u pisanom obliku obavijesti o svojoj odluci o prestanku radnog odnosa. Radnik koji je dobio navedenu obavijest ili mu je radni odnos već prestao ima pravo tražiti od poslodavca pisanu izjavu o razlogu ili razlozima otkaza. Ova odredba ne mora se primjenjivati u slučaju kolektivnih viškova, ako je proveden propisani postupak (čl. 13.).

Preporuka predviđa mogućnost korištenja postupka mirenja, prije ili za vrijeme postupka povodom žalbe. Ističe se potreba djelovanja javne vlasti, predstavnika radnika i organizacija radnika kako bi se osigurala potpuna informiranost radnika o mogućnostima raspolaganja žalbom (čl. 14. i 15.).

198 Te mjere mogu se sastojati u: a) ograničavanju zaključivanja ugovora na određeno vrijeme u slučajevima u kojima zbog naravi dotičnog rada, okolnosti ili interesa radnika radni odnos ne može biti neodređenog trajanja; b) unošenju presumpcije da se ugovori na određeno vrijeme, osim slučajeva iz prethodne alineje, smatraju ugovorima o radu neodređenog trajanja; c) unošenju presumpcije da se ugovorima na određeno vrijeme ako su obnovljeni jednom ili u više navrata, osim slučajeva iz prve alineje ovog stavka, smatraju ugovorima o radu na neodređeno vrijeme (čl. 3.).
U dijelu o prestanku radnog odnosa zbog ekonomskih, tehnoloških, strukturalnih ili sličnih razloga pozivaju se sve zainteresirane strane da sprječavaju ili smanjuju poslovno uvjetovane prestanke radnog odnosa i ublažavaju njihove učinke na radnika/radnike. Od nadležnih tijela vlasti zahtijeva se da stranama pruže pomoć u traženju rješenja problema nastalih zbog namjeravanih prestanaka radnih odnosa (čl. 19.). Nadalje, određuje se sadržaj savjetovanja poslodavca s predstavnicima radnika u vezi s namjeravanim važnim promjenama u proizvodnji, programiranju, organizaciji, strukturi ili tehnologiji koje mogu dovesti do prestanaka radnog odnosa. Ovo uključuje i obvezu poslodavaca da pravodobno dostavi relevantne podatke predstavnicima radnika (čl. 20.). U odnosu na Konvenciju, Preporuka donosi širi krug mjera kojima je svrha sprječiti ili ublažiti prestanke radnog odnosa (čl. 21., 22.).

Kriteriji izbora radnika kojima će prestati radni odnos zbog poslovnih razloga, njihova hierarhija i važnost određeni su općenito. Kada je riječ o ponovnom zapošljavanju radnika kojima je prestao radni odnos kod istog poslodavca, novina je što se njihovo pravo vezuje uz slobodno radno mjesto sličnih kvalifikacija (\textit{comparable qualifications}) i izraženu želju radnika da bude ponovno zaposlen kod tog poslodavca, danu u određenom roku nakon prestonaka radnog odnosa.\footnote{Kriteriji ponovnog zapošljavanja, pitanje stečenih prava, posebice prava na osnovi radnog staža kod istog poslodavca kao i uvjeti koji uredjuju plaću radnika koji su ponovno zaposleni prepuštaju se nacionalnom pravu i praksi (čl. 24.).}

U dijelu o ublažavanju učinaka otkaza zbog poslovnih razloga (čl. 25. i 26.) upućuje se na mjere kojima se potiče što brže zapošljavanje otpuštenih radnika u prikladnom alternativnom radnom odnosu (\textit{suitable alternative employment}), s ili bez dodatnog obrazovanja ili prekvalifikacije.

4.2.1.4. Konvencija MOR-a br. 173 (1992.) o zaštiti potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca

4.2.2. Pravni izvor Europske unije

U skladu s čl. 153. UFEU (ex čl. 137. UEZ), EU ima nadležnost donositi direktive o „zaštiti radnika u slučaju kada je njihov ugovor o radu prestao“.202 U okviru EU ne postoji opća regulativa o otkazu već niz posebnih propisa. U tzv. zlatno doba europskog radnog prava, 70-ih godina prošlog stoljeća, donesene su tri direktive čiji je cilj zaštita radnika od funkcioniranja zajedničkog tržišta. Proširene prakse zaštite zahtijevalo je, naime, i odgovarajuće prilagodbe poduzeća, kroz restrukturiranje, spajanje, preuzimanje, kolektivne otkaze i stečajeve. Smatralo se da radnici ne smiju plaćati cijenu stvaranja većeg tržišta, već ih je potrebno zaštititi od socijalnih posljedica restrukturiranja. Direktivama je uređeno pitanje kolektivnog viška radnika (Direktiva br. 75/129), prijenosa poduzeća (Direktiva br. 2001/23/EZ) i stečaja poslodavca (Direktiva br. 80/987). Analiza njihovih rješenja pokazuje da se nije diralo u upravljačke ovlasti poslodavaca vezane uz donošenje ekonomskih odluka – odluka o restrukturiranju i otkazima – već su uređene isključivo socijalne posljedice restrukturiranja i ublažavanje njihovih učinaka.203

U ovome dijelu rada daje se sažet pregled sadržaja relevantnih direktiva. Za detaljniju analizu upućujemo na odgovarajuće dijelove rada prestanku ugovora o radu zbog kolektivnih viškova, prijenosa poduzeća i stečaja.

4.2.2.1. Direktive o kolektivnim viškovima radnika

Kako bi se uskladili zakoni država članica koji se odnose na kolektivne viškove radnika donesene su tri direktive: Direktiva br. 75/129/EZ, iz 1975. g., Direktiva br. 92/56/EEZ, iz 1992. g. i Direktiva br. 98/59/EZ, iz 1998. g.

Direktiva Vijeća br. 98/59/EZ, iz 1998. g., o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na kolektivne viškove radnika konsolidirana je verzija kojom su ukinute prethodne dvije direktive: Direktiva br. 75/129/EZ i Direktiva br. 92/56/EEZ. Njome se težilo stvoriti zajedničko pravo primjenjivo u svim državama članicama, a države članice mogu, polazeći od odredbi Direktive kao minimuma, primijeniti ili donijeti odredbe koje su za radnike

202 Uređenje otkaza osjetljivo je i složeno pitanje što objašnjava odredbu st. 2. istog članka da Vijeće ministara treba odluku o prihvaćanju direktive o tom pitanju donijeti jednoglasno.


povoljnije. Svrha zakonodavstva Zajednice (Unije) kojima se uređuju kolektivni viškovi jest osiguranje komparativne zaštite prava radnika u različitim državama članicama i harmoniziranje troškova koja takva zaštita pravila nameću poduzećima na teritoriju Zajednice. Direktiva se sastoji od 4. dijela: I. Definicije i područje primjene; II. Informiranje i konzultiranje; III. Postupak kolektivnog otpuštanja viška radnika, i IV. Završne odredbe.

4.2.2.2. Direktive o prijenosu poduzeća

Zaštitna radnika, posebice njihovih prava u slučaju pravnih promjena na strani poslodavca, koje se ostvaruju kroz različite oblike prijenosa poduzeća kao rezultat ekonomskih trendova, predmet je direktiva o prijenosu poduzeća. Prva, Direktiva br. 77/187/EEZ, o ujednačavanju pravnih propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, pogona ili dijela pogona (dalje: Direktiva o prijenosu poduzeća), izmijenjena je 1998. godine Direktivom br. 98/50 EZ, a zbog jasnoće i racionalnosti kodificirana Direktivom br. 2001/23/EZ. Cilj je osigurati zaštitu prava radnika u slučaju promjene poslodavca garancijom ostajanja u radnom odnosu s novim poslodavcem pod uvjetima utvrđenim prilikom prijenosa. Zbog toga se ova posljednja Direktiva naziva i Direktivom o stečenim pravima (Acquired Rights Directive).

Zaštita radnika ostvaruje se kroz tri stupa: prvi, automatsko prenošenje radnog odnosa sa svim pravima i obvezama koje iz njega proizlaze s prenositelja na preuzimatelja u slučaju prijenosa; drugi, zaštita radnika od otkaza od strane prenositelja ili preuzimatelja; te treći, obvezu prenositelja i preuzimatelja da obavijeste i savjetuju se s predstavnicima radnika koji su obuhvaćeni postupkom prijenosa poduzeća.

Ova prava predstavljaju samo minimum zaštite, a države članice mogu primijeniti zakone, propise ili upravne akte koji su povoljniji za radnika, ili unapređivati ili dopuštati primjenu kolektivnih ugovora ili ugovora među socijalnim partnerima koji su za radnike povoljniji. Direktivom se željela postići samo djelomična harmonizacija proširenjem zaštite zajamčene radnicima zakonima pojedine države članice na slučajeve prijenosa poduzeća.

---

4.2.2.3. Direktive o stečaju poslodavca

Direktive o stečaju poslodavca čine treći dio ‘trilogije mjera’ Zajednice kojima je svrha pružiti određeni oblik zaštite radnicima, u ovom slučaju onima čiji su poslodavci suočeni s insolventnošću kao rezultatom jače konkurencije na zajedničkom tržištu.210

O ovom pitanju donesene su četiri direktive. Prva, Direktiva br. 80/98/EEZ, o stečaju poslodavca,211 izmijenjena Direktivom br. 87/164 i Direktivom br. 2002/74, temeljila se na čl. 100. UEZ (čl. 122. UFEU), koji uređuje usuglašavanje nacionalnih zakonodavstava. Njezina je svrha, kako proizlazi iz Preambule, unaprijediti usuglašavanje zakonodavstava te poboljšati životne i radne uvjete zaštitom radnika nad čijim je poslodavcem otvoren stečaj. Direktive se ne bave pitanjima ovlasti uprave društva prilikom stečaja društva i otkazivanja radnicima, već ublažavanjem socijalnih posljedica takvih odluka.212


---


4.2.2.4. Ostale relevantne direktive EU

Direktiva br. 97/81/EZ, iz 1997. g. (izmijenjena Direktivom br. 98/23/EZ), odnosi se na Okvirni sporazum o radu s nepunim radnim vremenom, što su ga 1997. g. zaključili UNICE, CEEP i ETUC. Bit je Direktive osigurati radnicima koji rade s nepunim radnim vremenom, jednako postupanje u pogledu uvjeta rada kao i radnicima s punim radnim vremenom, osim ako je različito postupanje opravdano objektivnim razlozima (načelo nediskriminacije, klauzula 4).

Za sigurnost radnog odnosa bitna su dva pitanja. Jedna od obveza država članica i socijalnih partnera jest utvrđivanje i, ukoliko je to moguće, uklanjanje zapreka radu s nepunim radnim vremenom (klauzula 5). Prema mišljenju u literaturi, posebice zastupnika deregulacije, riječ je o pozivu na uklanjanje zaštitnog zakonodavstva koje može predstavljati prepreku ovom obliku rada. Iako preširoka formulacija odredbe ne pruža osnovu da se tumači kao uputa za izvršenje deregulacije, u teoriji se prepoznaje kao temelj kojim bi države članice mogle opravdati isključenje primjene zaštitnih mjera na radnike koji rade s nepunim radnim vremenom.

Direktivom je uređen i prelaz zaključen radnika koji radi s punim radnim vremenom na rad s nepunim radnim vremenom, i obrnuto. Odbijanje radnika koji radi s punim da prijede na rad s nepunim radnim vremenom ili obrnuto ne može samo po sebi predstavljati opravdani razlog za prestanak radnog odnosa. To ne utječe na prestanak radnog odnosa zbog drugih razloga, u vezi s poslovnim potrebama tog poduzeća, kako je to uređeno u nacionalnom pravu, kolektivnim ugovorima i praksi (klauzula 5 st. 2).

Za uređenje pitanja otkaza relevantne su i tri europske „direktive o zabrani diskriminacije“. Pitanje otkaza ili prestanka ugovora o radu u kontekstu diskriminacije uređeni su Direktivom br. 76/207/EEZ, iz 1976. g., o primjeni načela jednakog postupanja prema muškarcima i ženama pri zapošljavanju, profesionalnom usavršavanju, napredovanju i...

---


216 European Framework Agreement on Part-time Work. Implementiran je Direktivom br. 97/81/EZ, a Direktivom br. 98/23/EZ proširen na UK. Izrađen je po uzoru na odredbe Konvencije br. 175 MOR-a o utvrđivanju minimalnih standarda za rad s nepunim radnim vremenom i Preporuke br. 182 istog naziva.

217 Direktiva se primjenjuje na radnike koji rade s nepunim radnim vremenom na temelju ugovora o radu ili radnog odnosa kako ih definiraju važeći zakoni, kolektivni ugovor, ili praksa svake države članice. Izvan dosega zaštite ostaju samozaposlene osobe. Također, ako za to postoje objektivni razlozi, države članice mogu pod određenim uvjetima isključiti, u cijelosti ili djelomično, primjenu odredbi Sporazuma na radnike koji rade povremeno (on casual basis) s nepunim radnim vremenom.

uvjetima rada.219 Članak 5. jamči primjenu načela jednakog postupanja u slučaju otkaza. Direktivom br. 2000/43/EZ, iz 2000. g., o primjeni načela jednakog postupanja prema osobama neovisno o rasi ili etničkom porijeklu220 zajamčena je zaštita u odnosu na „zaposlenje i uvjete rada, uključujući otkaz i plaću“, a isto se proklamira Direktivom br. 2000/78/EZ, iz 2000. g., o općem okviru za jednako postupanje pri zapošljavanju i odabiru zvanja s obzirom na diskriminaciju na temelju religije, ili vjere, invalidnosti, dobi ili spolne orijentacije.221

Zabranu otkaza predviđa čl. 10. Direktive br. 92/85, iz 1992. g., o uvođenju mjera za unaprjeđenje zdravlja i sigurnosti na radu za trudne radnice i rođilje.222

Kada je riječ o multinacionalnim kompanijama na koje se odnosi Direktiva br. 94/45/EZ, iz 1994. g., o stvaranju europskog radničkog vijeća ili postupku u poduzećima na razini Zajednice i grupa poduzeća na razini Zajednice u svrhu informiranja i savjetovanja posloprimaca223 u Aneksu Direktive dodatno se zahtijeva da europsko radničko vijeće bude informirano i konzultirano, među ostalim, o „smanjenju ili zatvaranju poduzeća, pogona ili važnih dijelova i o kolektivnim viškovima“.

Direktiva br. 2002/14/EZ, kojom se utvrđuje okvir za informiranje i savjetovanje s posloprimcima u EU,224 u čl. 4 propisuje da informiranje i savjetovanje treba pokriti i „…situaciju, strukturu i vjerojatni razvoj radnih odnosa unutar poduzeća ili pogona i sve predviđene pripremne mjere, posebice gdje to predstavlja prijetnju radnim odnosima“.

4.2.2.5. Ostali pravni izvori EU

Poveljom temeljnih socijalnih prava radnika, iz 1989. g.,225 utvrđeno je kako stvaranje unutarnjeg tržišta mora voditi unaprjeđenju životnih i radnih uvjeta radnika u EZ, koje treba obuhvatiti, gdje je to nužno, razvoj određenih aspekata regulative radnih odnosa, kao što je...

---

225 Commission of the European Communities, Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, Luxembourg.
postupak u slučaju kolektivnog otpuštanja radnika i stečaja. Razvoj informiranja, savjetovanja
i sudjelovanja radnika u odlučivanju mora slijediti odgovarajuće smjernice, pri čemu treba
voditi brigu o postojećoj praksi u različitim zemljama članicama. Posebno se ističe uloga
pravovremenog informiranja, savjetovanja i participacije radnika u slučajevima postupka
ekolektivnih viškova.

4.3. Izvori nacionalnog prava o prestanku ugovora o radu

Ustavima nekih država zajamčeno je pravo na rad. Važan izvor nacionalnog prava o
prestanku ugovora o radu nalazimo u odredbama ratificiranih međunarodnih ugovora i
konvencija MOR-a. Konvenciju br. 158 (1982.) o prestanku radnog odnosa na iniciativu
poslodavca ratificirale su Francuska i Slovenija.

Osnovni izvor pravila o prestanku te otkazu ugovora o radu jesu zakoni. Kolektivni
ugovori često se koriste radi prilagodavanja zakonskih odredbi o zakonskim rokovima ili
otkaza zbog skrivljenog ponašanja radnika. Važna je i pravnostavačka uloga sudova,
posebice kada je riječ o tumačenju zakona, dok je uloga običaja uglavnom ograničena.

4.3.1. Hrvatska

Prestanak ugovora o radu uređen je u hrvatskom pravu Zakonom o radu. Na sva
pitanja sklapanja, valjanosti, prestanka ili druga pitanja u vezi s ugovorom o radu koja nisu
uredena ZR-om ili drugim zakonom primjenjuju se opći propisi obveznog prava, u skladu s
naravi tog ugovora (čl. 6. st. 4.). Kao opći propis obveznoga prava na snazi supsidijarno se
primjenjuje Zakon o obveznim odnosima. Vezano uz supsidijarnu primjenu općih odredbi
obveznog prava na radne odnose, a time i prestanak ugovora o radu, valja istaknuti da su ZR-
om propisane pretpostavke njihove primjene: ako određeno pitanje nije uređeno ZR-om,
a primjena mora biti u skladu s posebnom naravi ugovora o radu.

U skladu s načelom slobode ugovaranja iz čl. 7. ZR-a, pojedina pitanja prestanka
ugovora o radu (uvjeta rada), koji su uređeni ZR-om ili drugim zakonom, moguće je urediti na
način koji je za radnika povoljniji. Ako je neko pravo iz radnog odnosa uređeno različito
pojedinačnim ugovorom o radu, pravilnikom o radu, sporazumom između radničkog vijeća i
poslodavca, kolektivnim ugovorom ili zakonom, primjenjuje se pravo koje je za radnika
najpovoljnije, ako ZR-om ili drugim zakonom nije drukčije uređeno.

---

226 Sudčko stvaranje prava igra značajnu ulogu u tumačenju zakona u Njemačkoj i Francuskoj, posebice kada je riječ o određivanju razloga za otkaz. U Velikoj Britaniji sudska je praksa karakteristika pravnog sustava.
227 Termination of employment relationships, op. cit., str. 3.
228 Zakon o obveznim odnosima (dalje: ZOO), NN 35/05., 41/08.
4.3.2. Njemačka

Njemački Građanski zakonik (BGB) kao lex generalis uređuje ugovor o radu te neka pitanja prestanka radnog odnosa, kao što je izvanredni otkaz ugovora o radu.

Temeljni njemački zakon koji uređuje otkaz ugovora o radu jest Zakon o zaštiti slučaju otkaza, iz 1969. g. (KSchG). Ulogu radničkih vijeća u postupku otkazivanja ugovora o radu uređuje Zakon o radničkim vijećima (Betriebsverfassungsgesetz, dalje: BetrVG), iz 1972.229 Postupovna pitanja vezana uz prestanak ugovora o radu predviđena su Zakonom o pojednostavljenju i ubrzavanju postupka pred radnim sudovima, iz 2000. g.230

Zakon o reformi tržišta rada, iz 2003. g.,231 značajan je, jer je njime izmijenjen paket zakona važnih za razmatranju temu: KSchG, Zakon o radu s nepunim radnim vremenom i radu na određeno vrijeme, III. knjiga Socijalnog zakonika,232 Zakon o radnom vremenu, Stečajni zakon, Zakon o pomorcima.

Kolektivni ugovori važan su izvor prava, a kada je riječ o prestanku ugovora o radu, njima se posebice uređuje duljina otkaznih rokova, koji se mogu predvidjeti i u trajanju kraćem od zakonom propisanih.

4.3.3. Austrija

Ugovor o radu i njegov prestanak uređuje Građanski zakonik (ABGB), kao lex generalis. No kako austrijsko radno zakonodavstvo čini niz zakona koji uređuju radne odnose posebnih grupa posloprimaca (glumaca, državnih službenika, novinara, kućne posluge), pojedina pitanja prestanka (otkaza) ugovora o radu, kao što je primjerice duljina otkaznog roka, uređena su odredbama tih posebnih zakona.233 Kolektivnim ugovorima reguliraju se posebice pitanja duljine i tijeka otkaznog roka.234

---

232 www.sozialgesetzbuch-sgb.de
234 Za kolektivno radno pravo posebno je značajan Zakon o radničkim vijećima (Arbeitsverfassungsgesetz, ArbVG), iz 1974. g.
4.3.4. Slovenija

Slovenski Zakon o delovnih razmerjih (ZDR), iz 2002., kao temeljni radnopravni propisnik, uređuje prestanak ugovora o radu. Na prestanak (kao i na sklapanje, valjanost i druga pitanja) ugovora o radu primjenjuju se supsidijarno, na odgovarajući način, opća pravila građanskog prava, ako ZDR-om ili drugim zakonom nije drugačije određeno (čl. 11.). Opće odredbe građanskog prava primjenjuju se i prilikom određivanja posljedica ništetnosti i pobojnosti ugovora o radu, ako zakonom nije uređeno drukčije. Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju, iz 1993. g., ureduje pitanje radničke participacije.

4.3.5. Francuska


4.3.6. Velika Britanija


Zakonom o sindikatima i radnim odnosima, iz 1992. jamči se zaštita od nezakonitog otkaza izrečenog zbog (ne)članstva ili aktivnosti radnika u sindikatu;

235 To su odredbe Obligacijskega zakonika, Uradni list 83/01., 32/04., 28/06., 29/07, 40/07, 97/07. (proč. tekst).
236 Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju, Uradni list RS 42/93., 56/01., 26/07., 42/07.
sudjelovanja radnika u industrijskim akcijama; pokretanja postupka protiv poslodavca radi ostvarenja važnih zakonskih prava ili pretpostavljenog kršenja takvih prava.

Posebni zakoni koji uređuju neka specifična područja (primjerice najduže radno vrijeme, minimalnu plaću na nacionalnoj razini, prava posloprimaca s nepunim radnim vremenom) sadrže odredbe o nezakonitosti *ex lege* otkaza danog radnicima koji su zahtijevali svoja prava zajamčena tim zakonima.

Osim zakonskog uređenja zaštite u slučaju otkaza ugovora o radu, britansko pravo poznaje i zaštitu prema sustavu *common law*. Ona postoji u slučaju otkaza zbog kršenja ugovornih odredbi, tzv. *wrongful dismissal*. Radnik može zahtijevati naknadu štete ako ne ispunjava uvjet kvalificirajućeg razdoblja (godinu dana neprekidnog radnog odnosa) za podizanje tužbe zbog nezakonitog otkaza ili je gubitak koji je pretrpio otkazom veći od zakonom utvrđenog maksimalnog iznosa naknade štete. Uz ovo, postoje i slučajevi u kojima sudovi mogu naložiti ograničenje otkaza, koji počinje proizvoditi pravne posljedice okončanjem ugovorenog postupka vezanog uz otkaz (najčešće ugovorom uređeni disciplinski postupak). No ovi su slučajevi u pravilu ograničeni na javni sektor i relativno rijetki. Posljednjih godina razlika između dva koncepta otkaza, *unfair dismissal* i *wrongful dismissal*, ima sve manje praktično značenje.\(^{240}\) Odredbe zakona imaju prednost pred običajnim pravom. Ministri u britanskoj Vladi imaju ovlast izuzeti određene kategorije radnika od primjene zakonodavstva o otkazu ugovora o radu. To su radnici na koje se primjenjuje zakonom uređeni kolektivni 'sporazum o postupku otkaza'.\(^{241}\)

---


\(^{241}\) Ova mogućnost korištena je samo jednom u odnosu na *Joint Industry Board for the Electrical Contracting Industry*, ali je izuzetak opozvan 2001. g.
5. KLASIFIKACIJA NAČINA PRESTANKA UGOVORA O RADU

Sve načine prestanka ugovora o radu možemo klasificirati u tri skupine: 1. prestanak ugovora o radu na temelju sporazuma ugovornih stranaka; 2. prestanak ugovora na temelju zakona, bez volje (postupanja, radnji) stranaka i 3. prestanak ugovora o radu otkazom.\(^{242}\)

Sporazumni prestanak ugovora o radu u radnim se zakonodavstvima najčešće izričito navodi kao jedan od načina prestanka ugovora o radu.\(^{243}\) Na takav način prestanka primjenjuju se opća pravila obveznog prava, a može biti uređen i posebnim odredbama u okviru radnopravnog zakonodavstva.\(^{244}\)

Drugi način prestanka ugovora jest prestanak na temelju zakona. U ovom slučaju prestanak ugovora ne ovisi o volji ili postupanju stranaka. Razlike među zakonodavstvima prilično su velike. U nekima su razlozi zbog kojih ugovor prestaje na temelju zakona izričito i taksativno propisani zakonom. Isti razlog za prestanak ugovora u nekim je zakonodavstvima razlog za prestanak na temelju zakona, a u drugima nije. Zato je nemoguća jedinstvena klasifikacija ovih razloga.\(^{245}\)

Otkaz ugovora o radu može se klasificirati s obzirom na više kriterija. Temeljna je podjela s obzirom na subjekt koji ga daje (poslodavac ili radnik) te razlog za otkaz (više *infra pogl. Klasifikacija otkaza ugovora o radu*).

Norme koje uređuju različite načine prestanka ugovora o radu, odnosno radnog odnosa, po svojoj su naravi, u pravilu, općeg karaktera, tj. primjenjuju se na sve posloprimce i poslodavce kao stranke ugovora o radu. Posebnim normama uređene su iznimke ili specifične pretpostavke prestanka ugovora o radu koje se odnose na: posebne skupine posloprimaca ili gospodarske grane, posebne vrste ugovora o radu ili posebne skupine poslodavaca.

\(^{242}\) *Termination of employment relationships*, op. cit., str. 14 i d.

\(^{243}\) Od novih država članica EU, Malta je jedina u kojoj to nije učinjeno, ali je takav način prestanka ugovora valjan, u skladu s općim pravilima građanskog prava. Kresal, B., *Termination of employment relationship*, op. cit., str. 35.


\(^{245}\) Razlozi prestanka ugovora na temelju zakona mogu biti vezani uz: radnika (smrt radnika, navršenje određenih godina života odnosno ostvarenje prava na mirovinu, invalidnost radnika); poslodavca koji je fizička osoba (smrt poslodavca, umirovljenje, nesposobnost poslodavca); poslodavca koji je pravna osoba (gubitak pravne osobnosti); valjanost pravnog posla (ništetnost); kršenje ugovora (izdržavanje kazne zatvora radnika); trajanje ugovora (prestanak ugovora na određeno vrijeme); odluku suda, tijela vlasti ili disciplinskog tijela (sudski raskid ugovora, odluka o likvidaciji poduzeća, disciplinska odluka); zahtjev treće strane (roditelja, inspekcije rada za prestanak ugovora s maloljetnikom); druge okolnosti (viša sila) itd. više *Termination of employment relationships*, op. cit., str. 35-37; Kresal, B., *Termination of Employment Relationship*, op. cit., str. 44-47.
Naš ZR nabrjava moguće i dopuštene načine prestanka ugovora o radu u čl. 104. Prema toj odredbi ugovor o radu može prestati: smrću radnika; istekom vremena na koje je sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme; kada radnik navrši 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, osim ako se radnik i poslodavac drukčije ne dogovore; sporazumom radnika i poslodavca; dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad; otkazom; te odlukom nadležnog suda.

Navršenje 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža radnika, za razliku od ranijeg zakonodavstva, ne smatra se prestankom ugovora na temelju zakona, nego je formuliran tako da ovisi o sporazumu stranaka. Ako sporazuma nema, ugovor prestaje odlukom poslodavca. Ugovor o radu prestaje na temelju zakona dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad. Smrt radnika dovodi do prestanka ugovora o radu i radnog odnosa kao obveznopravnog odnosa s naglašenim osobnim obilježjima.

Iako je riječ o taksativnom nabrajanju načina prestanka ugovora o radu, u doktrini je prihvaćeno stajalište da su mogući i drugi načini prestanka ugovora o radu, ali samo ako su propisani nekim posebnim zakonom. Na to upućuje odredba čl. 6. st. 4. Zakona o radu, prema kojoj se pitanje prestanka ugovora o radu (kao i sklapanja, valjanosti i druga pitanja u vezi s ugovorom o radu) može urediti i drugim zakonom pa se zatvorena lista načina prestanka ugovora o radu iz ZR-a može valjano izmijeniti ili dopuniti nekim drugim posebnim zakonom (odnosno dopunom ili izmjenom ZR-a), što je učinjeno Stečajnim zakonom.

Jedan od načina prestanka ureden „drugim zakonom“ jest prestanak ex lege u slučaju nističnosti, čije uzroke i pravne učinke uređuje ZOO, kao opći zakon.

U radu se obradjuju, prije svega, načini prestanka utvrđeni ZR-om i drugim zakonima. Najprije se razmatra sporazumni prestanak ugovora o radu, u kojem postoji volja obje ugovorne strane da se ugovor okonča. Slijedi ugovor o radu na određeno vrijeme. To je način prestanka u kojem se ostvaruje kombinacija prestanka ugovora na temelju zakona (protekom roka na koji je zaključen) i prestanka voljom stranaka. Naime, stranke prilikom sklapanja ugovora očituju svoju volju da ugovor traje određeno vrijeme i nakon toga prestane. U radu se zatim razmatra otkaz kao konfliktni način prestanka ugovora o radu, a u sklopu toga otkaz u slučaju kolektivnog viška, statusnih promjena poslodavca i prijenosa po poduzeća te stečaja, prestanak ugovora odlukom suda (sudski raskid), povodom tužbe o dopuštenosti otkaza.


247 Stečajni zakon, NN br. 44/96., 29/99, 129/00., 123/03, 82/06.

248 Usp. Kresal, B., Termination of Employment Relationships, op. cit., str. 44.
Slijedi prestanak ugovora zbog navršenja 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža radnika, prestanak dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad, prestanak smrću radnika te prestanak ugovora o radu člana uprave trgovačkog društva. Ništetnost ugovora o radu analizira se kao pravna posljedica nezakonitog prestanka ugovora o radu. Na pojedinim mjestima spominju se i drugi načini prestanka ugovora, propisani u drugim zakonodavstvima.
6. SPORAZUM STRANAKA O PRESTANKU UGOVORA O RADU

Za razliku od otkaza ugovora o radu, koji karakterizira jednostrano očitovanje volje jedne od stranaka ugovora o radu, kojim ona izražava svoju namjeru (volju) da ugovor o radu okonča, kod sporazumnog prestanka ugovora o radu obje ugovorne strane slobodno izražavaju svoju volju da okončaju ugovor o radu, odnosno radni odnos.

Statistike pokazuju da je u nekim zemljama, kao što su primjerice Njemačka, Bugarska, Češka, Latvija sporazumni prestanak radnog odnosa češći nego otkaz. Inicijativa u pravilu dolazi od poslodavca, dok će radniku ovaj način okončanja radnog odnosa odgovarati kada želi raskinuti ugovor o radu bez obveze poštivanja otkaznog roka ili želi izbjeći otkaz kojim mu, zbog opravdanih razloga, prijeti poslodavac.

Sporazumni prestanak radnog odnosa ima za poslodavca niz prednosti u odnosu na otkaz ugovora o radu: izbjegava se problem (osporavanja) valjanosti otkaza, koji se često javlja u praksi, poslodavac može točnije izračunati ekonomske učinke prestanka radnog odnosa, što je obično teže kod otkaza ugovora o radu uz koji je često vezan sudski postupak, a u slučaju kolektivnih viškova radnika postiže se značajna ušteda vremena potrebnog za izradu socijalnih planova.


Valja upozoriti na različitu terminologiju: u engleskom pravu koristi se izraz mutual agreement, ili termination by mutual consent; u francuskom pravu les accords de rupture, rupture contractuelle, la résiliation amiable du contrat du travail; u njemačkom pravu Aufhebungsvertrag; u austrijskom pravu einvernehmliche Aufhebung; u slovenskom pravu prenehanje pogodbe o zaposlitvi s sporazumom (ranije: sporazumna razveljavitev); talijansko pravo koristi sintagmu risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, koja se u engleskom prevodi kao 'dissolution of the employment relationship by mutual assent', umjesto 'mutual agreement' koji zbog nedovoljne jasnoće može dovesti u zabludu. Termination of employment relationships, op. cit., str. 28.

Sporazumni raskid je ugovor kojim stranke odustaju od ranije zaključenog ugovora; kako ugovor nastaje suglasnošću volja, on, u načelu, može i prestati suglasnošću volja prema staroj maksimi „Ništa nije tako prirodno, kao onim istim načinom nešto razriještiti kojim je sklopljeno.“ (Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolve, quo colligatum est. Ulp. 35, Dig. 50, 17) Prestanak ugovora nastaje kada stranke više ne žele ostvarenje onog pravnog učinka zbog kojeg su ugovor zaključile. Svoj odustanak izražavaju suglasnošću izjavnih volja, što predstavlja novi ugovor (mutuus dissensus) kojim se raskida postojeći ugovor. Sporazumni raskid, odnosno novi ugovor ima za predmet rušenje prvobitnog ugovora. Moguć je moguć sve dok prvobitni ugovor nije potpuno izvršen. Perović, Slobodan, Obligaciono pravo (Knjiga prva), Beograd, Službeni list SFRJ, 1986., str. 486–487.


Gamillscheg, Katharina, Die Beendigung des Arbeitsverhältnisses (Bestandsschutz und Mobilitätsinteresse des Arbeitnehmers in Abwägung zum Organisationsinteresse des Arbeitgebers), Berlin, Duncker & Humblot, 2001, str. 54.

radnika, primjerice kada želi bez poštivanja otkaznog roka raskinuti ugovor o radu zbog boljeg posla.\(^{255}\)

Ipak, analiza pokazuje da institut sporazumnog prestanda ugovora o radu ima čitav niz važnih nedostataka. Radnik često isuviše brzo pristaje na sklapanje ovakvog sporazuma, ne poznavajući njegove posljedice, posebice one socijalnopratne. Budući da ugovor o radu prestaje voljom obiju strana, smatra se da radniku nije potrebno pružiti posebnu zaštitu koju predviđa zakonodavstvo za slučaj otkaza.\(^{256}\) Pritom je jedno od temeljnih pitanja želi li radnik doista raskinuti radni odnos. Naime, sporazum se često temelji na pristanku koji je poslodavac iznudio od radnika, prijeteći mu u suprotnome otkazom, pa se u praksi nerijetko događa da se sporazumnim prestandom ugovora o radu prikrije otkaz.\(^{257}\)

U nastavku rada analiziraju se materijalnopratne i formalnopratne pretpostavke sporazumnog prestanda ugovora o radu, pravni učinci takvog sporazuma, pravni lijekovi (postupak povodom žalbe), pobijanje, opoziv i ništetost sporazuma te odnos prema drugim načinima prestanda radnog odnosa.

**6.1. Materijalnopratne pretpostavke sporazumnog prestanda ugovora o radu**

6.1.1. Primjena općeg ugovornog prava

Na sporazumni prestand ugovora o radu primjenjuje se opće ugovorno pravo. Zakonodavstva ne propisuju neke posebne materijalnopratne pretpostavke ili klauzule koje bi bile zabranjene. Ipak, postoje i određene iznimke. U francuskom pravu, ako sud utvrdi nedopustivost sporazumnog prestanda ugovora o radu, smatra se da je riječ o otkazu ugovora o radu na koji se primjenjuje zakonodavstvo o otkazu.\(^{258}\)

Prema odredbi čl. 312. **njemačkog** BGB-a o pravu opoziva\(^{259}\) radnik i poslodavac mogu u bilo koje vrijeme sporazumno ugovoriti prestand radnog odnosa. Pravo ugovornih stranaka da sporazumno okončaju radni odnos pripada, prema mišljenju judikature, ustavnom

---


\(^{256}\) Radnik je izložen znatnom riziku gubitka radnog mjesta bez mogućnosti da ispita težinu poslodavčevih razloga za prestand ugovora o radu. Mora odlučiti brzo, jer u protivnom može izgubiti određene pogodnosti, najčešće u obliku turbo premija (Turboprämien). Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 982 (Rn. 4).

\(^{257}\) Kresal, B., Termination of Employment Relationships, op. cit., str. 35.

\(^{258}\) U talijanskom pravu 'obostrani pristanak' bit će valjan ako postoji izričta izjava volje radnika. U Finskoj odredbe sporazuma moraju biti u skladu s odredbama Zakona o ugovorima o radu, zakonodavstvom o sigurnosti radnog mjesta i kolektivnim ugovorima. Prema švedskom pravu sudovi mogu utvrditi da sporazum predstavlja prikriveni otkaz (concealed dismissal; prisilni otkaz, contrived resignation), ako je sporazum potaknuo poslodavac čije ponašanje nije bilo u skladu s dobrom prakom tržišta rada (good labour market practice). U Nizozemskoj poslodavac mora ispitati je li radnik voljan zaključiti takav sporazum, posebice kada je riječ o jednoj od sljedećih kategorija: stariji, bolesni, preopterećeni, nepismeni radnici ili oni stranog porijekla sa slabijim znanjem nizozemskog jezika. Termination of employment relationships, op. cit., str. 28.

\(^{259}\) Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (Pravo opoziva kod poslova sklopljenih na kućnim vratima).
pravu na slobodan izbor zanimanja (Berufsfreiheit; čl. 12. st. 1. Temeljnog zakona, GG). Ugovor o prestanku radnog odnosa (Aufhebungsvertrag), ako ga je radnik ponudio ili dobrovoljno prihvatio, ne podliježe u pravilu nikakvim pravnim ograničenjima, pa ni onima koja vrijede za otkaz ugovora o radu. Opće zaštitne norme koje uređuju pitanje otkaza primjenjuju se, dakle, samo na institut otkaza. To nameće potrebu stvaranja drugih instrumenata kontrole sporazumnog prestanka ugovora o radu, ali i drugih načina prestanka ugovora o radu različitih od otkaza.  

Ovakvo stajalište njemačka doktrina temelji na ustavopravnoj obvezri zaštite slobode izbora zanimanja. Obveza zaštite (Schutzpflichten) temeljnih prava radnika zahtijeva uspostavu takvog pravnog poretka koji će primjereno kontrolirati gubitak radnih mjesta.

U franskom pravu ugovorni prestanak radnog odnosa moguće je kod ugovora o radu na neodređeno vrijeme. U sudskoj je praksi prihvaćena primjena odredbe čl. 1134. Code civil na sporazumni prestanak ugovora o radu. Sporazumi o prestanku radnog odnosa mogu biti individualni (les accords individuels) i kolektivni (les accords collectifs). Prema stajalištu sudske prakse sporazum mora prethoditi razgovor s radnikom, u kojem poslodavac mora objasniti prednosti i nedostatke ovakvog načina prestanka ugovora.

Francuski Kasacijski sud priznalo je dopuštenost individualnih sporazuma o prestanku radnog odnosa na neodređeno vrijeme ako se odnose na radnike koji ne ulaze u neku od kategorija zaštićenih od otkaza (salarie non protégé). Obuhvaćeni su sporazumi o prestanku ugovora o radu zbog ekonomskih razloga i oni zbog osobnih razloga. Ipak, za sporazume zaključene zbog ekonomskih razloga karakteristično je da poslodavac nije u potpunosti osloboden obveze provođenja postupka propisanog za otkaz zbog ekonomskih razloga, što unosi elemente rigidnosti u ovakav način prestanka ugovora. Sudska je praksa, osim toga, postavila jasnu razliku između klauzula o prestanku unesenih u početni ugovor o radu i sporazuma zaključenih za trajanja ugovora. Stranke ugovora o radu ne mogu se unaprijed odreći prava, odnosno zaštite propisane odredbama koje uređuju otkaz (čl. L. 122-14-7 al. 5.

---

262 Zöllner/ Loritz, op. cit., str. 293.
263 Gamillscheg, K., op. cit., str. 54., 208.
264 O opozivu ugovora sporazumom stranaka, ili zbog zakonom utvrđenih razloga …
266 Savatier, Jean, La résiliation amiable du contrat du travail, Droit social, no 9-10, septembre-octobre, 1985, str. 692 i d.
267 Ibid., str. 692.
268 Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 398. i tamo citirana sudска praksa.
pa su zbog toga ništetne klauzule ugovora o automatskom prestanku radnog odnosa. Nasuprot tome, valjani su sporazumi o prestanku radnog odnosa zaključeni tijekom izvršenja ugovora o radu. Među ovim posljednjima sudska praksa priznaje valjanost samo onim sporazumima čija je svrha prestanak ugovora o radu, dok su ništetni oni čiji je predmet reguliranje posljedica prestanka prije nego ovaj bude ostvaren. Kada je riječ o sporazumima o prestanku radnog odnosa koje zaključuju, tzv., zaštićeni posloprimci (salarìés protégés),

oni su ništetni. Specifičnost francuskog prava jesu kolektivni sporazumi o prestanku ugovora o radu. Mogu imati oblik posebnih klauzula sadržanih u kolektivnim ugovorima ili posebnih sporazuma. Čest je slučaj da kolektivni ugovori sadrže klauzulu koja propisuje da će se, u slučaju nastupanja određenog događaja, prestanak ugovora o radu „pripisati radniku“ ili „da neće biti pripisan poslodavcu“. Ipak, za ocjenu valjanosti takvog načina prestanka ugovora važna je sudska praksa. Naime, Kasacijski sud odlučio je da ovakve klauzule kolektivnih ugovora ne vezuju suce koji su slobodni ocjenjivati prestanak ugovora o radu primjenom uobičajenih kriterija. U slučaju kada poslodavac raskine ugovor o radu jer radnik nije odmah opravdao svoj izostanak s posla, prema mišljenju Suda sudac mora takav raskid okvalificirati kao otkaz, iako je kolektivnim ugovorom propisano da će propuštanje obavještavanja o odsutnosti imati za posljedicu prestanak ugovora o radu zbog ponašanja radnika, te mora istražiti je li uzrok otkaza stvaran i ozbiljan.

Pregovori radi sklapanja sporazuma o prestanku radnog odnosa razlikuju se od pregovora radi zaključenja kolektivnog ugovora. Direktor poduzeća (chef d'entreprise) najprije upućuje kolektivnu ponudu onima koji žele raskinuti ugovor o radu. Akt ima dvostruku narav: s jedne strane, individualnog je karaktera, jer se traži pojedinačna odluka radnika, a, s druge strane, kolektivnog, jer se odnosi na cjelokupni radni kolektiv. Pregovori radi zaključenja kolektivnih sporazuma o prestanku radnog odnosa doživjeli su značajan

---

269 Ovako stajalište prihvatio je samo dio pravnih pisaca. loc. cit.
270 U tu skupinu ulaze: trudnice; radnici oboljeli od profesionalnih bolesti ili oni koji su pretrpjeli neku nezgodu na radu; radnički predstavnici.
271 Nasuprot tome, dopušten je sporazum direktora poduzeća i zaštićenog radnika, kojim uređuju imovinske posljedice prestanka ugovora o radu nakon što je radnik dobio obavijest o otkazu. Takav sporazum može biti pravovaljan zaključen istovremeno s obaviješću o otkazu, pri čemu se ne mora poštivati zakonski postupak. On je ograničenog dosega, jer ne može predstavljati opravdani razlog za neprimjenu odredbi javnog poretka niti prepreku da poslodavac podigne tuzbu za delikt smanjenja (délit d'entrave), već samo onemogućava zaštićenog radnika da zahtijeva vraćanje na rad. Lyon-Caen/Pelissier/Supiot, op. cit., str. 399.
272 Tako se, primjerice, uobičajeno propisuje da odsutnost koju radnik nije opravdao u roku od 24 sata predstavlja raskid ugovora o radu s njegove strane, ili da ugovor može raskinuti i poslodavac ako je radnik zbog bolesti odsutan dulje od godine dana.
273 Kasacijski sud razvio je originalna rješenja za slučaj kada je klauzula o prestanku ugovora o radu klauzula o odlasku u mirovinu. Više Lyon-Caen/Pelissier/Supiot, op. cit., str. 400.
uspjeh u tzv. operaciji *Cricket*, provedenoj 1977. g. U njoj su radnici koji su pristali na prestanak radnog odnosa primili po 30.000 franaka prije početka pregovora.

U praksi se postavilo pravno pitanje jesu li takvi pregovori *zakoniti*, tj. je li, ustvari, riječ o zakonitim otkazima radnika ili skrivenim otkazima poslodavaca? Kasacijski je sud u prvo vrijeme zastupao stajalište da ovakvi otkazi ili sporazumi, do kojih je došlo zbog konjukturalnih ili strukturalnih razloga, predstavljaju otkaze zbog ekonomskih razloga i trebaju biti podvrgnuti kontroli. U novijoj praksi Kasacijski sud potvrdio je zakonitost pregovora za sklapanje sporazuma o prestanku radnog odnosa, ali istovremeno utvrdio da to poslodavca ne oslobađa obveze poštivanja postupka informiranja i savjetovanja s predstavnicima osoblja propisanog za slučaj kolektivnih otkaza. Članak L. 321-1, al. 2. *Code du travail* izričito predviđa da su svi prestanci ugovora o radu zbog nekog od ekonomskih razloga podvrgnuti pravilima koja uređuju otkaz zbog ekonomskih razloga.274

Sporazumni prestanak ugovora o radu (*termination by mutual agreement*) u engleskoj je radnopravnoj doktrini prihvaćen kao jedan od načina prestanka radnog odnosa.275 Sudovi, međutim, imaju drukčije stajalište, koje sporazumni prestanak približava otkazu i time čini rigidnijim. Kako se na ovaj način izbjegava primjena zakonskih odredaba koje uređuju zaštitu radnika od nezakonitog otkaza, sudovi odbijaju prihvatiti argument da se radnik pristao odreći radnog odnosa i mogućnosti tužbe za pogoršanje otkaza. Takve prestanke radnog odnosa često kvalificiraju kao klasični otkaz od strane poslodavca, uz argument da je poslodavac taj koji stvarno uzrokuje prestanak ugovora o radu. Samo u rijetkim slučajevima sudovi prihvaćaju da postoji prestanak radnog odnosa utemeljen na obostranom sporazumu, i to ako utvrde da je pristanak posloprimca bio pravi (*genuine*).276 Ako je isključivi razlog za sporazumni prestanak ugovora o radu bila prijetnja otkazom, smatra se da je riječ o otkazu ugovora o radu.277

Stajalište sudova može se objasniti činjenicom da se radnici u Velikoj Britaniji ne mogu ugovorom odreći prava iz radnog odnosa, osim kroz tzv. usuglašavanje (nagodbu)

274 Ibid., str. 400-401.
zahtjeva (compromising claims).\textsuperscript{278} Zbog toga se niti potpisivanjem sporazuma o prestanku radnog odnosa radnik ne može valjano odreći prava na tužbu zbog nezakonitog otkaza.\textsuperscript{279}

U predmetu \textit{Birch v. University of Liverpool}\textsuperscript{280} poslodavac je, suočen sa smanjenim državnim potporama, pozvao osoblje da iskoristi pravo na prijevremenu mirovinu, čime je planirao smanjiti broj radnika za 300. Radnik se prijavio za prijevremenu mirovinu, a sveučilište je prihvatilo njegovu prijavu te službeno zatražilo njegovo umirovljenje. U vezi sa zahtjevom radnika za otpremninu zbog kolektivnog viška radnika (\textit{redundancy payment}), Apelacijski je sud, odlučujući o preliminarnom pitanju ju li ovdje riječ o otkazu, utvrdio da takav prestanak radnog odnosa obostranim sporazumom ne predstavlja otkaz.

\textsuperscript{278} Putem Acasovog (\textit{Advisory, Conciliation and Arbitration Service}) ili formalnog sporazuma o nagodbi prema \textit{ERA} (1996), s. 203 (\textit{Restrictions on contracting out}).

\textsuperscript{279} Osim ako sporazum ispunjava pretpostavke za sporazum o nagodbi, predmet \textit{Igbo v. Johnson Matthey Chemicals}. Cit. prema \textit{Barnett/Scrope}, op. cit., str. 151.


\textsuperscript{281} Na odluke radnika o sporazumnom prestanku utjecali su motivi financijske naravi, pa je sud priznao postojanje sporazumnog prestanka.

Prema \textit{slovenskoj} sudskoj praksi ništetan je, tzv., bjanko sporazum o prestanku ugovora o radu. Riječ je o sporazumu koji su potpisali poslodavac i radnik na praznom papiru (ili praznom obračku otkaza od strane radnika) u vrijeme zaključenja ugovora o radu. Njime se poslodavcu ostavlja mogućnost da datum otkaza ugovora upiše kasnije, ako i u trenutku kada to poželi učiniti. Sudovi su ocijenili da u ovakvim slučajevima ne postoji prava i slobodna volja radnika da raskine ugovor o radu, a prestanak ugovora ustvari je posljedica volje poslodavca. Radnik se ne može odreći svojih prava u vezi s prestankom radnog odnosa. Riječ je o skrivenom otkazu pa je obvezna primjena pravila o zaštiti od otkaza.

Na sporazum o prestanku ugovora o radu u \textit{hrvatskom} pravu primjenjuju se opća pravila obveznog prava o sklapanju i prestanku ugovora.


\textsuperscript{283} Kresal, B., \textit{Termination of Employment Relationships}, op. cit., str. 36.
Iz navedenoga može se zaključiti da je sporazum o prestanku ugovora o radu prihvaćen, uobičajen, a u nekim zemljama i najčešći načina prestanka ugovora, na koji se primjenjuju, između ostalog, opća pravila obveznog prava o ugovorima. Zaključivanjem sporazuma ugovor prestaje dogovorom, izbjegava se otkaz i složeni mehanizam zaštite koji se uz otkaz veže. Poslodavac izbjegava eventualni interni ili sudski postupak o dopuštenosti otkaza koji pokreće radnik, ako smatra da otkaz nije opravdan. Radnik ne uživa primjenu otkaznog zaštitnog zakonodavstva, čime je narušeno načelo sigurnosti radnog odnosa. Posebno je pitanje je li radnik doista bio slobodan u svojoj odluci da u sporazumu s poslodavcem okonča radni odnos ili je iza te odluke neki oblik prisile poslodavca, ili nepoznavanje vlastitih prava. Upravo zbog tih razloga sva razmatrana zakonodavstva ograničavaju slobodu sklapanja sporazuma, utvrđujući neki oblik njegove kontrole. Učinkovita je, primjenom pravila obveznoga prava, kontrola postojanja slobode volje radnika. Neka prava, kao što su francusko i britansko pravo, nameću poslodavcu, uz određene pretpostavke, obvezu primijeniti isti postupak koji je obvezan provesti u slučaju otkaza, što ovakav način prestanak ugovora o radu čini rigidnijim. Radnika se štiti i tako što se ne priznaju ona njegova očitovanja o pravima dana unaprijed, dok još nisu ostvarena.

6.1.2. Sadržaj sporazuma o prestanku ugovora o radu

U skladu s načelom slobode ugovaranja predmet sporazuma o prestanku ugovora o radu mogu, u pravilu, biti sva pitanja vezana uz prestanak radnog odnosa, uključujući i neisplaćena potraživanja. Sporno je može li se ta sloboda ograničiti kako bi se zaštitio radnik kao slabija strana tog sporazuma.

Primjer mogućih različitih odgovora na to pitanje nalazimo u njemačkom pravu. Granice takve slobode postavljene su, kroz praksu BAG-a, isključivanjem iz dosegu ugovaranja onih zahtjeva kojih se radnik ne može odreći te određivanjem pitanja koja mogu biti predmet stranačke nagodbe. Jedini nužan element sadržaja sporazuma jest suglasnost stranaka o prestanku radnog odnosa. Stranke slobodno uređuju datum prestanka ugovora. Prema stajalištu doktrine retroaktivno djelovanje sporazuma, u pravilu, nije dopušteno.284 Sporazumom stranke mogu ugovoriti pravo radnika na 'otpremninu' (Abfindung),285 kao

284 Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 992 (Rn. 39). Dozvoljen je, prema mišljenju BAG-a, retroaktivni sporazum o prestanku ugovora o radu ako stranke još nisu počele izvršavati svoje glavne ugovorne obvez. BAG 10.12.1998, AP Nr. 185 z § 613a BGB.
285 Prema svom značenju to je naknada štete, a ne otpremmina. Više infra pogl. Pretpostavke prava radnika na otpremninu.
naknadu štete zbog gubitka radnog mjesta. Stranke slobodno uređuju visinu naknade štete, trenutak i način njezine isplate.

U njemačkoj judikaturi i doktrini bilo je sporno može li sadržaj ovog sporazuma biti podvrgnut sudačkoj kontroli sadržaja sporazumno utvrđenih uglavaka ugovora (Inhaltskontrolle).\(^{286}\) Stajališta su se tijekom vremena mijenjala.\(^{287}\) Polazeći od načela slobode ugovaranja BAG zastupa mišljenje da se klauzule sporazuma o prestanku ugovora i o otpremnini ne mogu podvrgnuti kontroli sadržaja,\(^{288}\) što je suprotno stajalištu Saveznog ustavnog suda. Ipak, BAG dopušta kontrolu sadržaja sporazuma u slučajevima kada poslodavca obvezuje načelo jednakog postupanja prema radnicima, kao, primjerice, kod dobrovoljne isplate otpremnine većem broju radnika kojima prestaje radni odnosi.\(^{289}\)

Stranke sporazuma o prestanku ugovora o radu mogu njime urediti i druga prava i obveze iz radnog odnosa. Najčešće su to pitanja nastavka isplate plaće; oslobodjenja od obveze rada; zabrane natjecanja radnika s poslodavcem dok radni odnos još traje i nakon prestanka ugovora o radu; uračunavanje onoga što je radnik u međuvremenu zaradio; različitih nagrada, udjela u dobiti i tantijema, kao i isplate provizija; korištenja službenog

\(^{286}\) Vodila se rasprava može li sadržaj ugovora biti podvrgnut tzv. sudačkoj kontroli sadržaja (ili kontroli pravičnosti), ili samo sudačkoj kontroli zakonitosti. Sudačka kontrola prava (Rechtskontrolle) znači kontrolu zaključivanja i sadržaja ugovora u skladu s općim načelima, koja uključuje prije svega zakonsko tumačenje, u skladu s temeljnim (ustavnim) pravima, privatnoprawnih općih klauzula (privatrechtlichen Generalklauseln) i neodređenih pravnih pojmova. Sudačka kontrola sadržaja (Inhaltskontrolle), ili kontrola pravičnosti (Billigkeitskontrolle) znači kontrolu sadržaja sporazumno utvrđenih uglavaka ugovora o radu.

\(^{287}\) Ninjački teoretičar v. Hoyningen-Huene zastupao je stajalište o neprihvatljivosti kontrole pravičnosti u radnom pravu jer se kontroli, na temelju čl. 315 BGB-a (Određivanje činidbe jedne ugovorne strane), mogu podvrgnuti samo jednostavno utvrđene odredbe kojima se uređuju činidbe, a ne i sporazumno zaključeni ugovor. Prema Fastrichu, koji polazi od načela zaštite radnika, radnik pri zaključenju ugovora o radu u pravilu nije u stanju primjereno ostvariti svoje interese. Pravni poredak mora zato preuzeti ulogu njegovog zaštitnika, što se ostvaruje ne samo kolektivnim ugovorima nego i kontrolom sadržaja koja se razvila u ugovornom radnom pravu. Kontrola sadržaja jamči potrebnu fleksibilnost te neophodnu mjeru pravne sigurnosti, koja se ostvaruje oslanjanjem na zakone i dodatno sudačkom iznenadnom nadzoru. S ovime se složio i njemački Savezni ustavni sud (BVerfG) u nekoliko odluka iz 1990. g., ističući da od posljedica ugovora treba zaštititi onu ugovornu stranu kojoj je zaštitna potrebna. U slučaju nepostojanja jednakosti ugovornih strana sudovi moraju provoditi snažniju kontrolu ugovornih sporazuma. Temelj je našao u odredbi čl. 242. BGB-a (Obavljanje činidbe prema načelu savjesnosti i poštovanja) kojom se ograničava ovlast oblikovanja ugovora i time daje ovlaštenje za sudačku kontrolu sadržaja. Gamillscheg, K., op. cit., str. 216 i d.


automobila, službenog mobitela i drugih predmeta poslodavca koje radnik može koristiti i u privatne svrhe; godišnjeg odmora; vraćanja posuđenih stvari; poslovne tajne; starosne mirovine poduzeća; svjedodžbe i drugih isprava vezanih uz radni odnos. Ova pitanja predmet su sudačke kontrole sadržaja ako su utvrđena u unaprijed formuliranim sporazumima poslodavca koji, kao opći uvjeti poslovanja, podliježu kontroli prema čl. 307. st. 3. BGB-a.

Kao što je uvodno rečeno, njemački poslodavac i radnik ne mogu svojim sporazumom obuhvatiti one zahtjeve kojih se radnik ne može odreći (unverzichtbare Ansprüche). Riječ je o zahtjevima, odnosno pravima koja radnik ima prema kolektivnim ugovorima ili sporazumima s radničkim vijećem, kao i odredbama o godišnjem odmoru. Dospjela potraživanja (zahtjevi) ne mogu se ugovorom o prestanku radnog odnosa, bez pristanka stranaka kolektivnog ugovora, staviti izvan snage na štetu radnika. Ugovorne odredbe takvog sadržaja ništetne su, a radnik zadržava pravo zahtijevati nastalo potraživanje.

Drugu kategoriju zahtjeva čine oni koji mogu biti obuhvaćeni tzv. klauzulom o nagodbii (Abgeltungsklausel). Svraha je klauzule postizanje jasnih odnosa i sprječavanje budućih sporova stranaka u interesu pravnog prometa. To se postiže širokim tumačenjem klauzule (suprotno je kod sporazuma vezanih uz otkaz), prema kojem ona uključuje ne samo zahtjeve koji su među strankama bili sporni, nego i one zahtjeve o kojima stranke nisu niti razmišljale. Isključeni su, naravno, zahtjevi kojih se radnik ne može odreći, ali i niz zahtjeva kojih se radnik može odreći, a nisu obuhvaćeni ovom klauzulom, osim u slučaju izričitog odricanja od njih (zahtjev za izdavanje potvrde o radu, Arbeitszeugniss; potraživanja iz skrbi za slučaj starosti na razini poduzeća; zahtjev za naknadu za izume).

Prema stajalištu u hrvatskoj pravnoj literaturi pisani sporazum o prestanku radnog odnosa treba sadržavati odredbu o datumu kada radni odnos prestaje, a može sadržavati odredbe o ostalim pravima i obvezama koje proizlaze iz prekida radnog odnosa, kao što su, primjerice, pravo radnika na otpremninu, otkazni rok, obveza čuvanja poslovne tajne.

291 Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 993-994 (Rn. 44).
292 Pravnom normom ne može se, međutim, ograničiti mirno rješavanje spornih pitanja ugovornih strana. Radnik je slobodan odreći se svojih prava iz kolektivnog ugovora prešućivanjem vezanosti kolektivnim ugovorom, svjesnim propuštanjem rokova, tužbenim zahtjevom koji se odnosi samo na dio nekog potraživanja i sličnim postupcima. Uz to, moguće je i tzv. sporazum o činjenicama (Tatsachenvergleich, posebna nagodbia o spornim činjenicama (npr. broju prekovremenih sati) ili obvezujuća klauzula o tomu u ugovor o prestanku radnog odnosa). Schmitt-Rolfes, G., op. cit., str. 4.
293 Šire vidi: Schmitt-Rolfes, G., op. cit., str. 5; Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 996 (Rn. 53).
ugovorna zabrana utakmice, pravo na slobodno vrijeme za traženje novog posla i druga važna pitanja. M. Ruždjak ističe kako pri uređivanju međusobnih prava i obveza stranke nisu vezane zakonskim ograničenjima, a I. Crnić kako sporazum strankama daje „praktički potpunu slobodu ugovaranja uvjeta prestanka ugovora o radu“. Nameće se pitanje postoji li u hrvatskom pravu potpuna sloboda ugovornih strana pri zaklučivanju sporazuma o prestanku ugovora o radu ili ipak postoji određena kontrola sadržaja sporazuma, kao što je to slučaj u njemačkom pravu.

Mislimo da se u tumačenju dopustivosti pojedinih odredbi sporazuma stranaka o prestanku ugovora o radu mora primjenjivati načelo između obaveze stranaka, iako su u zemljama s različitim pravним sistemima legalizirani određeni pravni mehanizmi za podizanje i izvršavanje prava i obveza ugovornih strana.

Ustavni sud RH, odlučujući o ustavnoj tužbi, utvrdio je da sporazum o prestanku ugovora o radu „stranke ugovaraju dan prestanka ugovora o radu, a mogu se dogovoriti i o drugim pravima, odnosno obvezama pa tako i o većim pravima radnika od onih utvrđenih K(olektivnim)U(govorom), kao i utvrditi nepostojanje drugih ili daljnjih prava ili obveza. U konkretnom slučaju poslodavac se sporazumom obvezao isplatiti poticajnu otpremninu radniku radi odlaska u mirovinu zbog otežanog zdravstvenog stanja, a isplatom te otpremnine

295 Pri sporazumnom prestanku ugovora o radu radi odlaska radnika u starosnu ili prijevremenu starosnu mirovinu radnik često ima pravo na otpremninu koja može biti uređena kolektivnim ugovorom, pravilnikom, ugovorom o radu, ili sporazumom o prestanku ugovora o radu. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 378.
296 Upravo takvo stajalište prihvaćeno je u judikaturi kada je riječ o otkazu ugovora o radu. U jednoj novijoj odluci Visoki trgovački sud RH potvrdio je odluku prvostupanjskog suda o ništetnosti ugovora (nagodbe) sklopljenog prije donošenja i uručenja odluke o otkazu ugovora o radu kojim se radnici odriču prava na otkazni rok, plaće i naknade plaća za vrijeme trajanja otkaznog roka i isplatu otpremnine. Sud ističe da se radnik ne može odrići prava koja ima prema kogentnoj odredi ZR-a, a može se odrići „novčanog iznosa otpremnine, odnosno naknade plaće tek u trenutku kada navedena tražbina bude dospjela, jer tek tada može samostalno raspolagati svojim pravom na tu tražbinu.“ Kako tražbina dospijeva tek dostavom odluke o otkazu, njome radnik može tek tada slobodno raspolagati, što vrijedi i za odričanje od prava na otkazni rok. Visoki trgovački sud RH, PZ-4035/06, od 23.7.2006. (TS Slavonski Brod P-96/04, od 13.3.2006.), IngPrSP 2007., str. 2.
297 Ustavni sud RH, U-III-1547/06, od 11.7.2007., IngPrSP 2007., str. 65.
isključeno je pravo na isplatu otpremnine radi odlaska u mirovinu prema aktima poslodavca, te su se potpisom sporazuma stranke odrekle svih eventualnih međusobnih potraživanja. Radnik je nakon što mu je radni odnos prestao, a poslodavac mu isplatio dogovorenu poticajnu otpremninu, zahtijevao od suda da utvrdi da je izjava radnika o odricanju od prava na otpremninu, koje mu pripada prema kolektivnom ugovoru, dana prije dana prestanka radnog odnosa ništetna, jer se radnik tog prava ne može odreći prije dospijeća tog prava. Ustavni sud pozvao se na stajalište Vrhovnog suda da kada ugovor o radu prestaje sporazumom, ZR-om nije propisana obveza poslodavca da radniku isplati otpremninu pa u tom slučaju stranke sporazumno utvrđuju hoće li poslodavac isplatiti otpremninu, a ako poslodavac takvu obvezu prihvati, stranke nisu vezane visinom otpremnine utvrđenom ZR-om.

Čini se da je ovdje relevantna upravo činjenica da je poslodavac ispunio svoju obvezu isplate otpremnine. Iako je poslodavac radniku isplatio otpremninu, koja je po svojoj naravi 'poticajna' otpremnina, a ne i otpremninu zbog odlaska u mirovinu u mirovinu uredene kolektivnim ugovorom za radnike Hrvatske pošte d.d., ova posljednja sadržana je u poticajnoj otpremnini pa je poslodavac svoju obvezu ispunio.

Jedan od načina zaštite interesa radnika kod sporazumnog prestanka ugovora o radu jest obveza poslodavca radnika obavijestiti o štetnim posljedicama takvog sporazuma. U njemačkom je pravu postojanje takve obveze poslodavca (Aufklärungspflicht) sporno. Obveza obavještavanja propisana je slovenskim ZDR-om. Stranke moraju u sporazum o prestanku ugovora o radu unijeti izričitu odredbu o posljedicama koje zbog takvog načina prestanka ugovora o radu nastaju radniku u vezi s korištenjem prava s osnova osiguranja za slučaj nezaposlenosti – gubitku prava iz tog osiguranja (čl. 79.).

6.2. Formalnopравне pretpostavke sporazumnoj prestanka ugovora o radu

Formalnopравне pretpostavke sporazuma o prestanku ugovora o radu odnose se, prije svega, na oblik sporazuma, određenje datuma prestanka ugovora o radu u sporazumu, zaključenje sporazuma pod raskidnim uvjetom te sudjelovanje sudova i radničkih predstavničkih tijela u postupku zaključivanja sporazuma. Svrha je ovih pretpostavki zaštita radnika od mogućih zlorababa ovog instituta od strane poslodavca, kao i pribavljanje strankama dokaza o zaključenju sporazuma i njegovom sadržaju, čime se mogu spriječiti eventualni sporovi.301

300 VSRH, Rev-2385/97, od 4.2.1998.
301 Kresal, B., Termination of Employment Relationships, op. cit., str. 36.
6.2.1. Oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu

U većini zakonodavstava država članica EU za sporazumni prestanak ugovora o radu zahtijeva se pisani oblik, koji može biti propisan zakonom, utvrđen ugovorom ili odlukom suda. Međutim, posljedice nepoštivanja obvezne forme različite su: samo u manjem broju zakonodavstava nepoštivanje forme uzrokuje ništetnost sporazuma. Uz to, zahtijeva se da očitovanje volje radnika bude izričito i jasno, kako bi se iz njega moglo nesporno zaključiti o postojanju namjere da raskine radni odnos.

6.2.1.1. Pisani oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu

Obvezni pisani oblik ima dokaznu funkciju, jer se postojanje ugovora o prestanku radnog odnosa može s pouzdanošću utvrditi ako je sklopljen u pisanom obliku. Također, doprinosi jasnoći sadržaja takvog ugovora jer se sa sigurnošću može utvrditi koje su elemente sadržaja stranke ugovorile. Radnika se na ovaj način štiti, prije svega, od prestanka radnog odnosa, a zatim i od nepromišljenog otkazivanja ugovora o radu.

U njemačkom pravu ugovor o prestanku radnog odnosa valjan je ako je sklopljen u pisanom obliku (čl. 623. BGB-a) i ako su ga potpisale obje ugovorne strane (čl. 126. st. 2. BGB-a). Kako je riječ o zakonom propisanom obliku, ugovor ne može biti sklopljen razmjenom pisama (čl. 127. st. 2. BGB-a), niti u elektronskom obliku (čl. 126. st. 3. BGB-a), što je moguće u slučaju ugovorene pisane forme. U sudskoj praksi i literaturi prihvaćena su sljedeća pravila oblikovanja sporazuma. Za valjanost sporazuma mora biti ispunjen zahtjev jedinstvenosti isprave (der Grundsatz der Urkundeneinheit). Stranke moraju potpisati i primjerak ugovora, pri čemu je važno da potpisom bude obuhvaćen sadržaj ugovora u cjelini. Naknadnim potpisivanjem pismene potvrde (schriftliche Bestätigung) ugovorne

302 Obvezna pisana forma traži se u Grčkoj, Luksemburgu, Njemačkoj, Portugalu (u kojem radnik može jednostrano opozvati ugovor u roku od 7 dana od dana zaključenja, osim ako je potpisan u prisutnosti bilježnika i ako su ovjereni datum i potpisi), gotovo svim novim državama članicama EU (osim Cipra, Malte i Rumunjske).
303 U vrijeme nacističke vladavine, Naredbom o radnom mjestu, iz 1942., za valjanost ugovora o prestanku radnog odnosa u velikom broju slučajeva trebalo je i odobrenje službe za rad.
strane mogu priznati valjanost ugovora o prestanku radnog odnosa koji nije bio sklopljen u pisanom obliku.\textsuperscript{308}

Zahtjev pisane forme pokazao se važnim u slučaju kada rukovodeći radnici nekog poduzeća postaju članovi nekog upravljačkog tijela (predsjednik uprave ili menadžer). Postavilo se pitanje prestaje li sklapanjem ugovora predsjednika uprave ili menadžerskog ugovora izvorni radni odnos automatizmom, odnosno konkludentno, ili se nastavlja kao radni odnos u mirovanju (\textit{ruhendes Arbeitsverhältnis}). BAG je neko vrijeme zastupao stajalište da zaključenjem ugovora člana uprave prestaje automatski prestanak radnog odnosa, odnosno konkludentno, ili se nastavlja kao radni odnos u mirovanju (\textit{ruhendes Arbeitsverhältnis}).


\textsuperscript{309} Nasuprot tome, u novijoj literaturi prevladava stajalište da je, nakon stupanja na snagu novog čl. 623. BGB-a, ovakva praksa prevladana i da prestanak radnog odnosa nekog budućeg člana uprave mora biti izričito ugovoren, bilo u ugovoru o službi člana uprave (\textit{organschaftlichen Dienstvertrag}), ili u posebnom ugovoru, u skladu s čl. 126. BGB-a.\textsuperscript{310}

BAG je odlučio da je pisana forma obvezna i kod prestanka radnog odnosa poravnavanjem (\textit{Ausgleichsquittance}), konkludentnim radnjama (\textit{schlüssiges Handeln}) ili konverzije izjava o otkazu (\textit{Umdeutung von Kündigungserklärungen}). Ocjenjeno je da ne postupa protivno načelu savjesnosti i poštenja osoba koja je, u kontroverzno vođenom razgovoru, očitovala svoju suglasnost da joj radni odnos prestane, a naknadno se poziva na nepoštivanje obvezne pisane forme. Svrha je zakonom propisane obvezne pisane forme zaštititi stranke od ishitrenog očitovanja volje o prestanku radnog odnosa i time služi pravnoj sigurnosti, pa su zato dopuštene samo rijetke iznimke.\textsuperscript{311}

Zahtjev pisanog oblika obuhvaća ugovor u cjelini. To znači da u ugovornoj ispravi moraju biti sadržani svi bitni sastavni dijelovi ugovora. Moraju biti navedene stranke, ime zastupnika (ako postoji), kao i svi dodatni ili dopunski sporazumi koji se smatraju sastavnim dijelom sadržaja tog ugovora. Ako dopunski uglavak, koji ima bitno značenje za ugovor, nije u propisanom obliku, smatra se nevaljanim, ne samo taj uglavak, nego ugovor u cjelini.\textsuperscript{312} U pisanom obliku moraju biti i sve kasnije izmjene ili dopune ugovora o prestanku radnog odnosa. Nasuprot tome, opoziv takvog ugovora može biti neformalan.


\textsuperscript{309} BAG, 25.4.2002, NJW 2003, str. 918.

\textsuperscript{310} Schmitt-Rolles, G., op. cit., str. 3.


\textsuperscript{312} Odluke BGH, vidi prema Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1390 (Rn. 30).
U slovenskom pravu također je obvezan pisani oblik ovog sporazuma. Sporazum koji nije zaključen u pisanom obliku nije valjan i ne proizvodi nikakve pravne učinke. Na ostala pitanja primjenjuju se odredbe općeg ugovornog prava.\footnote{Kresal, B., Termination of Employment Relationships, op. cit., str. 37.}


6.2.1.2. Usmeni oblik sporazuma o prestanku ugovora o radu

Pisana forma sporazuma nije obvezna u francuskom pravu.\footnote{Isto vrijedi za talijansko pravo, iako sudačko tijelo može tražiti da i ovaj sporazum bude u obliku propisanom za zaključenje ugovora o radu.} U austrijskom pravu pisani oblik bitan je element valjanosti sporazuma samo u nekoliko slučajeva, utvrđenim posebnim zakonima. U pisanom obliku mora biti sporazum s trudnim radnicom te sporazum s osobom pozvanom na služenje vojne ili civilne službe, kada je obvezan i pristanak radnog i socijalnog suda ili nekog radničkog predstavničkog tijela. Za valjanost sporazuma s pripravnikom zahtijeva se potvrda suda da je pripravnik obaviješten o pravilima Zakona o profesionalnom obrazovanju. Sporazum koji ne ispunjava neki od traženih uvjeta ništetan je.\footnote{Čl. 10. st. 7., čl. 21. Mutterschutzgesetz (MSchG); čl. 6. st. 4. Eltern-Karenzurlaubsabstandsgesetz (EltKUG); čl. 102. st. 3. Landarbeitsgesetz (LandarbeitG); čl. 16. Arbeitsplatzsicherungsgesetz (ArbPISichG); čl. 15. st. 5. Berufsausbildungsgesetz. Floretta, Hans, Spielbüchler, Karl, Strasser, Rudolf, Arbeitsrecht, Band I Individualarbeitsrechts (Arbeitsvertragsrecht), bearb. von Karl Spielbüchler und Konrad Grillberger, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998, str. 353.}

6.2.1.3. Sporazum o prestanku ugovora o radu u obliku javnobilježničke isprave i sudske nagodbe

Prema njemačkom pravu, ugovor o prestanku radnog odnosa može se zaključiti u obliku javnobilježničke isprave (čl. 126. st. 3. BGB-a). Obveza takve forme postoji kada se, osim prestanka radnog odnosa, uređuju i drugi pravni poslovi, za koje je propisana obvezna
forma javnobilježničke isprave (primjerice, kupoprodaja nekretnina). Valjan je i sporazum zaključen u obliku sudske nagodbe.\(^{316}\)

**6.2.2. Suglasnost i drugi oblici sudjelovanja radničkih predstavnika**

Prestanak radnog odnosa sporazumom u većini se zakonodavstava ne smatra otkazom niti kolektivnim viškom radnika, pa se zato ne primjenjuje ni zakonska zaštita radnika za slučaj otkaza koja uključuje sudjelovanje radničkih predstavnika ili javne vlasti u postupku.

Obveza savjetovanja s radničkim predstavnicima postoji kada se sporazumni prestanak ugovora o radu pojavljuje kao dio rješavanja pitanja kolektivnih viškova radnika. To je u skladu s odredbom čl. 1. Direktive br. 98/59/EZ, prema kojoj se kod izračunavanja broja radnika koji predstavljaju višak drugi prestanci ugovora o radu pojedinačnih radnika trebaju smatrati viškom ako ih je najmanje pet (vidi *infra*, pogl. *Otkazi zbog kolektivnog viška radnika*).

Drukčije je naravi uloga radničkih predstavnika kod sporazumnog prestanka ugovora o radu u *austrijskom* pravu. Svim radnicima zajamčeno je pravo da nakon sklapanja ugovora o prestanku radnog odnosa svoj slučaj rasprave s radničkim vijećem, a mogu si pridržati pravo da u roku od dva dana povuku svoju suglasnost (čl. 104.a ArbVG-a).

Zanimljivo rješenje nalazimo u Danskoj, u kojoj postoji duga tradicija uredivanja uvjeta rada i plaće kolektivnim ugovorima.\(^{317}\) Sindikati zaključuju posebne sporazume o sigurnosti radnog mjesta (*job security agreements*), na temelju kojih se poslodavac i radnik mogu sporazumjeti o posebnim, povoljnijim uvjetima dobrovoljnog prestanka radnog odnosa. Ovi sporazumi koriste se u vezi s restrukturiranjem, racionalizacijom i sl. poduzeća i ustanova. Cilj im je spriječiti otkazivanje ugovora o radu radnicima bez njihove volje. To je danskij model fleksigurnosti. Moguće je ugovoriti obvezu poslodavca da o konkretnim sporazumima obavijesti sindikat čiji je radnik član; najčešće će to biti lokalni sindikalni predstavnik. Sporazum će biti valjan i ako poslodavac propusti izvršiti svoju obvezu, a moguće je propisati novčanu kaznu zbog kršenja kolektivnog ugovora.\(^{318}\)

---

\(^{316}\)Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1390 (Rn. 33).

\(^{317}\)Kolektivnim ugovorima mogu se urediti gotovo sva temeljna pitanja radnog odnosa, a zakonodavstvo, osim onoga koje sadrži kogentne norme, od sekundarnog je značaja. Norrbom, Marian, Denmark, u: Employment and Labour Law (Jurisdictional comparisons 2006), op. cit., str. 53 i d.

6.2.3. Opća obveza poslodavca da objasni nedostatke (Aufklärungspflicht) u njemačkom pravu

Prestanak radnog odnosa sporazumom proizvodi značajne pravne učinke, među ostalima i gubitak važnih prava, posebice onih iz oblasti prava osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Takve posljedice bit će posebno teške za radnike koji o njima nisu bili prethodno informirani. Obveza poslodavca da o pravnim učincima obavijesti radnika prije sklapanja sporazuma uređena je na različite načine. U slovenskom pravu propisana je zakonom obveza stranaka da u ugovor o prestanku radnog odnosa unesu izričitu odredbu o posljedicama koje takav sporazum ima za prava posloprimca s osnove osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

U njemačkom je pravu, u nedostatku slične zakonske obveze, ona razvijena kroz sudsku praku i uz značajan utjecaj doktrine. U pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno stajalište o tome postoji li opća obveza poslodavca da radniku objasni štetne posljedice takvog ugovora, tzv., allgemeine Aufklärungspflicht. BAG je potvrdio postojanje takve (opće) obveze, ali u vrlo uskom opsegu kada je riječ o osiguranju za slučaj starosti u okviru poduzeća. U literaturi također prevladava mišljenje da opća obveza poslodavca da radniku objasni štetne posljedice ne postoji.\textsuperscript{319}

Zastupnici suprotnog stajališta temelje obvezu poslodavca na, tzv. obvezi skrbi poslodavca (Fürsorgepflicht), kao jednoj od njegovih sporednih obveza (Nebenpflichten). Obveza skrbi poslodavca konkretizirana je u čl. 12. st. 1. GG-a.\textsuperscript{321} U skladu sa sustavom vrijednosti (Wertordnung) sadržanim u toj odredbi radnik ima pravo slobodno odlučiti o dobrovoljnom napuštanju radnog mjesta. Samostalnost u odlučivanju pretpostavlja barem poznавanje mogućih štetnih posljedica. Zbog toga sklapanje ugovora o prestanku radnog odnosa bez znanja o posljedicama zadire u područje zaštićeno ovim člankom Temeljnog zakona.\textsuperscript{322}

\textsuperscript{321} Opća obveza skrbi (Fürsorgepflicht) standard je stvoren praksom Saveznog radnog suda, kao sporedna obveza poslodavca koja se sastoji od obveze zaštite (Schutzpflicht) i obveze potpore (Forderungspflicht). Riječ je o pojmu neodređenog sadržaja kojim se objektivni sustav vrijednosti sadržan u Temeljnom zakonu prenosi u radno pravo. Zöllner/Loritz, op. cit., str. 202-215; Gammilscheg, K., op. cit., str. 210.
Nametanje obveze poslodavcu može se protumačiti kao ograničenje autonomije stranaka. Autonomija u načelu jamči zaklučivanje povoljnih ugovora na štetu drugih. No upravo zbog dominacije poslodavca potrebno je ograničiti njegovu slobodu ugovaranja. Posebna zavisnost radnika i, u pravilu, nadređenost poslodavca radniku dopušta da se granice pomaknu na teret poslodavca i da mu se nametne opća obveza objašnjenja nedostataka sporazumnog prestantka radnog odnosa, čime se osnažuje pregovaračka pozicija radnika.\(^{323}\)

Zbog nepostojanja opće obveze obavještavanja BAG odlučuje o relevantnosti ove obveze za valjanost ugovora o prestantku radnog odnosa na osnovi okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, odmjeravanjem interesa obiju ugovornih strana te primjenom načela pravičnosti.\(^{324}\)

Propisivanje izričite obveze poslodavca da radnika obavijesti o pravnim učincima sporazuma o prestantku ugovora o radu znači za radnika veći stupanj pravne sigurnosti, a za poslodavca strožji postupak prekida ugovora. Odluka o propisivanju ove obveze de lege ferenda u našem ZR-u mora uzeti u obzir suprotstavljene interese ugovornih strana. Mislimo da odredba kojom se propisuje obveza poslodavca da radnika obavijesti o posljedicama koje sporazumni prestantak ugovora ima po njegova prava s osnove nezaposlenosti, ne bi predstavljala nerazmjerno veliko opterećenje za poslodavca.

6.3. PRAVNI UČINCI (POSLJEDICE) SPORAZUMA O PRESTANKU RADNOG ODNOSA

Uz sporazum o prestantku radnog odnosa vezuju se radnopravni, socijalnopravni i poreznopravni učinci, kao i obveza naknade štete.

6.3.1. RADNOPRAVNI UČINCI

Radnopravni učinci sporazuma obuhvaćaju niz pravnih posljedica, kao što je pravo na otpremninu te druga prava i obveze u vezi s ugovorom o radu.\(^{325}\) Kako je riječ o učincima koji

---

\(^{323}\) Sporno je treba li informacija o mogućim socijalnopravnim posljedicama biti samo paušalna, ili detaljna. Raspravlja se i o pitanju postoji li obveza obavještavanja i u slučaju kada sporazumni prestantak radnog odnosa ponudi radnik. Poseban problem, o kojem se malo govori, jest obavještavanje radnika o postojanju zabrane otkaza (\*Kündigungsverbot\*) što može značajno utjecati na njegov pregovarački položaj. Poslodavci često koriste ugovore o prestantku radnog odnosa kako bi raskinuli ugovore o radu zaključene s osobama koje uživaju posebna zaštitu od otkaza. Gamilscheg, K., op. cit., str. 211.


\(^{325}\) Obveza izdavanja potvrde o radu, obveze vraćanja stvari (primjerice, uređaja za rad, radne odjeće i sl.), obveza poštivanja zabrane natjecanja radnika s poslodavcem i dr.
nastupaju i u drugim slučajevima prestanka ugovora o radu, na ovom mjestu analiziramo samo najvažnije posljedice sporazumnog prestanka.\(^{326}\)

Jedna od najznačajnijih posljedica ovog sporazuma jest **pravo radnika na otpremninu.** Ovo pravo samo je u nekim zakonodavstvima država članica EU uređeno zakonom, dok je u većini njegovo uređivanje prepušteno ugovornim stranama.\(^{327}\)


U **Sloveniji, Francuskoj, Velikoj Britaniji,** kao ni ostalim državama članicama EU (osim Češke), ne postoji zakonska obveza poslodavca na isplatu otpremnine, ali je stranke mogu ugovoriti. Neisplata zakonom ili ugovorom utvrđene otpremnine ne utječe na valjanost sporazuma o prestanku ugovora o radu. Sud može, uz određene pretpostavke, obvezati poslodavca na isplatu otpremnine.\(^{328}\)

Ni u **hrvatskom** pravu isplata otpremnine u slučaju sporazuma o prestanku ugovora o radu nije zakonska obveza poslodavca, već može biti ugovorena kolektivnim ugovorom, pojedinačnim ugovorom o radu ili sporazumom stranaka.

Valjanim sporazumom o prestanku ugovora o radu prestaju obveze stranaka koje proizlaze iz tog ugovora. Jedna od važnijih obveza poslodavca jest omogućiti radniku korištenje **prava na godišnji odmor.** U **njemačkoj** sudskoj praksi pravo radnika da iskoristi neiskorišteni godišnji odmor uređeno je na različite načine, ovisno o obliku sporazuma o prestanku ugovora o radu. U slučaju kada ugovor o radu prestane retroaktivno na temelju **sudske nagodbe,** smatra se da se zahtjev radnika za isplatu naknade za neiskorišteni godišnji odmor (Urlaubsabgeltungsanspruch) gasi, osim ako stranke u nagodbi ne utvrde drukčije.\(^{329}\)

Nasuprot tome, kada je u ugovoru o prestanku radnog odnosa sadržana i tzv. potvrda o poravnjanju (Ausgleichsquitung), prema stajalištu judikature, njome nije obuhvaćen zakonski

\(^{326}\) O ostalima više *infra,* pogl. *Pravne posljedice nezakonitog prestanka ugovora o radu.*

\(^{327}\) Termination of employment relationships, op. cit., str. 29-30; Kresal, B., Termination of Employment Relationships, op. cit., str. 38.

\(^{328}\) Termination of employment relationships, op. cit., str. 30.

\(^{329}\) BAG v. 27.8.1986 AP 29 zu § 7 BUrlG Abgeltung; BAG 21.9.1999 AP 77 zu § 7 BUrlG Abgeltung.
zahtjev za korištenje godišnjeg odmora pa se on ne gasi.\footnote{BAG v. 20.1.1998 AP 45 zu § 13 BUrlG = NZA 98, 816.} Ako je u ugovor unesena posebna klauzula da su ispunjena sva potraživanja ugovornih strana, to ne dovodi do gubitka (gašenja) neispunjenih zahtjeva za korištenje godišnjeg odmora, jer se pravo na godišnji odmor mora zajamčiti.\footnote{BAG v. 9.6.1998 AP 23 zu § 7 BUrlG = NZA 99, 80.} Očitovanje da su ispunjeni svi zahtjevi obuhvaća samo one zahtjeve kojima radnik može raspolagati, a ne zahtjeve za korištenje godišnjeg odmora (u najkraćem trajanju određenom zakonom, ili kolektivnim ugovorom).\footnote{BAG 20.1.1998 AP 45 zu § 13 BUrlG = NZA 98, 816.}

Prema rješenju novog ZR-a u slučaju prestanka ugovora o radu poslodavac je obvezan radniku isplatiti naknadu umjesto neiskorištenog dijela godišnjeg odmora (čl. 61. st. 1. ZR-a), što je u skladu s odredbom čl. 11. Konvencije MOR-a br. 132 (1970.) o plaćenom godišnjem odmoru.\footnote{Convention No. 132 concerning Annual Holidays with Pay (revised), NN – MU, br. 6/95.}

6.3.2. Socijalnopravni učinci

Najvažniji socijalnopravni učinci sporazuma o prestanku ugovora o radu odnose se na naknadu za nezaposlenost, mirovinsko i zdravstveno osiguranje.

U najvećem broju država članica EU pretpostavlja za ostvarivanje prava na naknadu za slučaj nezaposlenosti (engl. unemployment benefit, njem. Arbeitslosengeld) jest krivnja poslodavca za prestanak ugovora o radu (Austrija, Francuska, Nizozemska).

U Austriji se naknada za slučaj nezaposlenosti ne isplaćuje ako je radnik odgovoran za prestanak ugovora o radu. U Francuskoj se pravo na naknadu može priznati radniku koji bi da nije došlo do sporazumnog prestanka ugovora o radu, dobio otkaz zbog ekonomskih razloga. U Velikoj Britaniji radnik koji dobrovoljno raskine radni odnos bez valjanog razloga (just cause) ne uživa pravo na naknadu za traženje posla, u razdoblju od 1 do 26 tjedana (jobseeker's allowance).

U njemačkom pravu sklapanjem sporazuma o prestanku ugovora o radu radniku prestaje tzv. odnos zaposlenja (Beschäftigungsverhältnis), u smislu čl. 144. st. 1. t. 2. Knjige III. Socijalnog zakonika (SGB). Posljedično tome nastupa rok u kojem radnik nema pravo zahtijevati naknadu za slučaj nezaposlenosti, koji može trajati, u pravilu, 12 tjedana (Sperrzeit). Ovo se ne događa ako je radnik imao važan razlog za sklapanje sporazuma o prestanku ugovora. Njemačke uprave za rad i socijalni sudovi nisu vezani ugovornim odredbama ni stranačkim nagodbama. Ako je među strankama zaključeno više ugovora o prestanku radnog odnosa s različitim formulacijama, kako bi se radniku omogućilo
ostvarivanje prava na naknadu za slučaj nezaposlenosti, takvi su sporazumi, prema mišljenju zemaljskih sudova, ništetni.334 Prema čl. 143.a Knjige III. SGB-a moguća otpremnina može biti uračunata u naknadu za slučaj nezaposlenosti.335

U hrvatskom pravu radnik kojemu je radni odnos prestao sporazumom o prestanku ugovora o radu, u pravilu, ne ostvaruje naknadu za slučaj nezaposlenosti.336 Zakonodavac je, ipak, vodio brigu o razlozima zbog kojih se radnik odlučio na prestanak radnog odnosa sporazumom pa će, iznimno, radnik ostvariti pravo na novčanu naknadu ako je do prestanka došlo zbog: premještaja bračnog druga, odnosno izvanbračnog druga u drugo mjesto prebivališta u skladu s posebnim propisima i promjene mjesta prebivališta iz zdravstvenih razloga, a na temelju mišljenja zdravstvene ustanove koju određuje ministar nadležan za zdravstvo.337 U novome zakonu nema odredbe koja je postojala u starom, prema kojoj je i spajanje obitelji nakon zaključenog braka i time uvjetovana promjena mjesta prebivališta bilo u ovoj grupi razloga. To pokazuje da je zakonodavac, nažalost, u drugi plan stavio pitanje obiteljske politike RH.

Također, ni u Sloveniji radnici kojima je ugovor o radu prestao sporazumom s poslodavcem ne ostvaruju pravo na naknadu za slučaj nezaposlenosti, pri čemu je to rješenje strože od hrvatskog, jer je riječ o pravilu koje ne poznaje izuzetke.338

Prestanak ugovora o radu sporazumom obično nema utjecaja na prestacije iz obveznog (javnog) i dobrovoljnog (privatnog) mirovinskog osiguranja. U Austriji radnik koji je otkazao ugovor o radu, ili dobio otkaz zbog opravdanog razloga gubi pravo na izravne prestacije od poslodavca iz sustava mirovinskog osiguranja u okviru poduzeća (betriebliche Altersversorgung).339 Radnik ne gubi pravo na isplate za doprinose izvršene privatnim osiguravajućim društvima. U njemačkom pravu radnik zadržava pravo na mirovinu iz

---

335 Jedno vrijeme u praksi mogli su se pronaći takvi ugovori o prestanku radnog odnosa koji su sadržavali klauzulu prema kojoj se radnik nije smio prijaviti kao nezaposlena osoba, a poslodavac je privremeno preuzimao obvezu isplate otpremnine. Takve je klauzule BAG proglasio ništetnima, ocijenivši da se njima na nedopušten način zaobilaze zaštitne norme socijalnog osiguranja. Linck, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1347.
336 Čl. 39. Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, NN br. 80/08., 94/09.
337 Čl. 40. Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i pravima za vrijeme nezaposlenosti, cit.
338 Čl. 19. Zakona o zaposlovanju i zavarovanju za primer brezposelnosti, Ur.l. RS 107/06. (proč. tekst), 114/06., 59/07., 63/07.
339 Sustav dopunskog osiguranja za slučaj starosti koji je karakterističan za namještenike, a u nekim velikim poduzećima i za radnike. Nastao je kao odgovor na povećane troškove života koje više ne mogu zadovoljiti renta iz mirovinskog ili invalidskog osiguranja. Pretpostavke za ostvarivanje prava značajno se razlikuju od pretpostavki obveznog (javnog) socijalnog osiguranja, a najčešće se ostvaruje kao pravo na dodatnu starosnu mirovinu (u nekim slučajevima čak i u visini neto plaće dok je osoba bila zaposlena). Zöllner/Loritz, op. cit., str. 21.
sustava mirovinskog osiguranja u okviru poduzeća ako je navršio 30 godina života i uplaćivao doprinose najmanje 5 godina.\textsuperscript{340}

Prema \textit{hrvatskom i slovenskom} pravu način prestanka radnog odnosa ne utječe na stjecanje prava iz mirovinskog osiguranja. Sporazumni prestanak ugovora o radu neće utjecati na mirovinska prava posloprimca: odnos mirovinskog osiguranja prestaje u trenutku prestanka radnog odnosa, a stečena razdoblja osiguranja su zaštićena.\textsuperscript{341} Ova pitanja mogla bi se, međutim, javiti u slučaju ako je poslodavac uplaćivao doprinose za 3. stup mirovinskog osiguranja radnika.

Sporazumni prestanak ugovora o radu u zakonodavstvima država članica EU, u pravilu, nema učinak na javno ni privatno zdravstveno osiguranje radnika.\textsuperscript{342}

6.3.3. Poreznopravni učinci

Poreznopravni učinci odnose se na oporezivanje otpremnine. U \textit{hrvatskom} pravu otpremnina se oporezuje. Oporezivanje se vrši po različitim stopama ovisno o tome je li riječ o zakonskoj ili ugovornoj otpremnini.\textsuperscript{343} Od 2006. godine otpremnina u Njemačkoj, u pravilu, više nije oslobođena od oprezivanja.\textsuperscript{344} Oslobođeni su jedino zahtjevi radnika za isplatu otpremnine nastali prije 1.1.2006., ili za isplatu otpremnine na temelju tužbi koje su bile podignute na dan 31.12.2005.\textsuperscript{345}

6.3.4. Naknada štete

Njemačko pravo predviđa odgovornost za naknadu štete one ugovorne strane koja je, skrivljenim ponašanjem suprotnim ugovoru, stvorila temelj za prestanak ugovora o radu (čl. 628. st. 2. BGB-a). Kako bi ostvarila ovo pravo, stranka ugovora o radu mora prilikom zaključenja ugovora o prestanku radnog odnosa pridržati pravo na zahtjev za naknadu štete.\textsuperscript{346}

6.3.5. Vremensko djelovanje sporazuma o prestanku ugovora o radu

Prema općim pravilima obveznog prava sporazumni raskid ugovora, u pravilu, nema retroaktivno djelovanje. Dužnik se oslobađa onih obveza koje do trenutka raskida još nije

\textsuperscript{340} \textit{Termination of employment relationships}, op. cit., str. 30.
\textsuperscript{342} U njemačkom pravu dolazi do gubitka prava trudnica na potraživanja naknade plaće iz zdravstvenog osiguranja, što se ističe kao ozbiljan problem. Gamillscheg, K., op. cit., str. 209.
\textsuperscript{343} Zuber, Marija, \textit{Plaće, naknade plaća i ostala primanja radnika iz radnog odnosa, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj}, op. cit., str. 244-246.
\textsuperscript{344} Od izmjena Zakona o porezu na dohodak, više: Selder, Johannes, Steuerrechtliche Aspekte der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, u: A/P/S, op. cit., str. 2407-2412 (Rn 57-78).
\textsuperscript{345} Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 1011 (Rn. 118-119).
\textsuperscript{346} BAG 10.5.1971 AP 6 zu § 628 BGB. Schaub/Koch/Link, op. cit., str. 1347.
izvršio. Ako ugovor uopće nije izvršen, stranke se sporazumom vraćaju u stanje prije zaključenja ugovora, a ako je ugovor samo djelomično izvršen, raskid u načelu djeluje ex nunc. Međutim, stranke mogu, u okviru dispozitivnih pravila, svojom voljom raskidu dati i šire, tj. retroaktivno djelovanje, osim ako zbog naravi nekog ugovora raskid može djelovati samo za ubuduće.  

Ugovor o prestanku radnog odnosa može proizvoditi pravne učinke od trenutka zaključenja, retroaktivno ili za ubuduće. Trenutačni prestandan radnog odnosa nije sporan. 

Retroaktivni prestandan moguće je, prema mišljenju njemačke judikature, samo ako radnik nije još u potpunosti izvršio svoju obvezu rada. Ugovor o prestandanu radnog odnosa djeluje tada unazad do trenutka kada je djelomično izvršen ugovor o radu.  

Ugovor o radu koji je u potpunosti ispunjen nije moguće retroaktivno raskinuti. Na ugovor o prestanku radnog odnosa ne primjenjuju se odredbe o rokovima, pa je zbog toga teško razgraničiti ugovor o prestanku radnog odnosa, čiji je učinak vezan uz budući rok, i konverziju (Umwandlung) radnog odnosa na neodređeno u radni odnos na određeno vrijeme. Ipak, ugovori o prestanku radnog odnosa čiji će pravni učinak nastupiti u budućnosti podliježu prema njemačkom pravu kontroli rokova (Befristungskontrolle). U praksi je ocijenjeno da takav rok ne bi smio biti dulji od otkaznog roka kod redovitog otkaza ugovora o radu.  

6.4. Pravni lijekovi (postupak povodom žalbe)

Zakonodavstva država članica EU propisuju sudski ili arbitražni postupak radi utvrđivanja valjanosti sporazuma o prestanku ugovora o radu. 

U Austriji je za rješavanje o žalbi nadležan radni i socijalni sud, a pokretanje postupka ne zastarijeva. Postupak može pokrenuti radničko vijeće ako u konkretnom sporu sudjeluju najmanje tri radnika. I u Njemačkoj se postupak vodi pred radnim sudom, bez vremenskog ograničenja za pokretanje postupka. Postupak je hitan. Sindikati mogu pomagati svojim članovima, a slabije plaćeni radnici koji nisu članovi sindikata mogu zatražiti pomoć odvjetnika ako i poslodavca zastupa odvjetnik. Odvjetničke pristojbe za radnika u tom slučaju snose pojedine zemlje.

347 Perović, S., op. cit., str. 486-487.  
Nadležnost radnih sudova i pokretanje postupka bez vremenskog ograničenja poznaje i francusko pravo, no, za razliku od austrijskog i njemačkog, sindikati ne mogu zastupati svoje članove u postupku.

U Velikoj Britaniji sporazumni prestanak ugovora o radu, koji je zaključen upotrebom prisile ili je nevaljan, smatra se otkazom pa zbog toga ne postoji poseban postupak za njegovo pobijanje.351

U slovenskom pravu radnik koji smatra da je sporazum o prestanku ugovora o radu nezakonit i ništetan, može pokrenuti postupak pred nadležnim radnim sudom u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa ili od dana kada je saznao za razlog ništetnosti sporazuma. Sindikati mogu zastupati svoje članove pred sudom jedino uz njihovo dopuštenje, a često osiguravaju svojim članovima besplatnu pomoć odvjetnika. Iako je riječ o hitnom postupku, sporovi dugo traju. Ako utvrdi da je sporazum bio nezakonit, sud će naložiti vraćanje radnika na rad te naknadu cjelokupne štete što ju je radnik pretrpio zbog takvog prestanka ugovora o radu.352

6.5. Pobijanje sporazuma o prestanku ugovora o radu

Na pobijanje sporazuma (ugovora) o prestanku radnog odnosa (engl. vitiate; njem. Anfechtung) primjenjuju se opća načela ugovornog prava. Jedan od razloga pobojnosti ugovora jesu mane volje koje se mogu javiti pri sklapanju ugovora: zabluda, prijetnja i prijevara.353

351 U Italiji, primjerice, ne postoji zastarni rok za utvrđivanje ništetnosti sporazumnog prestanka ugovora o radu, a za njegovo pobijanje rok iznosi 5 godina. Ako je sporazumni prestanak ustvari prikriveni otkaz, posloprimac mora u roku od 60 dana od obavijesti o otkazu to potvrditi u pisanom obliku. Nakon toga teče rok od 5 godina za podizanje tužbe. Sindikati mogu sudjelovati u postupku u ime svojih članova. Termination of employment relationships, op. cit., str. 31.-33.


6.5.1. Razlozi za pobijanje sporazuma zbog zablude

Sporazum o prestanku radnog odnosa može se pobijati zbog zablude, tj. pogrešne predodžbe o nekoj okolnosti.\(^{354}\)

Kod sporazuma (ugovora) o prestanku radnog odnosa često se javlja zabluda radnika o pravnim posljedicama (socijalnopratnim i/ili poreznopravnim) ugovora.\(^{355}\) Kako je riječ o jednom obliku zablude o motivu, to neće utjecati na valjanost tog pravnog posla.\(^{356}\)

U **njemačkom** pravu spornima su se pokazale situacije u kojima radniku koji je zaključio ugovor o prestanku radnog odnosa, nisu bili poznati propisi o zaštiti od otkaza. BAG je zaključio da ne postoji valjani razlog za pobijanje ugovora zbog zablude o pravnoj posljedici (prema čl. 119. st. 1. BGB-a) u slučaju kada je radnica trudnica zaključila ugovor o prestanku radnog odnosa ne znajući za zakonske propise o posebnoj zaštiti od otkaza prema čl. 9. Zakona o zaštiti majčinstva.\(^{357}\) Isto stajalište Sud je zauzeo u vezi sa zabludom o poreznopravnim i socijalnopratnim posljedicama (**steuer- und sozialversicherungsrechtliche Folgen**) ugovora o prestanku radnog odnosa.\(^{358}\)

Budući da se i u **hrvatskom** pravu na valjanost sporazuma o prestanku ugovora o radu, kao i na ugovor o radu, primjenjuju opći propisi obveznog prava, to se i taj ugovor može pobijati uz uvjete predviđene odredbama čl. 330. ZOO-a.

6.5.2. Pobijanje sporazuma zbog prijetnje

Protupravna prijetnja\(^{359}\) može se pojaviti kao razlog zaključenja ugovora o prestanku radnog odnosa kada je poslodavac ponukao radniku na sklapanje takvog ugovora prijetnjom da će mu u protivnom dati redoviti ili izvanredni otkaz.

---


\(^{355}\) Uređena je odredbama čl. 142., 119. st. 1, 2 BGB-a.


\(^{358}\) Prijetnja kao razlog pobožnosti ugovora postoji kada jedna strana ili netko treći, stavljajući u izgled nekog zla, izazove opravdani strah kod druge strane zbog čega ona zaključi određeni pravni posao. Prijetnja mora biti protupravna. Čl. 279. ZOO; čl. 123. st. 1. BGB. Više: Vedriš/Klarić, op. cit., str. 147.
U njemačkoj judikaturi prijtnja predstavlja najznačajniji razlog pobijanja ugovora o prestopku radnog odnosa. BAG je ocijenio da „prijtnja otkazom“ (Inaussichtstellen einer Kündigung) predstavlja „prijtnju zlom“ (als Drohung mit einem Übel), koja se može pripisati poslodavcu. Ipak, prema mišljenju istog Suda takva prijtnja bit će protupravna samo ako „razuman poslodavac“ (ein verständiger Arbeitgeber) u sličnoj situaciji ne bi razmatrao mogućnost izvanrednog ili redovitog otkaza. Pri odlučivanju mjerodavan je kriterij subjektivno mogućeg i time hipotetskog znanja (Wissensstand) poslodavca. Što bi učinio razuman poslodavac, ovisit će o nizu pojedinosti.

U slučaju kada dokazna snaga liječničke svjedodžbe o radnoj nesposobnosti radnika nije upitna, ali kod poslodavca postoji sumnja da je radnik lagao o svojoj bolesti, BAG je smatrao da je poslodavac obvezan razjasniti elemente takve sumnje (primjerice tako što će radnika ispiti o vrsti bolesti) prije no što radniku zaprijeti izvanrednim otkazom i time ga ponuka na zaključenje ugovora o prestanku radnog odnosa.

Kada je poslodavac potaknuo radnika koji mu je svojim ponašanjem prouzročio štetu, na naknadu te štete, prijeteći mu u protivnome kaznom, BAG je ocijenio da, u pravilu, postupanje poslodavca nije protupravno ako je naknadu štete zatražen na temelju podataka što mu ih je dao radnik poslodavac mogao smatrati opravdanim. U slučaju u kojem je namješteniku u upravi izrečen otkaz zbog socijalnih razloga i teškog invaliditeta ponuđeno daljnje zaposlenje na drugom radnom mjestu uz manju plaću, BAG je ocijenio da ne postoji protupravna prijtnja u smislu čl. 123. st. 1. BGB-a.

Kao neprihvatljive razloge za pobojnost ugovora BAG je okvalificirao i vremenski pritisak na radnika, nedopuštanje pravog opoziva ugovora, kao i nedobivanje

---


362 BAG, 22.10.1998, AP Nr. 5 zu § 123 BGB in Fortführung von BAG, 03.05.1963, AP Nr. 1 zu § 781 BGB. cit. prema Busseman/Schäfer, op. cit., str. 47.

363 BAG v. 05.04.1978, AP Nr. 20 zu§ 123 BGB. cit. prema Busseman/Schäfer, op. cit., str. 47.

savjeta od poslodavca. Ipak, isti sud zastupa drugačije stajalište kada je (granskim, krovnim) kolektivnim ugovorom predviđeno pravo radnika na određeno vrijeme za razmišljanje o pojedinstim radnjama, kao što je pravo na opoziv zaključenog ugovora u određenom (kratkom) roku. Prijetnja može biti izričita, ali je relevantna i ona o kojoj se može zaključivati iz nečijeg ponašanja. Problematični su slučajevi kada je radniku najprije izrečen izvanredni ili redoviti otkaz ugovora o radu, a zatim s njime sklopljen ugovor o prestanku radnog odnosa. S obzirom da je otkaz već bio izrečen, u judikaturi je prihvaćeno da ne postoji prijetnja, a time ni razlog za pobijanje ugovora. No ako je vremenska veza između otkaza i ugovora o prestanku radnog odnosa jako uska, BAG je ocijenio da otkaz kojim se prijetilo može, i nakon njegova izricanja, djelovati kao prijetnja budućim zlom, pa je u tom slučaju dopušteno pobijanje ugovora zbog prijetnje. Prijetnja mora biti u uzročnoj vezi s očitovanjem volje radnika koji da nije bilo prijetnje, ne bi uopće dao takvu izjavu, ili bi dao izjavu drukčijeg sadržaja ili bi je dao u nekom drugom trenutku. Prijetnja poslodavca mora biti učinjena s namjerom. Prema stajalištu austrijske sudskih praksi, ako je prijetnja došla od treće osobe, takva se mana volje može uzeti u obzir jedino ako je druga ugovorna strana za nju morala znati. Izuzetak je ponašanje pomoćnika kod izvršenja posla (Geschäftsgehilfe) ako je na bilo koji način radio za drugu stranu na pripremi ili zaključenju ugovora (makar kao zastupnik u jednome dijelu), koje se učinjavaju drugoj ugovornoj strani kao da je sama postupala. Kod pobijanja sporazuma o prestanku ugovora o radu u njemačkom pravu teret dokazivanja je na radniku ako se pojavljuje kao tužitelj, za razliku od tereta dokazivanja u postupku za zaštitu u slučaju otkaza. Ovo se odnosi na iznošenje i dokazivanje činjenica na

kojima radnik temelji pobijanje ugovora, koje uključuju i činjenice na kojima se temelji protupravnost prijetnje. 373

6.5.3. Drugi slučajevi pobijanja sporazuma

U Austriji je radniku zakonom zajamčeno pravo da u određenom roku (Überlegungsfrist) razmisliti o zaključenom sporazumu o prestanku radnog odnosa i pobija njegovu pravnu valjanost (čl. 104.a Zakona o radničkim vijećima (ArbVG)). Pretpostavka je korištenja ovog prava da je radnik nakon sklapanja sporazuma o njemu zatražio mišljenje radničkog vijeća. U ovom slučaju sporazumni prestanak radnog odnosa ne proizvodi pravne učinke prije proteka roka od dva radnadana od dana sklapanja. Za pobijanje pravne valjanosti ugovora propisani su vrlo kratki rokovi: rok od tjedana dana za pisani zahtjev upućen poslodavcu te rok od tri mjeseca za pobijanje sporazuma pred sudom. Iz teksta i svrhe odredbe proizlazi da radnik mora poštivati oba propisana roka. 374

6.6. Odustanak od sporazuma o prestanku ugovora o radu

Odustanak od ugovora jedan je od načina prestanka ugovora. 375 U njemačkoj doktrini vodila se rasprava o tome treba li zakonom propisati opće pravo odustanka od ugovora o prestanku radnog odnosa (Widerrufsrecht, Rücktrittrecht). Zakonodavac o tome šuti pa se pravo opoziva i dalje vezuje isključivo uz sudsku praksu, koja prihvaća mogućnost opoziva ovog ugovora samo ako je to prevideno sporazumom ugovornih strana ili odredbama kolektivnih ugovora. 376 Ugovorne strane mogu se odreći ovoga prava. 377

Osim prihvaćenog ugovornog prava odustanka, judikatura i doktrina pokušavaju pronaći temelj prava odustanka od ugovora o prestanku radnog odnosa u zakonu. U literaturi

373 BAG v. 12.08.1999 AP Nr. 51 zu § 123 BGB.
374 Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 353.
376 Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 1003 (Rn. 84).
se smatra da opozivom ugovora u primjerenom roku poslodavac ne trpi nikakvu štetu te ostvaruje korist izbjegavanjem dugih postupaka vezanih uz zaštitu od otkaza. 378

Stupanjem na snagu Zakona o modernizaciji obveznog prava379 sklapanje ugovora o prestanku radnog odnosa pokušalo se podvesti pod odredbu čl. 312. BGB-a o, tzv. pravnom poslu sklopljenom na kućnom pragu (Haustürgeschäft). Međutim, BAG je presudio da ugovor o prestanku radnog odnosa, čak i kada je zaključen na radnom mjestu, ne predstavlja ugovor zaključen na kućnom pragu i time negirao opće pravo opoziva takvih ugovora. 380

Praktični problem javio se u vezi s onim ugovorima o prestanku radnog odnosa kod kojih je ugovorena obveza poslodavca na isplatu otpremnine i obveza radnika da odstupi sa svog radnog mjesta. Sporno je ima li radnik pravo odustanka od takvog ugovora ako je poslodavac došao u zakašnjenje o isplatom. Savezni vrhovni sud utemeljio je svoju odluku na odredbama BGB-a o dvostranoobveznim ugovorima: čl. 320. i d., o prigovoru neispunjenja ugovora i čl. 323., o nemogućnosti ispunjenja za koje ne odgovara ni jedna ugovorna strana, i na taj način izbjegao primjenu instituta odustanka od ugovora. 381 Prema tom tumačenju, ugovor o prestanku radnog odnosa jest dvostranoobvezni ugovor, a otpremnina predstavlja protuobvezu poslodavca prema radniku čija je obveza predati svoje radno mjesto. Zbog toga je u slučaju kada poslodavac ne izvrši svoju obvezu o dospjelosti i utvrđenom roku, u načelu, moguće primijeniti odredbu o nemogućnosti ispunjenja obveze. 382 U doktrini i judikaturi prijepona je prihvatljivost navedenog tumačenja. 383

Ovakvim stajalištem radnik je stavljen u nepovoljan položaj. Njegov radni odnos prestao je sporazumom, a poslodavac nije izvršio svoju obvezu isplate otpremnine, koja je možda bila jedan od ključnih motiva zaključenja sporazuma o prestanku radnog odnosa. To se čini nepravičnim rješenjem. Radnik može, u skladu s odredbama koje uređuju nemogućnost ispunjenja, zahtijevati od poslodavca ispunjenje obveze isplate otpremnine ili zahtijevati raskid ugovora, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete. To mu, međutim, ne daje jamstvo da će stvarno dobiti otpremninu odnosno naknadu. Od poslodavca ne može tražiti da ga vredi na rad. Ovakve situacije mogle bi se izbjeći izričitim ugovaranjem mogućnosti...
odustanka od sporazuma ili vezivanjem prestanka ugovora o radu uz trenutak isplate otpremnine radniku.

**6.7. Ništetnost sporazuma o prestanku ugovora o radu**

Sporazum o prestanku ugovora o radu može biti ništetan prema općim pravilima obveznog prava. U tom slučaju radni odnos nastavlja postojati i nakon proteka roka, odnosno datuma ugovorenog prestanka ugovora.

Jedan od razloga ništetnosti jest nepostojanje poslovne sposobnosti stranke tog ugovora. To će biti slučaj ako je kod radnika ili poslodavca prilikom zaključenja ugovora postojao neki poremećaj svijesti, ili psihički poremećaj, primjerice, zbog konzumiranja alkohola ili opojnih sredstava. Prema stajalištu **njemačkog BAG-a** poremećaj mora biti takve naravi da je u potpunosti onemogućeno slobodno stvaranje i izražavanje volje.\(^{384}\) Alkoholizam neke od strane ne isključuje, dakle, sam po sebi postojanje slobodnog očitovanja volje već je potreban takav stupanj alkoholiziranosti koji isključuje slobodno stvaranje volje. Čak i jaki stres u vezi sa snažnim motivacijskim pritiskom ne isključuje slobodno očitovanje volje, već samo upućuje na različitu snagu stvarnih motiva.\(^{385}\) Ništetnost može, nadalje, biti rezultat: nepostojanja punomoći za zastupanje jedne ili druge ugovorne strane; zaobilaženja primjene kogentnih pravnih normi (primjerice, kod prijenosa poduzeća);\(^{386}\) protivnosti moralu.\(^{387}\)

Osim ugovora u cjelini ništetna može biti i pojedina odredba tog ugovora. U jednoj odluci BAG je utvrdio ništetnost klauzule ugovora o prestanku radnog odnosa kojom se radnik obvezuje da neće zahtijevati nikakvu naknadu za slučaj nezaposlenosti.\(^{388}\) Svoje stajalište sud je utemeljio na odredbi čl. 32. SGB-a Knjiga I., prema kojoj su ništetni oni privatnopravnii sporazumi kojima se odstupa od odredbi tog zakona „na štetu ovlaštenika

---

\(^{384}\) Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 1000 (Rn. 69).


\(^{386}\) Ako je zaključenje sporazuma o prestanku ugovora o radu usmjereno zaobilaženju propisa kojima se kod prijenosa poduzeća radniku jamči zaštita stečenih prava, odnosno radnog mjesta, u skladu sa Direktivom EZ br. 2000/23. U njemačkoj judikaturi poznat je tzv. „Lemgoer Modell“: BAG je ocijenio nezakonitim otkaz koji je dan prije prijenosa poslodavca (prenositelj) dao radnicima, da bi dan iza prijenosa poduzeća novi poslodavac (preuzimatelj) zaposlio te iste radnike, čime su se htjela izbjeći propis o računanju pripadnosti poduzeću (duljini radnog staža kod poslodavca). BAG 20.7.1982, AP Nr. 1 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung. Cit. prema Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 1001 (Rn. 75).

\(^{387}\) Više: Rolfs, u: A/P/S, op. cit., str. 1000-1004 (Rn. 72-87).

činidbi iz socijalnog osiguranja". U područje primjene ove norme ulaze i ugovori između radnika i poslodavca o socijalnopratnim zahtjevima radnika za naknadu za slučaj nezaposlenosti (prema odredbama SGB Knjiga III.). Ništetnost kao pravna posljedica propisana je samo za one ugovorne odredbe kojima se neposredno zadire u pravni položaj radnika utemeljene na zakonima iz područja socijalnog osiguranja. Pretpostavka je ništetnosti da ugovorna odredba otežava postojeće ili buduće socijalnopratne zahtjeve radnika ili mijenja na njegovu štetu obveze koje treba ispuniti u vezi s nekim socijanopratnim zahtjevom.

Poslodavac i radnik mogu u ugovoru o prestanku radnog odnosa pravovaljano ugovoriti pravo poslodavca na regresni zahtjev prema radniku za vraćanje onoga što mu je poslodavac isplatio u prijelaznom razdoblju umjesto zavoda za zapošljavanje (Überbrückungszahlung).

6.8. Odnos prema drugim načinima prestanka radnog odnosa

Kao što je analiza instituta sporazumnog prestanka ugovora o radu pokazala, ovakav način prestanka radnog odnosa ne može se promatrati odvojeno od ostalih načina njegova prestanka. Pravila o sporazumnom prestanku primjenjuju se i u kontekstu otkaza ugovora o radu u austrijskom, njemačkom i talijanskom pravu.

U njemačkoj sudskoj praksi prihvaćeno je da pravni temelj (svrha) ugovora o prestanku radnog odnosa zaključenog zbog poslovnih razloga ne otpada (čl. 242. BGB-a, o načelu savjesnosti i poštjenja) ako je nakon njegova zaključivanja izrečen redoviti otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika, s otkaznim rokom koji istječe istog datuma kada je bio ugovoren prestanak radnog odnosa. Ugovor o prestanku radnog odnosa u pravilu je sklopljen pod 'odgodnim uvjetom' (aufschiebenden Bedingung) da će radni odnos biti nastavljen do ugovorenog trenutka njegova prestanka. Nasuprot tome, ako radni odnos prestane izvanrednim otkazom ugovora o radu prije proteka ugovorenog datuma prestanka radnog odnosa, ugovor o prestanku radnog odnosa, a time i ugovorena otpremnina, gube svoju svrhu.

Uz ispunjenje određenih pretpostavki moguća je konverzija (Umdeutung) nevaljanog otkaza ugovora o radu u prihvatljivu ponudu za zaključenje sporazumnog prestanka radnog odnosa.

---

389 Ovo je u skladu s pravilom da povreda zakonske zabrane (čl. 134. BGB-a) ili morala (čl. 138. BGB-a) može uzrokovati ništetnost samo dijela ili više dijelova ugovora o prestanku radnog odnosa, a ne i ugovora u cjelini.
390 Busemann/Schäfer, op. cit., str. 52.
391 Loc. cit.
odnosa. Izjava radnika dana u istražnom ili kaznenom postupku pred policijom, državnim odvjetnikom ili sudom da želi prekinuti radni odnos, ne predstavlja ponudu na zaključenje ugovora o prestanku radnog odnosa.

U Francuskoj obostrani sporazum zaključen u vezi s otkazom predstavlja dogovor (transaction) koji mora ispunjavati sljedeće uvjete: mora se poštivati postupak otkazivanja ugovora o radu, stranke moraju imati različito mišljenje o razlogu otkaza te moraju pristati na ustupke jedna drugoj. Prestanak radnog odnosa na temelju sporazuma o konverziji (convention de conversion) smatra se sporazumnim prestankom, a ne otkazom. U Velikoj Britaniji u slučaju kada je poslodavac dao radniku obavijest o otkazu ugovora o radu, a stranke su prije isteka otkaznog roka zaključile sporazum o prestanku radnog odnosa, sudsk{	extbackslash}a praksa odbila je prihvatiti da je riječ o sporazumnom prestanku radnog odnosa, jer se u protivnome radnik ne bi mogao pozivati na odredbe o zaštiti od nezakonitog otkaza.

---

393 BAG, 13.4.1972, AP Nr. 64 zu § 626 BGB; BAG v. 20.12.1984 – 2 AZR 506/83 n.v.; LAG München, 3.8.1988, LAGE Nr. 8 zu § 140 BGB.
395 BAG, 10.3.1977, AP Nr. 9 zu § 313 ZPO. Busemann/Schäfer, op. cit., str. 53.
396 Termination of employment relationships, op. cit., str. 33-34.
7. PRESTANAK UGOVORA O RADU ISTEKOM VREMENA (NA KOJE JE SKLOPLJEN UGOVOR O RADU NA ODREĐENO VRIJEME)

7.1. Pojam i obilježja ugovora o radu na određeno vrijeme

Ugovor o radu na određeno vrijeme (engl. *fixed-term employment contract, limited-time contract*; njem. *befristeter Arbeitsvertrag*; franc. *contrat de travail à durée déterminée*; slov. *pogodba o zaposlitvi za določen čas*) može se definirati kao ugovor o radu na određeni ili odredivi (završni) rok. 397 Za razliku od ugovora na neodređeno vrijeme, ugovor o radu na određeno vrijeme prestaje automatski, istekom roka, te nije potreban poseban akt o njegovu prestanku. 398 Zbog ovakvog načina prestanka ne primjenjuju se pravila o zaštiti od otkaza. Ugovor na određeno vrijeme postaje time pouzdano sredstvo kojim poslodavci ostanju radni odnos na koji se, kao i kod sporazumnog prestanka radnog odnosa, neće primjenjivati pravila o zaštiti od otkaza.

Ipak, načelo sigurnosti radnog odnosa ne ostvaruje se samo u okviru prava zaštite od otkaza. To dokazuje i razvoj instituta ugovora o radu na određeno vrijeme. U njemačkoj su judikaturi, već 20-ih godina prošlog stoljeća, zabranjeni uzastopni, tzv. lančani ugovori o radu na određeno vrijeme, kojima su poslodavci zaobilazili zakonske odredbe o otkazu ugovora sklopljenih na neodređeno vrijeme. U početku bilo je potrebno dokazati postojanje namjere zaobilazaženja, što nije bilo jednostavno s obzirom da je riječ o unutarnjoj činjenici. To je potaknulo BAG da prihvati stajalište kako već samo sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme u sebi sadrži objektivnu namjeru zaobilazaženja primjene zaštitnih pravila o otkazu. 399

Bez obzira na različita teorijska utemeljenja dopuštenosti vremenskog ograničenja ugovora o radu, 400 njemačko te veliki broj drugih zakonodavstava danas poznaje važna ograničenja sklanja ugovora o radu na određeno vrijeme. U usporedbi s autonomijom stranaka obveznog prava autonomija stranaka ovog ugovora značajno je ograničena, jer se

397 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 483; Grgurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 28.
398 Backhaus, Ludger, u: A/P/S, op. cit., str. 1873 (Rn. 1).
400 Ono se izvodi načela pravičnosti, utemeljenom na načelu slobode zanimanja (čl. 12 GG-a), ili pak teleološkog tumačenja odredbe o ugovoru na određeno vrijeme. Gamillscheg, K., op. cit., str. 228.
zakonom definiraju razlozi zbog kojih se ugovor o radu može zaključiti na određeno vrijeme, kao i razdoblje na koje se može zaključiti.\textsuperscript{401}

Sklapanje ugovora na određeno vrijeme važan je element fleksibilizacije radnih odnosa.\textsuperscript{402} Iako ulaže u kategoriju nestandardnog, odnosno atipičnog rada, oni su danas, brojčano gledajući, postali uobičajeni na tržištu ugovora na određeno vrijeme iznosi 12\%, iako su razlike među zemljama značajne.\textsuperscript{404} Ugovori na određeno vrijeme najčešći su u određenim uslužnim djelatnostima te poljoprivredi.\textsuperscript{405} Prema spolu zastupljenju su žene (14\% u odnosu na 10\% muškaraca), a prema kvalifikacijskoj strukturi nekvalificirani radnici, uslužni radnici i radnici u trgovini. S obzirom na trajanje, većina ugovora (58\%) su ugovori na godinu dana ili kraće vrijeme (tzv. vrlo atipični ugovorni sporazumi), a kod 20\% ugovora trajanje nije unaprijed određeno.\textsuperscript{406} Na europskoj razini ocjenjuje se da je tržište rada izloženo opasnosti od polarizacije, koja uključuje sigurne, „standardne“ ugovore, s jedne, i „nesigurne situacije“ na osnovi nestandardnih (atipičnih) oblika zapošljavanja, s druge strane.\textsuperscript{407}

Ugovor na određeno vrijeme ima mnoge nedostatke za radnika, osobito ako je zaključen na vrlo kratko vrijeme. Određena važna prava radnik ostvaruje upravo s obzirom na kriterij duljine radnog odnosa kod određenog poslodavca (otpremnina, duljina godišnjeg odmora) pa su radnici zaposleni na određeno vrijeme u nepovoljnijem položaju od radnika s ugovorima o radu na neodređeno vrijeme.\textsuperscript{408} .
Prepoznajući potrebu zaštite radnika zaposlenih na određeno vrijeme od diskriminacije te nužnost sprječavanja zloporaba uzastopnim zaključivanjem ugovora na određeno vrijeme, sindikati ETUC, UNICE i CEEP zaključili su Okvirni sporazum o radu na određeno vrijeme, čija su rješenja pretočena u europsku Direktivu br. 1999/70/EZ, o radu na određeno vrijeme. 409 Njome se od država članica EU traži da, uzimajući u obzir zahtjeve pojedinih grana i/ili kategorija radnika, provedu jednu od više mjera: utvrde postojanje objektivnih razloga koji opravdavaju ponovno sklapanje takvih ugovora (ili odnosa); utvrde najdulje dopušteno trajanje uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme; ograničite broj uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme. 410

7.2. Pretpostavke za zaključenje ugovora o radu na određeno vrijeme

7.2.1. Postojanje objektivnog razloga

Pretpostavka za sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme jest postojanje opravdanog (objektivnog) razloga zbog kojeg je trajanje ugovora ograničeno. Ti razlozi mogu biti opravdani rokom, izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja, kako je to određeno u našem ZR-u (čl. 10. st. 1.). Rok može biti kalendarski određen ili odrediv. 411

širokom zakonskom formulacijom definiraju kao razlozi opravdani rokom, izvršenjem određenog posla ili nastupanjem određenog događaja. Iako, u usporedbi sa ZR-om iz 1995. g., novi ZR ne dopušta da se i kolektivnim ugovorom utvrdi mogućnost sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme, smatramo da to, s obzirom na aktuelnu široku definiciju takvog ugovora, i nije nužno potrebno.

Prema britanskom zakonu ERA (1996) ugovor o radu na određeno vrijeme (limited-time contract) predstavlja ugovor prema kojem zaposlenje neće biti stalno, a u ugovor je unesena odredba da će ugovor prestati zbog nekog događaja koji ga ograničava.414 Pretpostavku postojanja objektivnog razloga (objective ground) utvrđuju Pravila o posloprimcima na određeno vrijeme,415 čijim je donošenjem britansko pravo usklađeno s odredbama Direktive br. 2000/78/EZ, o radu na određeno vrijeme.

U slovenskom pravu slučajevi u kojima je dopušteno zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme, primjerično su navedeni, a drugi slučajevi mogu se propisati zakonom ili kolektivnim ugovorima na razini djelatnosti. Povlašteni položaj imaju mali poslodavci koji mogu zakljucivati ugovore o radu na određeno vrijeme neovisno o ograničenjima utvrđenim ZDR-om ako se to propiše kolektivnim ugovorom na razini djelatnosti (čl. 52). U njemačkom pravu opća pravila o ugovorima na određeno vrijeme sadrži citirani Zakon o radu s nepunim radnim vremenom i radnom odnosu na određeno vrijeme (TzBfG). On razlikuje dvije vrste ugovora o radu na određeno vrijeme, koji su u odnosu „pravilo – i – iznimka”. Pravilo je da je ugovor o radu na određeno vrijeme dopušten ako je opravdan objektivnim razlogom (sachliche Grund).416 Neke od razloga Zakon primjerično navodi.417 Trajanje takvog ugovora nije vremenski ograničeno, već ovisi o trajanju okolnosti koja predstavlja objektivni razlog (čl. 14. st. 1 TzBfG).418 Kao iznimka, ugovor na određeno vrijeme

---

414 Čl. 235 (2A, 2B).
416 Prema obrazloženju zakona, utemeljenom na stajalištu BAG-a, za ograničenje trajanja ugovora o radu mora postojati objektivni razlog jer se takvim ograničenjem zaobilazi zaštita od otkaza koja je zajamčena radniku kod ugovora na neodređeno vrijeme. Zakon ne sadrži definiciju objektivnog razloga, ali se u praksi za određenje tog pojma primjenjuju opći kriteriji razvijeni u praksi BAG-a. Više Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1899-1905 (Rn. 30-43).
417 Ako je potreba za obavljanje činidbe rada samo privremena; ako sklapanje ugovora slijedi kao nastavak obrazovanja ili studija, kako bi se posloprimc pridonio prijelazu prema nastavku zaposlenja; ako je radnik zaposlen radi zamjene drugog radnika; ako je to opravdano zbog svojstava činidbe rada; ako je riječ o probnom radu; ako to opravdavaju razlozi koji leže u osobi radnika; ako radnik prima naknadu iz sredstava državnog proračuna određena za zaposljavaanje na određeno vrijeme, pa je na toj osnovi zaposlen; ako zaključenje ugovora na određeno vrijeme slijedi iz sudske nagodbe (čl. 14. st. 1 al. 2., TzBfG). Navođenje tipičnih razloga, koji su prihvaćeni u sudskoj praksi, trebalo bi biti smjernica za praksu i sudove koje razloge smatrati opravdanima. Ibid., str. 1913 i d. (Rn. 78 i d.).
418 Ipak, sudska praksu postupno je razvila stajalište da se opravdanost razloga za sklapanje takvog ugovora na određeno vrijeme smatra to više ispitivati, što je trajanje takvog ugovora dulje i što se više povećava broj
vrijeme dopušten je u određenim slučajevima kada ne postoji objektivan razlog. Takav ugovor ne može trajati dulje od dvije godine (za određene slučajeve, četiri ili pet godina). Posebne norme o ugovoru o radu na određeno vrijeme mogu biti propisane kolektivnim ugovorima, što se obilato koristi. Također, mogu ih imati sporazumi poslodavca i radničkog vijeća. Prema prihvaćenoj praksi BAG-a i stajalištu doktrine za ograničenje trajanja ugovora o radu, kod malih poslodavaca ne mora postojati objektivan razlog.

Francuski CT ograničava mogućnost sklapanja ugovora na određeno vrijeme samo na taksativno nabrojene slučajeve (čl. L 1242-2) te na zapošljavanje radnika „u skladu s politikom zapošljavanja“ (čl. L 1242-3). Zakonom je izričito zabranjeno sklapanje ugovora o radu na dulje vrijeme radi obavljanja rada koji čini dio redovitog poslovanja poduzeća (čl. L 1242-1) te u nekim drugim, taksativno nabrojenim slučajevima.

Na temelju navedenoga može se izvesti zaključak da uređenje ugovora o radu na određeno vrijeme u razmatranim zakonodavstvima počiva na postojanju opravdanog (objektivnog) razloga. On se određuje primjeričnim ili taksativnim nabrajanjem razloga za sklapanje ugovora ili širokom zakonskom definicijom. Sklapanje ovakvog ugovora čini se najstrožim u francuskom pravu, u kojem su razlozi taksativno navedeni. Zakonska ograničenja za sklapanje ugovora na određeno vrijeme ne primjenjuju se na male poslodavce u njemačkom i slovenskom pravu, čime se postiže značajna fleksibilnost radnog odnosa.

ugovora na određeno vrijeme između istih stranaka. Ispituju se određeni materijalni elementi i primjenjuje načelo progonoze. Dulje trajanje zapošljenja relevantno je, jer upućuje na porast zavisnosti radnika kojem je sve teže pronaći drugo radno mjesto; on je sve više upućen na nastavak tog radnog odnosa, a zaštita postojećeg radnog odnosa raste s pripadnošću radnika. Poslodavac mora, zbog povećane socijalne odgovornosti, pri ponudi sljedećeg ugovora na određeno vrijeme istom radniku ispitati treba li zbog zaštite interesa radnika ponuditi mu radni odnos na neodređeno vrijeme. Veći broj uzastopnih ugovora na određeno vrijeme važan je jer pokazuje da nije bila točna prognoza poslodavca o tome da mu nakon prestanka ugovora na određeno vrijeme neće biti potrebno ili moguće dalje zaposlit istog radnika. Ibid., str. 1908-1909 (Rn. 57-59).

419 Ibid., str. 1874 (Rn. 2, 2a).
420 Kako se na male poslodavce ne primjenjuju odredbe o zaštiti od otkaza, nije potrebno kontrolierati je li sklapanjem ugovora na određeno vrijeme zaobiđeno zakonodavstvo o zaštiti od otkaza. Ibid., str. 1874 (Rn. 8); Gamillscheg, K., op. cit., str. 230.
421 Ugovor na određeno vrijeme i dalje je iznimka, što je potvrđeno novom odredbom čl. L 1221-2, da je „ugovor o radu na neodređeno vrijeme redoviti i glavni oblik radnog odnosa“ (Zakon, od 25.06.2008. o modernizaciji tržišta rada).
422 Oni su: zamjena privremeno odsutnog radnika; privremeno povećanje obima posla u poduzeću; obavljanje poslova sezonskog karaktera ili poslova u djelatnostima (određenima dekretom ili kolektivnim ugovorom) u kojima nije uobičajeno zapošljavanje na neodređeno vrijeme zbog naravi djelatnosti ili privremenog karaktera posla; zamjena direktora (menadžera) poduzeća (obrtničkog, industrijskog ili trgovačkog) ili osobe koja obavlja slobodnu profesiju; zamjene rukovoditelja poljoprivrednog poduzeća.
423 Uključuje zapošljavanje na određeno vrijeme: na temelju zakonskih odredbi čija je svrha unaprijediti zapošljavanje određenih skupina osoba bez posla; kada se poslodavac obvezao omogućava radniku dodatno profesionalno obrazovanje, u trajanju i uz uvjete utvrđene dekretom.
424 To su slučajevi zamjene radnika koji je u štrajku (čl. L. 1242-6); obavljanje opasnih poslova (čl. L. 1242-6, čl. D 4154-1); popunjavanje potrebe za radnikom zbog privremenog povećanja posla koje je rezultat otkaza radniku izrečenog u razdoblju kraćem od 6 mjeseci (čl. L. 1242-5).
7.2.2. Objetivni razlog i trajanje ugovora

7.2.2.1. Ograničenje rokom

Kada je ugovor ograničen rokom, trajanje ugovora određuje se kalendarski. To može biti učinjeno određenjem nekog datuma kao posljednjeg dana radnog odnosa ili određenjem vremenskog razdoblja (npr. „na godinu dana“), uz navođenje datuma početka radnog odnosa. Također, može se uputiti na vremenski jasno određeno razdoblje (npr. za vrijeme trajanja turističke sezone, za trajanja ljetnih sniženja, za vrijeme sajma i sl.). Trenutak prestanka ugovora o radu mora biti precizno određen ili barem određiv, a nisu prihvatljiva okvirna određenja da je ugovor zaključen na „oko godinu dana“, „na nekoliko dana“, „za oko tri tjedna“ i sl.\(^{425}\) Rokovi se računaju prema općim pravilima obveznog prava o računanju rokova.

Ugovor o radu s ugovorenim probnim radom mora sadržavati odredbu o razdoblju na koje se zaključuje, ako je namjera stranaka da zaključe ugovor na određeno vrijeme. Iz odredbe da se „ugovara probni rad“ ne može se zaključiti da je riječ o ugovoru na određeno vrijeme.\(^{426}\)

Njemački BAG bavio se pitanjem mogu li se česta angažiranja radnika na vrlo kratko vrijeme tumačiti kao radni odnos na određeno vrijeme zbog obavljanja jednoga posla ili kao radni odnos na neodređeno vrijeme. O ovome je raspravljao posebice u vezi s radom studenata, koji se u Njemačkoj najčešće angažiraju na temelju ugovora o radu. BAG je prihvatio pravilo da okvirni sporazum stranaka (Rahmenvereinbarung), kojim uredjuju uvjete ugovora o radu na određeno vrijeme i koji tek moraju zaključiti, a nije temelj obveze rada, ne predstavlja ugovor o radu. O volji stranaka ovisi hoće li zaključiti ugovor o radu na neodređeno vrijeme, ili okvirni sporazum radi čijeg će ispunjenja zaključivati ugovore o radu na određeno vrijeme.\(^{427}\) Kada je riječ o studentima, BAG ističe kako osnovni problem nije kvalifikacija rada studenata kao radnog odnosa već postoji li u konkretnom slučaju radni odnos na neodređeno ili određeno vrijeme.\(^{428}\) Moramo primijetiti da u Hrvatskoj studenti često rade na temelju ugovora o djelu, što je dvojbeno u slučajevima kada zbog duljeg trajanja i naravi takvog rada, njihov rad ima elemente radnog odnosa. Sudska praksa o ovom pitanju ne postoji.

\(^{425}\) Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1851 (Rn. 12).
\(^{426}\) Ibid., str. 1849 (Rn. 6).
\(^{427}\) BAG 31.7.2002 AP TzBfG § 12 Nr. 1. Ibid., str. 1849 (Rn. 8).
\(^{428}\) Ibid., str. 1849-1850 (Rn. 9).
7.2.2.2. Izvršenje određenog posla i nastupanje određenog događaja

Ugovor o radu može se sklopiti radi izvršenja određenog posla, pa će takav ugovor prestati trenutkom kada je taj posao izvršen (primjerice, izvršenjem plovidbenog zadatka broda, završetkom remonta nekog stroja i sl.). Ugovor o radu dopušteno je sklopiti na određeno vrijeme radi obavljanja rada do trenutka nastupanja određenog događaja. Utvrđivanje nastupanja nekog događaja kao roka slično je raskidnom uvjetu, ali se od njega razlikuje po tome što taj događaj stranke smatraju izvjesnim, ali ne znaju kada će nastupiti (\textit{dies certus an incertus quando}; npr. povratak radnika s bolovanja), dok kod raskidnog uvjeta nije izvjesno njegovo nastupanje (\textit{dies incertus an certus quando}). Događaj mora biti dopušten.

U njemačkom pravu ovi se ugovori nazivaju ugovorima o radu koji su ograničeni svrhom (\textit{zweckbefristete Arbeitsvertrag}). Razlozi pravne jasnoće i pravne sigurnosti zahtijevaju da stranke nedvosmisleno, u pisanom obliku, izraze svoju namjeru sklapanja ugovora čije je trajanje ograničeno izvršenjem posla ili nastupanjem nekog događaja.\footnote{Ibid., str. 1851-1852 (Rn. 15).} Od pitanja - je li riječ o radnom odnosu čije je trajanje ograničeno svrhom, treba razlikovati pitanje o događaju koji može uzrokovati prestanak radnog odnosa. Događaj uz čije je nastupanje vezan prestanak radnog odnosa, ne smije biti ovisan o voljnom elementu. Nisu dopušteni ograničenje trajanja ugovora svrhom i mogućnost raskida radnog odnosa, koji ovise o ekonomskim interesima i volji poslodavca i kojima se izbjegava primjena prisilnih normi o zaštiti od otkaza. Događaj mora biti objektivno (jasno i u dovoljnoj mjeri) određen (\textit{objektive Bestimmbarkeit des beendenden Ereignisses}).\footnote{Ibid., str. 1852 (Rn. 17).} Dugađaj mora biti objektivno (jasno i u dovoljnoj mjeri) određen (\textit{objektive Bestimmbarkeit des beendenden Ereignisses}).\footnote{Stajalište je BAG-a da dobna granica od 65 godina života, utvrđena kolektivnim, ali i pojedinačnim ugovorom o radu, jest stvarno opravdani razlog za ograničenje trajanja ugovora o radu, ali kada je radnik ekonomski osiguran primanjima na osnovi zakonske starosne mirovine. BAG 20.11.1987 AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 2; 19.11.2003 AP TzBG § 17 Nr. 3. Dovoljan stupanj ekonomske sigurnosti utvrđuje se u} 429

7.2.3. Mogućnost sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme predviđena kolektivnim ugovorom

U njemačkom pravu od velikog je značenja uređenje instituta ugovora o radu na određeno vrijeme kolektivnim ugovorima, u onim slučajevima kada to dopuštaju dispozitivne zakonske odredbe. Kolektivnim ugovorima može se urediti sklapanje, sadržaj i prestanak ugovora. U mnogima je kao vremensko ograničenje ugovora o radu postavljena dobna granica, u pravilu 65 godina života, a ponekad i niža (npr. za osoblje u \textit{cockpitu}, u aviopoduzećima).\footnote{Ibid., str. 1851-1852 (Rn. 15).} Kolektivnim ugovorima mogu se propisati strože pretpostavke za
valjanost ugovora na određeno vrijeme: objektivni razlog određene kategorije ili dopuštenost ugovora samo ako za to postoje određeni objektivni razlozi.

Prema slovenskom pravu sklanjanje ugovora o radu na određeno vrijeme moguće je urediti kolektivnim ugovorima na razini djelatnosti. Ovim ugovorima može se, između ostalog, propisati da mali poslodavci mogu zaključivati takve ugovore neovisno o ograničenjima utvrđenim ZDR-om.

Mogućnošću da se sklanjanje ugovora na određeno vrijeme predvidi kolektivnim ugovorima, ublažena su zakonska pravila koja uređuju institut ugovora na određeno vrijeme. Iako u hrvatskom pozitivnom pravu, kao što je spomenuto, ta mogućnost više ne postoji, smatramo da zbog široke definicije ugovora na određeno vrijeme to ne utječe bitnije na rigidnost našeg zakonodavstva.

7.3. Vremensko ograničenje ugovora o radu na određeno vrijeme

Vremensko ograničenje sklanjanja ugovora o radu na određeno vrijeme znači najduže razdoblje na koje takav ugovor može biti sklopljen, ali i (ne)mogućnost sklanjanja više uzastopnih ugovora na određeno vrijeme. Zabranom zaključivanja višestrukih ugovora na određeno vrijeme nastoji se spriječiti „izigravanje radnozaštitnog zakonodavstva“. Važnost vremenskog ograničenja ugovora na određeno vrijeme istaknuta je kroz spomenutu obvezu država članica, utvrđenu odredbama Direktive br. 1999/70/EZ, o radu na određeno vrijeme. One moraju, uzimajući u obzir zahtjeve pojedinih grana i/ili kategorija radnika, alternativno utvrditi sljedeće mjere: postojanje objektivnih razloga koji opravdavaju ponovno sklanjanje takvih ugovora (ili odnosa); najdulje dopušteno trajanje uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme i ograničenje broja uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme. Rješenja prihvaćena u analiziranim zakonodavstvima, s izuzetkom Austrije, usklađena su s navedenim odredbama Direktive. Hrvatsko pravo usklađeno je jer su ZR-om utvrđeni opravdani razlozi za zaključenje ugovora te najdulje trajanje uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme.

trenutku zaključenja ugovora, a ne u trenutku navršenja godina života. Zbog toga je dovoljno da radnik, s obzirom na sadržaj i trajanje ugovora o radu, može ili je već ostvorio prestaciju za slučaj starosti u okviru zakonskog mirovinskog osiguranja. BAG 27.7.2005 AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 27. Ibid., str. 1923 (Rn. 112). Grgurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 29.
433 Ibid., str. 30.
434 Ipak, čini se da je judikatura svojim stajalištima dijelom ublažila nepostojanje izričitih zakonskih rješenja, barem kada je riječ o broju uzastopnih ugovora i ispitivanju njihove opravdanosti. Grgurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 30.

Prema francuskom pravu opće je pravilo da ugovor o radu na određeno vrijeme može trajati najduže 18 mjeseci, odnosno najduže 36 mjeseci u slučaju ako je obnovljen. U tom slučaju prekid ne smatra se prekidom ovog roka.  

Belopavlovič, Nataša, u: Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem (ur. D. Senčur Peček, N. Belopavlovič, M. Kalčič), Ljubljana, GV Založba, 2008., str. 44.


Kao ekonomski razlog, koji opravdava zaključenje ovog ugovora, judikatura prihvaća objektivno predviđiv prestanak potrebe za radom, primjerice kod sezonskog rada; nije dovoljna nesigurnost oko stanja narudžbi, ili konjunktura kretanja, kao ni ubicijeno zaključivanje ugovora na određeno vrijeme u nekom poduzeću ili grani. Ibid., str. 354.

436. Tromjesečni ili kraći prekid ne smatra se prekidom ovog roka.
437. One se odnose na neke od primjerice navedenih slučajeva ugovora na određeno vrijeme iz čl. 52. ZDR-a (zamjena privremeno odsutnog radnika; zaposlenje stranca, ili osobe bez državljanstva, koja ima dozvolu za rad na određeno vrijeme, osim u slučaju osobne dozvole za rad; poslovodne ili rukovodeće osobe …; izabrani ili imenovani dužnosnici ili drugi radnici, koji su vezani uz mandat organa ili dužnosnika u lokalnim skupština, političkim strankama …) ili druge slučajeve određene zakonom.

439. Uvjet je da projekt traje dulje od dvije godine i da se ugovor zaključi za razdoblje ukupnog trajanja projekta (čl. 53. ZDR-a). Kolektivnim ugovorom na razini djelatnosti može se odrediti što se smatra radom na projektu. U pravilu to je rad koji je vezan uz određeni program, koji nije stalan, već je riječ o projektu koji se samostalno pokrene i završi; potrebna je određena organizacijska struktura, standardizacija postupka pripremanja i izvedbe svakog pojedinog projekta, kao i sustavnost dokumentacije, karakteristična za pojedino područje.


posebnim slučajevima ugovor može trajati najduže 9 mjeseci, odnosno 24 mjeseca (čl. L. 1242-8 CT-a). Kada je riječ o ugovorima čiji se prestanak ne može unaprijed odrediti, ugovor može trajati i dulje. Ugovor se može obnoviti samo jednom, na određeno vrijeme. Ukupno trajanje obnovljenog i prethodnog ugovora ne može biti duže od najdužeg propisanog trajanja (čl. L. 1243-13).

U britanskom pravu, prema Pravilima o posloprimcima na određeno vrijeme, radnik može raditi na temelju jednog ili više sukcesivnih ugovora o radu na određeno vrijeme, najduže četiri godine. Iznimno, ako postoje subjektivni razlozi za ograničenje trajanja ugovora, dopušten je rad na vrijeme duže od četiri godine. Od propisanih ograničenja može se odstupiti odredbama kolektivnog ugovora s obzirom na pojedinog ili skupinu radnika.

Prema ZR-u poslodavac ne smije sklopiti jedan ili više uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme na temelju kojih se radni odnos s istim radnikom zasniva za nепrekinuto razdoblje duže od tri godine (čl. 10. st. 2.). Kod sklanjanja više uzastopnih ugovora na određeno vrijeme, prekidi kraj od dva mjeseca ne smatraju se prekidom razdoblja od tri godine (čl. 10. st. 4.).

Ovakvom formulacijom uveden je nov, subjektivni, kriterij dopuštenosti radnog odnosa na određeno vrijeme: identitet radnika koji radi na određeno vrijeme. Stari ZR predviđao je samo objektivni kriterij: identitet poslova na kojima se radnik zapošljavao („na istim poslovima“). Doktrina ovo ocjenjuje kao „apsolutno ograničavanje mogućnosti da između određenog poslodavca i određenog radnika radni odnos na određeno vrijeme traje duže od tri godine“, koje pojačava rigidnost sustava radnih odnosa, a upitni su njegovi pozitivni učinci.

Mislimo da je, unatoč novom, važnom ograničenju, zakonodavac ipak ostavio dovoljno slobodnog prostora poslodavcu. On i dalje može koristiti prekid između dva

---

443 S radnikom koji očekuje da će sklopati ugovor o radu na neodređeno vrijeme, za obavljanje hitnih poslova.
444 Za ugovore sa strancima, zamjenu na radnom mjestu koje će se ugasići, izvanredne narudžbe za izvoz, ugovor o pripravništvu.
445 Uvjeti obnavljanja ugovora utvrđeni su u ugovoru ili u dopisu koji se radniku predaje prije predviđenog prestanka prvog ugovora. Pravila o obnavljanju ugovora ne primjenjuju se na ugovore na određeno vrijeme sklopljene u okviru politike zapošljavanja.
448 Prema ranijem važećem zakonu „na istim poslovima“.
449 No istovremeno, zakon propisuje iznimke od tog pravila, određujući da ugovor o radu na određeno vrijeme može trajati duže od tri godine, ako je to potrebno radi zamjene privremeno nenazočnog radnika ili od nekih drugih subjektivnih razloga to dopušteno zakonom ili kolektivnim ugovorom (čl. 10. st. 3). Kako ističe Ž. Potočnjak, ovo je jedan od slučajeva u kojima je zakonodavac dopustio ugovaranje nepovoljnijih uvjeta rada od onih propisanih ZR-om. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 485.
450 To vrijedi i za slučajeve kada ugovor može trajati i dulje od tri godine. Loć. cit.
uzastopna ugovora o radu i tako izbjeći vremensko ograničenje od tri godine kao i radni odnos na neodređeno vrijeme s istim radnikom.

Snažnije jamstvo da poslodavac neće pribjegavati zloporabama ovog instituta nalazimo u odredbama njemačkog prava o ugovoru o radu na određeno vrijeme „bez objektivnog razloga“. Trajanje ugovora kalendarski je ograničeno na dvije godine, uz mogućnost za najviše tri produljenja (Verlängerung) ugovora na određeno vrijeme (čl. 14. st. 2. TzBfG-a).

Važnu zapreku zloporabama, do kojih može doći korištenjem „prekida“ između dva ugovora, predstavlja zakonom propisana nedopustivost sklapanja ugovora na određeno vrijeme bez objektivnog razloga, ako je radnik ranije već bio u radnom odnosu, na određeno ili neodređeno vrijeme, s istim poslodavcem (čl. 14. st. 2. TzBfG-a). Pritom nije bitno je li ranije postojeći ugovor na određeno vrijeme bio ugovor zbog ili bez objektivnog razloga. Prema tumačenju koje prevladava, isti poslodavac i radnik smiju sklopiti ugovor o radu na određeno vrijeme zbog objektivnog razloga ako su ranije iste stranke bile u radnom odnosu na određeno vrijeme bez objektivnog razloga.

Snaga ovog ograničenja, pa i ukupnog zakonskog uređenja ugovora o radu na određeno vrijeme, svakako je relativizirana mogućnošću da se kolektivnim ugovorima na drukčiji način uredi broj uzastopnih ugovora ili najdulje trajanje ugovora na određeno vrijeme (čl. 14. st. 2. al. 1-3. TzBfG-a).

Prema novoj odredbi ovog Zakona poseban je položaj zajamčen novoosnovanim poduzećima. U njima je, u razdoblju od četiri godine od osnivanja, dopušteno zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme za najdulje četiri godine, čak i ako ne postoji objektivni

452 Radi boljeg razumijevanja valja istaknuti da je namjera zakonodavca kod donošenja ove odredbe bila omogućiti poduzećima, posebice novoosnovanim, te malim i srednjim poduzećima, da zapošljavanjem novih radnika fleksibilno reagiraju na nesigurnosti i opadanje stanja narudžbi te promjenjive tržišne uvjete i time postanu konkurentni. Istovremeno, željelo se ponuditi alternativu prekovremenom radu i outsourcingu, a nije bila zanemarena ni činjenica da za mnoge radnike zapošljavanje na određeno vrijeme predstavlja most na zaposlenju na neodređeno vrijeme (posebice za mladež nakon obrazovanja). Ovom odredbom njemačko je pravo usklađeno s Direktivom 1999/70/EZ i Okvirnim sporazumom, koji čini njegov sastavni dio. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1998 (Rn. 360).

453 Ovo znači da između ugovora ne smije postojati prekid, već je riječ o neposrednom nastavljanju sljedećeg ugovora na završetku prethodnog ugovora na određeno vrijeme. Produljenje mora biti ugovoreno prije proteka ugovora koji će se nastaviti. Ibid., str. 2001 (Rn. 371).


455 Ibid., str. 1999 (Rn. 364), 2005 (Rn. 379-381).

456 Radnici i poslodavci koji ulaze u područje važenja tog tarifnog ugovora, ali se on na njih ne primjenjuje, ne mogu ugovoriti primjenu odredbi tog tarifnog ugovora (čl. 14. st. 2. al. 4.).
razlog. Unutar istog razdoblja dopušteno je višestruko produljenje ugovora o radu na određeno vrijeme čije je trajanje određeno kalendarski (rokom) (čl. 14. st. 2.a TzBfG-a).\textsuperscript{457} 

Zakon propisuje još jednu iznimku koja izaziva prijepore. Njome se olakšava zaposljavaњe starijih radnika na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme. Odredbom čl. 14. st. 3. TzBfG-a dopušteno je sklapanje takvih ugovora na najduže pet godina (kalendarski određeno), bez objektivnog razloga, s radnikom koji je u trenutku sklapanja ugovora navršio 52 godine života te je neposredno prije početka tog radnog odnosa bio \textit{bez posla} najmanje četiri mjeseca.\textsuperscript{458} Zakon je predvidio i mogućnost višestrukog produljenja ugovora o radu na određeno vrijeme s takvim radnikom (čl. 14. st. 3c).\textsuperscript{459}

Riječ je o novoj odredbi.\textsuperscript{460} Njome je izmijenjena ranija odredba, koja je bila predmetom rasprava i odluke Europskog suda u predmetu Mangold, od 22.11.2005.\textsuperscript{461} Pod utjecajem stajališta Suda njemački zakonodavac izvršio je značajne izmjene, no čini se da bi i nova odredba mogla izazvati rasprave.

U predmetu Mangold Europski sud razmatrao je usklađenost tadašnje odredbe čl. 14. st. 3. TzBfG-a (na snazi do 31.12.2006.).\textsuperscript{462} Prema mišljenju Suda odredba je suprotna europskom pravu i nacionalni sudovi ne smiju je primjenjivati.\textsuperscript{463} Mogućnost sklapanja ugovora o radu na određeno vrijeme s radnicima koji su napunili 52 godine, a bez postojanja objektivnog razloga, predstavlja nejednako postupanje na temelju dobi, zabranjeno Direktivom br. 2000/78/EZ, o zabrani diskriminacije. Profesionalno uključivanje nezaposlenih starijih radnika, kao cilj koji se želio postići odredbom, u načelu predstavlja

---

\textsuperscript{457} Ovo ne vrijedi za nova poduzeća nastala restrukturiranjem poduzeća i koncerna. Kao trenutak osnivanja poduzeća uzima se vrijeme započinjanja djelatnosti, o čemu je potrebno obavijestiti općinska ili financijska tijela.

\textsuperscript{458} Ili je primao naknada za radnike zaposlene na kraće radno vrijeme, ili bio zaposlen na javnim radovima, u skladu s odredbama SGB-a (Knjige II, III).


\textsuperscript{460} Stupila je na snagu donošenjem Zakona o poboljšanju izgleda za zapošljavanje starijih radnika, iz 2007. g. (Gesetz zur Verbesserung der Beschäftigungschancen älterer Menschen, v. 19.4.2007.).


\textsuperscript{462} Ovom odredbom bila je utvrđena granica od 58 godina života radnika (2003. god. spuštena na 52 godine). Sklapanje ugovora na određeno vrijeme bilo je ograničeno ako je radnik s istim poslodavcem ranije već sklopio ugovor na neodređeno vrijeme zbog razloga koji je usko povezan s novim ugovorom (\textit{ein enge sachlicher Zusammenhang besteht}). Uška stvarna veza smatra se da postoji ako između dva ugovora postoji razdoblje prekidja kraće od šest mjeseci.\textsuperscript{463} Takvo stajalište zauzeo je bez obzira što u trenutku donošenja odluke još nije prošao rok za implementaciju Direktive o zabrani diskriminacije, zaključivši da zabranu diskriminacije na temelju dobi treba smatrati općim načelom prava Zajednice. Barnard, C., EC Employment Law (2006), op. cit., str. 320.
objektivno i primjereno opravdanje za nejednako postupanje na temelju životne dobi, u smislu čl. 6/1 Direktive. No odredba njemačkog zakona nije, u smislu odredbe Direktive, primjerena niti je prijeko potrebna da bi se taj cilj postigao. Široko područje odlučivanja država članica u području rada i socijalne politike bilo bi prekoračeno kada bi nacionalni propisi uzimali dob života kao jedini kriterij za ograničenje trajanja ugovora o radu. To bi bilo dopušteno jedino ako se dokaže da je utvrđivanje starosne granice potrebno radi profesionalnog uključivanja nezaposlenih starijih radnika, neovisno o strukturi odnosnog tržišta rada i osobnoj situaciji radnika.

Pravostvaralačkom ulogom Europski je sud utjecao na njemačkog zakonodavca, koji odredbu, doduše, nije ukinuo, već samo izmijenio. Smatrao je da lakšu mogućnost sklapanja ugovora na određeno vrijeme sa starijim radnicima treba zadržati zbog otežanog zapošljavanja te skupine radnika.

Prema vladajućem mišljenju njemačke doktrine i judikature, nova odredba usklađena je s europskim pravom. U skladu s Okvirnim sporazumom određeno je najdulje dopušteno trajanje uzastopnih ugovora o radu (pet godina), nakon kojeg mora postojati objektivan razlog za nove ugovore na određeno vrijeme. Nova odredba u skladu je s mišljenjem Europskog suda u predmetu Mangold jer vodi brigu o zabrani diskriminacije na temelju dobi, te time i s Direktivom br. 2000/78/EZ. Članak 6. st. 1. Direktive dopušta nejednako postupanje na temelju dobi kada je to objektivno i razumno opravданo zakonitim ciljem. To se posebno odnosi na područja politike zapošljavanja i tržišta rada, a sredstva za ostvarenje tih ciljeva primjerena su i nužna. U takvom području odlučivanja nalazi se i ova odredba. Sklapanje ugovora na određeno vrijeme bez objektivnog razloga ograničeno je na samo pet godina, za razliku od ranije odredbe. Kriterij dobi nije jedini kriterij, već su predviđeni i dodatni kriteriji, koji se mogu odrediti kao osobna situacija pojedinog radnika na tržištu rada (radnik mora biti bez posla u razdoblju od četiri mjeseca prije zaključenja ugovora i dr.).

U doktrini se posebno ističe potreba da se koristi teološko tumačenje odredbe i tumačenje u skladu s pravom Zajednice. To znači da pri sklanjanju ugovora o radu sa starijim

---

464 Odredba njemačkog zakona dopuštala je da se svim radnicima koji su određene životne dobi, bez obzira koliko su dugo nezaposleni, do navršenja godina života potrebnih za ostvarenje prava na starosnu mirovinu, ponudi jedino radni odnos na određeno vrijeme, koji se može neograničeno puta prodljivati. Ograničenjem ugovora zbog životne dobi velika grupa radnika suočava se s opasnošću da, u značajnom razdoblju njihova profesionalnog života, ostane isključena iz čvrstih odnosa zapošljenja, koji predstavljaju važan aspekt zaštite radnika. Case C-144/04 Mangold [2005] ECR I-000, para. 64.

465 Case C-144/04 Mangold [2005] ECR I-000, para. 65.

466 Više je od polovice radnika, u dobi od 50 do 64 godine, nezaposleno, a prosječno trajanje nezaposlenosti iznosi oko 16,5 mjeseci. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 2023 (Rn. 421).

467 Ibid., str. 2024 (Rn. 424).
radnicima na određeno vrijeme bez objektivnog razloga, valja uvijek uzeti u obzir osobnu situaciju tog radnika na tržištu rada. Također treba izbjegavati voljno zaključivanje predugačkih i čestih ugovora na određeno vrijeme u dopuštenom razdoblju od pet godina.468

U vezi s tumačenjem navedene odredbe treba upozoriti da je umjesto kriterija 'nezaposlenog radnika', korišten kriterij radnika koji je bez posla najmanje četiri mjeseca neposredno prije sklapanja ugovora. Pojma bez posla tumači se u smislu čl. 119. st. 1. toč. 1. SBG (III).469 Prema toj odredbi „u potrazi za poslom“ (Beschäftigungssuche) jest osoba koja koristi i koristit će sve mogućnosti da okonča svoje stanje bez posla, i koja je radno sposobna i spremna raditi na poslovima za koje joj posreduje služba za zapošljavanje.470 Četveromjesečno razdoblje bez posla mora neposredno prethoditi sklapanju ugovora ili mu biti vremenski blizu, te ne smije biti prekinuto.471 Trajanje ugovora do najviše pet godina određuje se kalendarski, a ne s obzirom na svrhu. Prema prihvaćenom tumačenju, nije dopušteno da, nakon prestanka ugovora koji je trajao pet godina i nakon što je stariji radnik bio bez posla četiri mjeseca, poslodavac s istim radnikom ponovno sklopi ugovor na određeno vrijeme, najdulje na pet godina. Time se postiže pravo jamstvo da se institut ugovora o radu neće zlorabiti.

7.4. Trenutak prestanka ugovora o radu na određeno vrijeme

Ugovor o radu na određeno vrijeme ograničen rokom prestaje istekom ugovorenog vremena. Prema stajalištu njemačke doktrine poslodavac nije obvezan obavijestiti radnika o prestanku ugovora. Radniku je datum prestanka ugovora poznat, pa je to dodatni razlog nepostojanja obveze poslodavca da obavijesti o prestanku ugovora.472

Ako je ugovor na određeno vrijeme zaključen radi izvršenja određenog posla ili do nastupanja određenog događaja, ugovor prestaje izvršenjem posla ili nastupanjem događaja. Njemački zakon izričito propisuje da ova vrsta ugovora na određeno vrijeme ('ograničen ciljem') prestaje postizanjem cilja (mit Erreichen des Zwecks), a najranije dva tjedna nakon što radnik primi pisanu obavijest poslodavca o trenutku postizanja cilja. U doktrini prevladava

468 Ibid., str. 2024 (Rn. 425).
469 Na to izričito upućuje odredba čl. 14 st. 3. TzBfG-a.
470 To, među ostalim, uključuje sudjelovanje u različitim oblicima profesionalnog obrazovanja ili treninga radi poboljšanja mogućnosti uključivanja u tržište rada, zbog kojeg osoba nije bila „nezaposlena“. Za razliku od toga, „nezaposlen“ je radnik koji nije u odnosu zaposlenja (Beschäftigungsverhältnis) i koji traži zaposlenje od najmanje 15 sati tjedno, za koje mora imati socijalno osiguranje (čl. 118. st. 1. SGB (III)). Više: Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 2024-2027 (Rn. 427-435 a).
471 Ibid., str. 2027 (Rn. 435 c).
472 Ibid., str. 2045 (Rn. 1).
stajalište da isto vrijedi i u slučaju ako cilj 'više ne može biti ispunjen'.\textsuperscript{473} Rok od dva tjedna nakon primitka obavijesti prihvaćen je kako bi se izbjegle moguće zloporabe (prema teoriji objektivnog zaobilaženja prava) i ne može biti skraćen odredbama kolektivnog ili pojedinačnog ugovora o radu.\textsuperscript{474}

U našem ZR-u pitanje trenutka prestanka ove vrste ugovora na određeno vrijeme nije detaljnije uređeno, a u doktrini i judikaturi prihvaćeno je stajalište da je jedina obveza poslodavca obavijestiti radnika o isteku ugovora o radu. Prema stajalištu Vrhovnog suda obavijest može biti dana i u usmenom obliku,\textsuperscript{475} što se u literaturi ocjenjuje, s jedne strane, prihvatljivim s obzirom da zakon o tome šuti, a, s druge strane, neprihvatljivim, zbog mogućih zloporaba i otežanog dokazivanja relevantnih činjenica.\textsuperscript{476} Priklanjamo se stajalištu o obveznoj pisanoj obavijesti o prestanku ugovora o radu na određeno vrijeme, između ostalog i zbog toga što bi u njoj morao biti naznačen datum prestanka ugovora.

7.5. **Pravne posljedice kršenja odredbi o sklanjanju ugovora na određeno vrijeme**

Zasnivanje radnog odnosa ugovorom o radu na određeno vrijeme valjano je ako za vremensko ograničenje ugovora postoje opravdani razlozi. Ako je ugovor sklopljen protivno prisilnim zakonskim propisima, nastupaju određene pravne posljedice. Njihova je i svrha spriječiti zloporabe ovog instituta, odnosno zaobilaženje primjene odredbi o otazu. Jedna od najčešćih pravnih posljedica koja se vezuje uz ugovor na određeno vrijeme sklopljen protivno zakonskim ograničenjima jest presumpcija da je radnik sklopio ugovor na neodređeno vrijeme, odnosno konverzija ugovora na određeno. Presumpciju o sklopljenju ugovora na neodređeno vrijeme,ako je sklopljen protivno odredbama ZR-a ili ako radnik nastavi radići kod poslodavca i nakon isteka vremena za koje je ugovor sklopljen (čl. 10. st. 5.). Prema stajalištu u doktrini riječ je o neoborivim zakonskim presumpcijama pa poslodavac ne može dokazivati da je sklopljen ugovor na određeno vrijeme, čime se ostvaruje načelo *favor laboratoris*.\textsuperscript{477}

\textsuperscript{473} Ibid., str. 2045 (Rn. 3).

\textsuperscript{474} Obavijest o postizanju cilja ne predstavlja otkaž. Mora biti u pisanom obliku. U njoj je potrebno naznačiti trenutak u kojem je postignut cilj ugovora, pri čemu nije dovoljno navesti neodređeno vremensko razdoblje, ili nesigurnu prognozu trenutka. Više ibid., str. 2045-2049 (Rn. 3-15).

\textsuperscript{475} VSRH, Revr-694/04, od 17.01.2007.

\textsuperscript{476} Gović, Iris, Institut pretvaranja radnog odnosa na određeno vrijeme u radni odnos na neodređeno vrijeme u svjedu novije sudske prakse i prijedloga (novog) Zakona o radu, *RP*, br. 5, 2009, str. 21.

\textsuperscript{477} Grgurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 30-31.; isto Gović, I., Institut pretvaranja radnog odnosa na određeno vrijeme, op. cit., str. 22.
Prema mišljenju Ž. Potočnjaka, kada je ugovor o radu na određeno vrijeme sklopljen protivno odredbama ZR-a, radnici će i dalje morati u sudskom postupku tražiti utvrđivanje nezakonitosti tako sklopljenog ugovora i utvrđenje da su skloplili ugovor o radu na neodređeno vrijeme.478

U britanskom pravu vrijedi presumpcija da je radnik bio zaposlen na neodređeno vrijeme od trenutka kada je ispunjen uvjet neprekidnog četverogodišnjeg zaposlenja ili od trenutka kada je zaključio posljednji ugovor na određeno vrijeme.479

Francuski CT utvrđuje presumpciju da je riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme ako je ugovor na određeno vrijeme zaključen protivno zakonskim odredbama (tzv. prekvalifikacija, requalification) (čl. L. 1245-1).480

U njemačkom pravu prihvaćena je fikcija da je ugovor produljen na neodređeno vrijeme ako se radni odnos nastavio, uz znanje poslodavca, nakon isteka vremena na koji je zasnovan ili nakon postizanja cilja, a poslodavac nije bez odgađanja tome prigovorio ili nije bez odgađanja obavijestio radnika o postizanju cilja (čl. 15. st. 5. TzBfG-a).481 Obavještavanjem radnika o postizanju cilja želi se zajamčiti da poslodavac, usprkos objektivno postignutom cilju, ne može po svojoj volji odgoditi prestanak radnog odnosa.482

Formulacija 'ako se radni odnos nastavio' u literaturi se tumači tako da radni odnos može nastaviti ne samo radnik koji nastavlja obavljati rad nego da to određenim postupanjima može učiniti i poslodavac (primjerice, ako nakon prestanka ugovora nastavi isplaćivati naknadu plaće radniku koji je na bolovanju, oslobodi ga prekovremenog rada i sl.). Ipak, BAG je u jednoj novijoj odluci zauzeo stajalište da je pretpostavka primjene ove norme da

---

478 Radnik bi tužbene zahtjeve mogao isticati kako tijekom trajanja nezakonito sklopljenog ugovora na određeno vrijeme, tako i u vrijeme prestanka takvog ugovora. U ovom drugom slučaju radnik bi morao tražiti da sud kao prethodno pitanje utvrdi nezakonitost sklopljenog ugovora na određeno vrijeme i da je, zbog zakonske presumpcije, riječ o prestanku ugovora na neodređeno vrijeme. Ako bi sud utvrdio da je zbog nezakonitog sklanjanja ugovora riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme, a dopuštenosti prestanka ugovora o radu morao bi odlučivati prema pravilima o dopustivosti otkaza. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 487.


480 To je moguće ako radniku nije dana isprava, ako u ugovoru nije precizno određen razlog zbog kojeg se sklapa na određeno vrijeme, ako je ugovorni odnos nastavljen nakon proteka roka na koji je ugovor zaključen itd. Prigovor radnik podnosi sudu časnih ljudi, koji odlučuje u posebnom, hitnom postupku, bez prethodnog postupka mirenja (čl. L. 1242-5).

481 Ova odredba (kao lex specialis) temelji se na odredbi čl. 625. BGB-a o prešutnom produljenju ugovora o službi („Ako odnos službe nakon proteka vremena obavljanja službe nastavi strana koja je obvezna izvršiti službu, uz znanje druge strane, smatra se da je produljen na neodređeno vrijeme, ako druga strana tome nije bez odgađanja prigovorila.“). Njezina je svrha postizanje pravne jasnoće, a pretpostavlja postojanje volje za zaključenje pravnog posla, bez obzira je li ona stvarno postoji. Činjenično stanje uz koje se vezuje čl. 15. st. 5. TzBfG-a valja razlikovati od izričitog ili konkludentnog sporazuma ugovornih strana. Odredba čl. 625. BGB-a primjenjuje se na radni odnos koji se nastavi nakon otkaza ili sporazuma o prestanku ugovora o radu. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 2057-2058 (Rn. 52-56).

482 Ibid., str. 2057 (Rn. 54).
radnik svjesno nastavlja obavljati rad, spreman dalje ispunjavati obveze iz prethodnog radnog odnosa.\textsuperscript{483}

Nastavak rada mora biti neposredno vezan uz prestanak razdoblja na koje je ugovor zaključen, a rad se ne mora obavljati na istom radnom mjestu. Znanje poslodavca uključuje i znanje osobe ovlaštene na zastupanje, a znanje se ne mora odnositи na istek vremena nego na nastavak radnog odnosa. Prigovor (\textit{Widerspruch}) bi poslodavac trebao izjaviti kratko prije isteka vremena na koje je ugovor sklopljen. Kada je riječ o nastavku ugovora čije je trajanje vremenski određeno postizanjem određenog cilja, nije dovoljan prigovor, već poslodavac mora o postizanju cilja obavijestiti radnika. Sadržaj produljenog radnog odnosa određen je u pravilu uvjetima prethodnog ugovora o radu, osim onih odredbi koje su u suprotnosti s karakterom ugovora na neodređeno vrijeme.\textsuperscript{484}

\textsuperscript{483} BAG 18.10.2006 -7 AZR 751/05. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 2059 (Rn. 65).
\textsuperscript{484} Ibid., str. 2059-2066 (Rn. 61-95).
8. OTKAZ UGOVORA O RADU

Otkaz ugovora o radu jedan je od najvažnijih načina prestanka ugovora o radu. To je konfliktni način prestanka, kod kojeg više nego kod drugih načina prestanka ugovora o radu dolazi do izražaja sukob interesa poslodavca i radnika. Do prestanka ugovora dolazi voljom samo jedne ugovorne strane. Privatnopraavna sloboda ugovaranja obuhvaća i slobodu otkazivanja ugovora. U radnome pravu ona je značajno normativno ograničena kako bi se zaštitio radnik kao slabija strana radnog odnosa. Suvremena zakonodavstva zahtijevaju postojanje opravdanog razloga za otkaz ugovora o radu koji daje poslodavac, koji može biti u osobi ili ponašanju radnika ili poslovnim potrebama poslodavca, te predviđaju postupovnopravne pretpostavke za otkaz ugovora o radu. Otkaz koji daje poslodavac mora biti krajnje sredstvo kojim se otklanja poremećaj radnog odnosa. Norme koje uređuju otkaz ugovora o radu čine središnji dio radnog ugovornog prava.

8.1. Otkaz ugovora o radu i prestanak radnog odnosa kao trajnog obveznopravnog odnosa

Prema shvaćanju u europskom kontinentalnom pravu ugovor o radu jest ugovor s trajnim izvršenjem obveza, a radni odnos trajni obveznopravni odnos. Radnik mora obavljati rad, a poslodavac isplaćivati plaću i izvršavati druge obveze toliko dugo koliko radni odnos traje. Zbog takve naravi ugovora o radu i radnog odnosa važno je poznavanje odredbi općeg obveznog prava koje uređuju prestanak trajnih obveznopravnih odnosa, posebice prestanak ugovora otkazom. Njihov sažeti prikaz po pojedinim zakonodavstvima daje se u nastavku rada.

Trajni obveznopravni odnos može biti zasnovan na određeno vrijeme, nakon čijeg proteka prestaje. Može prestati nekim kasnijim sporazumom stranaka ili jednostranim aktom jedne ugovorne strane, otkazom. Smatra se da je jednostrani raskid imanentan trajnim obveznopravnim odnosima te da ne mora biti posebno ugovoren, jer se njime, između ostalog, izbjegavaju štetne posljedice koje bi zbog promijenjenih okolnosti mogle nastati za neku od...
ugovornih strana.\textsuperscript{486} Kod najvećeg broja trajnih obveznopravnih odnosa stranke same ugovaraju pravo otkaza ugovora, a za određeni broj najvažnijih ugovora zakoni propisuju odredbe o otkazu, koje su najčešće dispozitivne naravi.\textsuperscript{487} U posebnim slučajevima zakonodavac propisuje dodatne pretpostavke valjanosti otkaza u interesu slabije ugovorne strane, kao što je to slučaj kod otkaza ugovora o radu.

Pravo otkaza trajnih ugovora, pa time i ugovora o radu, valja promatrati u svjetlu posebnosti takvih trajnih obveznopravnih odnosa, koje se očituju u posebnim obvezama stranaka. Da bi bili ispunjeni, ovi odnosi zahtijevaju postojanje suradnje stranaka, utemeljene na povjerenju. Kod dugotrajnijih veza u jačoj mjeri dolazi do izražaja dobra volja volja druge strane i potreba očuvanja sporazuma. Zato su od posebnog značenja obveza savjesnosti i poštenja, osobne obzirnosti i pažnje kod zastupanja vlastitih interesa i izvršavanja preuzetih obveza, obveze lojalnosti. U radnom pravu izražene su u obliku obveze povjerenja (njem. 	extit{Treupflicht}, engl. 	extit{duty of confidentiality}).

Kada su obveze obostranog povjerenja i trajnog sporazuma ugrožene ponašanjem jedne ugovorne strane, drugoj strani treba dati mogućnost da otkloni nastavak tog trajnog obveznopravnog odnosa otkazivanjem \textit{bez otkaznog roka} - izvanrednim otkazom. Izvanredni otkaz ugovora prihvaćen je u svim analiziranim zakonodavstvima, uz postojanje određenih razlika. \textbf{Njemački} BGB predvidio je pravo stranke na izvanredni otkaz „zbog važnog razloga“ (\textit{fristlose Kündigung aus wichtigem Grund}) kod jednog niza obveznopravnih odnosa (ugovor o službi, nalogu, ortuštву). Na toj osnovi kroz sudsku praksu razvilo se pravno stajalište da se pravni odnosi duljeg trajanja, koji zahtijevaju osobnu suradnju i sporazum (suglasnost) stranaka, u svakom trenutku mogu otkazati zbog postojanja važnog razloga.\textsuperscript{488} „Važan razlog“ postoji kada nastavak ugovornog odnosa, čak i samo do proteka redovitog otkaznog roka, nije opravdan. Postojanje važnog razloga ocjenjuje se uzimanjem u obzir vrste obveznopravnog odnosa, cjelokupnog postupanja i interesa obje ugovorne strane, dakle, razmatranjem okolnosti pojedinačnog slučaja.\textsuperscript{489} Izvanredni otkaz ugovora o radu uređen je BGB-om, a pojedina pitanja KSchG-om.

U \textbf{austrijskom} pravu dopušten je \textit{prijevremeni raskid} ugovora zbog važnog razloga (\textit{vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund, Abstehen vom Vertrag}). Pri ugovoru o radu

\begin{footnotesize}
\footnotesize
\textsuperscript{486} Obveznopravni odnos koji se ne bi mogao raskiniti neopravdano bi ograničavao slobodu djelovanja (\textit{Bewegungsfreiheit}) sudionika u prometu. Ibid., str. 29.
\textsuperscript{487} ZOO, čl. 212., opća odredba o \textit{otkazu trajnog obveznog odnosa}; čl. 211., rok u trajnom obveznom odnossu. U nedostatku općih odredbi o prestanku trajnih obveznopravnih odnosa ABGB-a u austrijskom se zakonodavstvu primjenjuju načela koja je sudska praksa stvorila analogijom, te takvi odnosi mogu prestati kako sporazumnim raskidom, tako i jednostranim pravnim poslodom. Floretta/Spielbächler/Strasser, op. cit., str. 351.
\textsuperscript{488} BGH, NJW 51, 836, cit. prema Larenz, K., op. cit., str. 32.
\textsuperscript{489} Larenz, K., op. cit., str. 29-33, 273.
\end{footnotesize}
upotrebljava se drukčija terminologija pa se govori o „otkazivanju“ od strane poslodavca (Entlassung) i „istupanju“ od strane posloprimca (Austritt). Od redovitog otkaza (Kündigung) razlikuje se po tome što se za pravovaljani prestanak radnog odnosa traži postojanje važnog razloga i što radni odnos u pravilu prestaje trenutno (mit sofortiger Wirkung). Prema smislu i obilježjima riječ je o izvanrednom otkazu ugovora (o radu).

Francusko pravo poznaje prijevremeni prestanak ugovora zbog teškog prijestupa, što vrijedi i za ugovor o radu (rupture anticipée du contrat du travail – faute grave). U slučaju kada jedna strana ugovora o radu na određeno vrijeme počini prijestup, druga strana može se obratiti sudu sa zahtjevom za sudski raskid (résolution) takvog ugovora. Judikatura je otišla korak dalje te prihvatila valjanost odluke jedne ugovorne strane da, bez obraćanja sudu, prijevremeno raskine ugovor o radu na određeno vrijeme zbog teškog prijestupa druge strane. Valja naglasiti da je u ovome slučaju riječ o prijevremenom prestanku ugovora, a ne o otkazu, čak i onda kada ugovor raskida poslodavac.

Prema hrvatskom pravu trajni obvezni odnos može se izvanredno otkazati ako su tu mogućnost stranke unaprijed ugovorile, a zakon za određeni slučaj ne naređuje što drugo (čl. 212. st. 5. ZOO-a). Obvezni odnos prenosi „samom dostavom otkaza“. „Otkaz s trenutnim učinkom“, „momentalni otkaz“ jest otkaz bez otkaznog roka i u teoriji se određuje kao sankcija za neuredno ispunjenje neke od ugovornih obveza.

Prema britanskom pravu uz otkaz ugovora o radu vezuje se pravilo da svaka ugovorna strana može otkazati ugovor o radu dajući drugoj strani primjeren otkazni rok (reasonable notice). Osnovna funkcija 'pravila o otkazu' jest dati objema stranama mogućnost izaći iz sporazuma uz niske troškove, ali i uz davanje obavijesti o završetku tog pravnog odnosa. Danas postoje dvije vrste redovitog otkaza ugovora o radu uz otkazni rok: otkaz običajnog prava (common law rightful and wrongful dismissal) i otkaz uređen zakonom (fair and unfair dismissal). Izvanrednim otkazom (summary dismissal) poslodavac može otkazati ugovor o radu bez primjene ugovorenog ili minimalnog zakonskog otkaznog roka ako je radnik prekršio ugovor neizvršenjem obveza (repudiatory breach of contract). U ovom slučaju primjenjuje se, naime, opće pravilo ugovornog prava da u slučaju kršenja ugovora

493 Doslovan prijevod bio bi „otpuštanje“, no taj termin upućuje na otpust iz službe pa se čini prikladnijim koristiti termin „otkazivanje“.

491 Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 409.


neizvršenjem ugovorna stranka koja za to nije odgovorna može raskiniti ugovor (terminate, discharge) ili potvrditi da je i dalje obvezana ugovorom (affirm the contract).

8.2. Pojmovno određenje i pravna narav otkaza ugovora o radu

Po svojoj pravnoj naravi otkaz ugovora o radu jest jednostrano očitovanje volje jedne od stranaka ugovora o radu kojim ona izražava svoju namjeru (volju) da ugovor o radu okonča, a koje očitovanje nakon što je dostavljeno drugoj stranki, dovodi do prestanka ugovora o radu. Iz ove definicije proizlaze tri bitna elementa otkaza ugovora o radu kao pravnog posla: jednostrano očitovanje volje, koje mora biti dostavljeno drugoj ugovornoj strani (einseitige empfängsbedürftige Willenserklärung) i koje ima konstitutivno djelovanje, jer dovodi do prestanka ugovora o radu.

8.2.1. Konstitutivno djelovanje otkaza

U njemačkoj i austrijskoj doktrini posebno se naglašava obilježje konstitutivnog djelovanja otkaza (Gestaltungswirkung). Otkazom se neposredno mijenja pravni položaj jedne ugovorne strane, pri čemu nije potrebna suglasnost ili neki drugi oblik sudjelovanja osobe kojoj je upućena takva izjava volje. Otkaz je ovlaštenje, ili pravo raspolaganja (Verfügung) jer se njime neposredno utječe na postojanje nekog radnog odnosa. Obilježje je otkaza da se njime radni odnos „pravno poništava“ (rechtsvernichtendes Gestaltungsrecht). To je bitni razlog nastanka brojnih normi kojima se radnik zaštićuje od otkaza. Konkretnom primjenom ovlaštenja otkazivanja zadire se u pravnu sferu druge osobe; to omogućuje da se u određenim okolnostima, čak i ignoriranjem interesa suprotne strane, izade iz pravnog položaja u koji se suprotna strana opravdano mogla pouzdati. Pravo otkazivanja nije samo po sebi prenosivo, jer je riječ o nesamostalnom pravu oblikovanja (uređivanja) odnosa; iako se s prijenosom radnog odnosa, primjerice kod prijenosa poduzeća, prenosi i pravo otkazivanja. Kao subjektivno pravo počiva na privatnoj autonomiji pa su stranke, osim u posebnim,

497 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 58 (Rn. 4).
zakonom uređenim slučajevima, slobodne odlučiti hoće li ili ne otakzati ugovor o radu (odsutnost tzv. obveze otkazivanja, *Kündigungszwang*). 498

8.2.2. Jednostrani pravni posao

Otkaz je jednostrani pravni posao, na koji se primjenjuju propisi općeg obveznog prava o očitovanju volje, poslovnoj sposobnosti, ništetnosti i dr., o čemu će biti riječ u nastavku rada.

8.2.3. Jednostrano očitovanje volje dostavljeno drugoj ugovornoj strani

Jednostrano očitovanje volje o otkazu ugovora o radu proizvodi pravne učinke od trenutka kada je strana kojoj je upućeno za njega saznala, a ako je učinjeno s obzirom na odsutnu osobu, valjano je od trenutka njegove dostave toj osobi. 499

8.2.4. Davanje otkaza uz uvjet

Otkazom ugovora o radu prestaje radni odnos. Takvo konstitutivno djelovanje otkaza na buduću sudbinu radnog odnosa nameće posebnu potrebu poštivanja pravne sigurnosti. Zbog toga u sudskoj praksi i doktrini, u pravilu, nije prihvaćeno izricanje otkaza uz neki uvjet, budući neizvjesni događaj na koji strana kojoj se otkazuje ne može utjecati, niti u njega imati uvid. Govori se o nespojivosti otkaza s uvjetom (*Bedingungseindlichkeit der Kündigung*). 500 Primjer takvog otkaza bio bi otkaz izrečen uz raskidni uvjet da do otkaza neće doći ako poduzeće dobije novog poslodavca. 501 Od ovog pravila postoje iznimke, koje se mogu svrstati u dvije grupe. Prvu čine slučajevi dopuštenog uvjetovanog otkaza, a drugu slučajevi, tzv. preventivnog otkaza.

8.2.4.1. Dopušteni otkaz uz tzv. potestativni uvjet

U sudskoj praksi i doktrini prihvaćen je kao dopušten uvjetovan otkaz dan uz tzv. potestativni uvjet (*Potestativbedingung*). 502 Riječ je o uvjetu čije nastupanje ovisi *isključivo* o volji strane koja je dobila otkaz, dakle, kada ona odmah u trenutku otkaza može odlučiti hoće li, ili ne, ispuniti uvjet. Uvjet mora biti formuliran tako da se poštuju načela jasnoće i

---

498 Više o posebnim slučajevima obveze otkazivanja ugovora o radu u njemačkom pravu, ibid., str. 58-59 (Rn. 5-8).
499 Više infra pogl. *Dostava izjave o otkazu*.
određenosti izjave o otkazu, tako da za stranu kojoj se otkazuje ne postoji nikakva nejasnoća.\textsuperscript{503}

Najvažnija vrsta uvjetovanog otkaza jest otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu. U ovome slučaju otkaz se daje uz odgodni uvjet te će njegovi učinci nastupiti ako strana kojoj se otkazuje ne prihvati izmjene ugovora o radu ponuđene istovremeno s otkazom tog ugovora.\textsuperscript{504}

Otkaz izrečen uz uvjet bit će nedopušten kada je nastupanje uvjeta neizvjesno i kada se strana kojoj se otkazuje ne prihvata takvim uvjetom stavlja u nesiguran položaj ili kada nastupanje uvjeta ovisi o ocjeni osobe koja otkazuje ili treće osobe. Nedopušteni otkaz dan pod uvjetom bit će, prema mišljenju u austrijskoj literaturi, nevaljan i ako radnik pristane na takav uvjet, o čemu je u sudskoj praksi bilo i drukčijih stajališta.\textsuperscript{505}

Ako je uvjetovani otkaz dopušten, početak tijeka otkaznog roka vezuje se uz trenutak nastupanja uvjeta. Sporna je situacija kada se strana kojoj se otkazuje ne izjasni o potestativnom uvjetu. Mišljenja su različita: neki autori smatraju da bi otkazni rok trebao početi teći od trenutka kada se od strane kojoj se otkazuje mogla zahtijevati odluka o postavljenom uvjetu, čemu se upućuje kritika pravne nesigurnosti koju takav stav stvara, do stajališta da bi strani koja otkazuje trebalo dopustiti da izrekne novi, neuvjetovani otkaz.\textsuperscript{506}

8.2.4.2. „Preventivni“ otkaz


Preventivni otkaz obuhvaća i slučaj kada bi ranije izjavljeni otkaz trebao biti proglašen pravno nevaljanim. Naime, preventivni se otkaz može pokazati svrhovitim kada se nakon već danog otkaza pojavе neke nove činjenice relevantne za otkaz. U praksi se često poseže za ovom vrstom otkaza u slučaju kada postoji sumnja je li u postupku otkazivanja u potpunosti


\textsuperscript{504} Više infra pogl. o otkazu s ponudom izmijenjenog ugovora o radu.

\textsuperscript{505} Primjer bi bio otkaz izrečen uz uvjet da radnik ne smije u određenom razdoblju poboljšati svoj rad ili da ne smije sklapati nove naloge, jer u ovom slučaju radnik ne može utvrditi hoće li i kada biti otpušten. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 60 (Rn. 15).

\textsuperscript{506} VwGH 1964 Arb 8007 Wahlvorstand. Cit. prema Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 367.

\textsuperscript{507} Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 61 (Rn. 16).
poštovana obveza sudjelovanja radničkog vijeća. Preventivni se otkaz može izreći uz uvjet da prvi otkaz nije u skladu s propisanim obvezama u vezi sa sudjelovanjem radničkog vijeća.508

U austrijskoj sudskoj praksi prihvaćen je otkaz dan pod uvjetom ako o okolnosti koja treba nastupiti unutar otkaznog roka, ovisi hoće li radni odnos nakon proteka otkaznog roka prestati ili će se nastaviti. Takav preventivni otkaz dopušten je ako radni odnos još nije prestao, ali pritom nije isključena niti mogućnost otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora.509

8.3. Predmet otkaza

Što je predmet otkaza? Iz zakonskih odredbi austrijskog, njemačkog i slovenskog prava koje uređuju otkaz ugovora o radu proizlazi da je predmet otkaza radni odnos u cjelini.510 U teoriji i judikaturi vlada mišljenje da se otkaz ne može odnosit na dio radnog odnosa, što znači da ne može biti ograničen na pojedine uvjete rada, kao što je godišnji odmor, ili radno vrijeme.511 Mogućnost takvog, tzv., djelomičnog otkaza (Teilkündigung) ne nalazimo niti u drugim zakonodavstvima.

Moguće je da stranke ugovora o radu ugovore otkazivanje pojedinih ugovornih odredbi, koje će automatski biti zamijenjene odredbama zakona ili kolektivnog ugovora. Sudska praksa i teorija suglasne su da ovdje nije riječ o otkazu, već obostrano ugovorenom pridržaju prava opoziva ugovora (beiderseitig vereinbarter Widerrufsvorbehalt).512 Takav opoziv dopušten je ako se njime ne zaobilaze zaštitne odredbe o otkazu.513

Ukoliko ugovor ne sadrži posebne odredbe o opozivu, ona ugovorna strana koja želi jednostrano izmijeniti neku odredbu ugovora ima na raspolaganju institut otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora (Änderungskündigung), koji uključuje izmjenu ugovora u cijelosti.515

508 Ibid., str. 61 (Rn. 17).
510 Čl. 1158. i 1159.a, b, c ABGB-a; čl. 622. i 626. BGB-a; čl. 80. st. 3. ZDR-a.
513 Pravo pozivanja na pridržaj prava opoziva oslanja se na čl. 315. BGB-a (Pravo jednostranog određivanja činidbe), prema kojem se u slučaju dvojbe činidba određuje na temelju pravičnosti. Dütt, W., op. cit., str. 143.
514 O zaobilaženju prava može se govoriti kada se pridržaj prava opoziva odnosi na bitne elemente ugovora, čija bi jednostrana izmjena vodila do „bitnog narušavanja ravnoteže činidbe i protučinidbe“ (grundlegende Störung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung). Dütt, W., op. cit., str. 143.
515 Zöllner/Loritz, op. cit., str. 275 i d. Prema stajalištu u austrijskoj doktrini otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu koji uvjetuje radni odnos u cijelosti postoji kada ugovorna strana nije zadovoljna s promjenom jednog dijela ugovora, dok je svrha djelomičnog otkaza (opoziva neke odredbe, op. a.) neuvjetovana jednostrana izmjena ugovora o radu, a ugovorna strana treba se pridržavati izmijenjenih uvjeta. Uglavlici kojima radnik u značajnom opsegu prepušta drugoj ugovornoj strani određenje visine plaće ili drugih bitnih uvjeta rada smatraju se protivnima moralu (sittenwidrig). Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 368.
8.4. Oblik otkaza


Svrha koju pisani oblik otkaza ugovora o radu ima prije svega je upozoravajuća (Warnfunktion). Njome se želi spriječiti ugovorne strane da nepromišlje no okončaju radni odnos. Zbog toga se u njemačkom pravu posebno ističe kako otkaz dan u elektronskom obliku nije prihvatljiv jer njime još uvijek nije moguće postići onu upozoravajuću funkciju koju ima pisana forma, pa se ovaj oblik ne izjednačava s pisanim, a otkaz dan na ovaj način nije valjan. Pisanim oblikom želi se postići i jasnoća (Klarstellung) izrečene volje. Ne manje važna jest i dokazna funkcija (Beweisfunktion) forme, jer se otkaz izjavljen u pisanom obliku može vjerodostojno dokazati. Time se jamči veća pravna sigurnost, sudovi rasterećuju od pravnih sporova o postojanju otkaza u konkretnom slučaju te olakšava pribavljanje dokaza.

Obveza pisane forme otkaza ugovora o radu, propisana zakonom ili utvrđena ugovorom, istovremeno je i pretpostavka valjanosti otkaza (Wirksamkeitserfordernis). Ako je riječ o zakonskoj pisanoj formi, ona je uvjet valjanosti samo onih stranačkih pogodbi koje se odnose na prestanak ugovora o radu, a ne i uvjet valjanosti drugih ugovornih sporazuma.

Posljedica nepoštivanja zakonom propisanog oblika jest ništetnost otkaza. Propisana obvezna pisana forma odnosi se na sve oblike otkaza, redoviti i izvanredni, otkaz koji daje poslodavac i otkaz koji daje radnik.

U austrijskom pravu za valjanost otkaza ne traži se, u pravilu, određena forma, što znači da može biti izjavljen izričito (ausdrücklich) u usmenom ili pisanom obliku, i/ili konkludentnim radnjama (čl. 863. ABGB-a). Obvezni pisani oblik otkaza propisuje

---

517 U građansko-pravnoj teoriji smatra se da je pravni posao zaključen u pisanoj formi kada su stranačka očitovanja volje dana pomoću pisanih riječi. Ibid., str. 126.
518 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1381 (Rn. 2).
519 Ibid., str. 1381 (Rn. 1).
520 Ibid., str. 1381-1382 (Rn. 3).
521 Dovoljno je ako primatelj otkaza, prema objektivnoj ocjeni, može bez sumnje prepoznati volju druge strane da se radni odnos okonča u određenom trenutku. Prema stajalištu sudske prakse nije potrebno navođenje otkaznog roka ili datuma otkaza. Ipak, nije dovoljna odjava iz kase bolesničkog osiguranja, jer o njoj nije saznao
određeni broj posebnih zakona, a može biti utvrđen kolektivnim ugovorima ili pojedinačnim ugovorima o radu. Na taj se način dijelom otklanja pravna nesigurnost koju stvara takva 'sloboda oblika'.

Slovenski ZDR propisuje obvezan pisani oblik za redoviti i izvanredni otkaz ugovora o radu (čl. 86. st. 1.), a hrvatski ZR za sve vrste otkaza, kao i za obrazloženje razloga otkaza (čl. 112. st. 1 i 2). U francuskom pravu svaki otkaz mora biti izjavljen preporučenim pismom s potvrdom o primitku (lettre recommandée avec d'avis de réception, čl. L. 122-14-1 CT-a). Prema britanskom zakonu ERA (1996.) (čl. 92) radnik je ovlašten dobiti od poslodavca obrazloženje otkaza u pisanom obliku. U njemačkom pravu svaki otkaz mora biti izjavljen preporučenim pismom s potvrdom o primitku (lettre recommandée avec d'avis de réception, čl. L. 122-14-1 CT-a).

522

8.4.1. Pisani oblik kao pretpostavka valjanosti otkaza ugovora o radu

Zbog kogentne naravi zakonskih pravila o pisanom obliku otkaza ugovora o radu pisana forma predstavlja konstitutivnu pretpostavku valjanosti otkaza (forma ad solemnitatem, konstitutives Wirksamkeitserfordernis). Propisana forma ne može se izbjeći stranačkim sporazumom ili odredbama nekog drugog autonomnog akta, primjerice sporazumom između poslodavca i radničkog vijeća ili kolektivnim ugovorom. Prema stajalištu u njemačkoj literaturi, u skladu s načelom stranačke autonomije stranke mogu ugovoriti ili propisati (kolektivnim ugovorom, sporazumom između poslodavca i radničkog vijeća) posebnu formu u kojoj treba izreći otkaz ugovora o radu, koja je složenija od zakonom propisanog pisanog oblika.

Na elemente pisanog oblika otkaza ugovora o radu koji nisu uređeni zakonom o radu, primjenjuju se obavijesti druge strane. Otvoreno pretpostavlja se pravno pravilo ovlaštenja dobiti otkaz u pisanom obliku ali ne je potvrđeno u pravnim aktima.

zoo-u ugovor se smatra

522 Zakon o ugovornim državnim namještenicima, Zakon o glumcima, Zakon o namještenicima u po ljoprivredi.

523 Obvezni pisani oblik uveden je tek 2001. g. Člankom 2. Zakona o pojednostavljenju i ubrzanju postupaka pred radnim sudovima u BGB je unesena odredba čl. 623 o pisanoj formi otkaza ugovora o radu, a kasnijim zakonom ukinuta mogućnost iz čl. 126. st. 3. BGB-a da pisan oblik bude zamijenjen elektronskim.


526 Izuzetak su formularni ugovori o radu (Formulararbeitsverträgen), koji podlijezu zakonskoj kontroli sadržaja (čl. 310. st. 4. BGB). Stranke takvih ugovora ne mogu ugovoriti strožu formu otkaza ugovora o radu, iako nisu uređeni zakonom propisanu pisano formu, ali neke dodatne pretpostavke dostave otkaza. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1385 (Rn. 11). Zahtjev posebne strožu formu otkaza ugovora o radu koji je poslodavac jednostrano utvrdio za otkaz od strane radnika nije valjan (BAG v. 6.9.1989 AP BGB § 622 Nr. 27).
zaključenim onoga trenutka kada ispravu vlastoručno potpišu ugovorne strane ili kada ugovoratelj koji ne zna ili ne može pisati, na ispravu stavi rukoznak ovjeren od javnog bilježnika (čl. 292. st. 1. i 2.; slično njemački BGB, čl. 126. st. 1.). Nije predviđen, ali ni isključen, elektronički oblik izjave o otkazu. Prema stajalištu u literaturi elektronički dopis te dopis faksom ne ispunjavaju propisani oblik jer takvi dopisi ne predstavljaju izvornik odluke o otkazu koju je potpisao poslodavac.527

U nastavku se analiziraju najvažniji elementi pisanog oblika otkaza ugovora o radu: isprava koja sadrži izjavu o otkazu, potpis te sadržaj pisane obavijesti o otkazu.

8.4.1.1. Isprava koja sadrži izjavu o otkazu

Za razliku od općeg pravila obveznog prava, koje ne zahtijeva jedinstvenost isprave o pravnom poslu,528 kod otkaza ugovora o radu prihvaćeno je pravilo da izjava o otkazu mora biti dana u jednoj ispravi (tzv. cjelovitost isprave, die Einheitlichkeit der Urkunde).529 Tekst isprave ne mora biti napisan vlastoručno, već se može pisati pisaćim strojem, računalom ili drugim tehničkim sredstvom.530 U ispravi nije potrebno navoditi mjesto i vrijeme izdavanja.531 Njemački BAG prihvatio je stajalište da zahtjev pisane forme ne znači da izjava o otkazu mora biti dana na jeziku osobe kojoj je upućen i da toj izjavi mora biti priložen prijevod.532

8.4.1.2. Potpis

Za potpis otkaza vrijedi pravilo obveznog prava da se sve što je iznad potpisa smatra sastavnim dijelom isprave.533 Potpis bi trebao biti potpun, tj. sadržavati ime i prezime potpisnika, ili takav da omogućava identifikaciju osobe koja ga je stavila (npr. samo prezime...

---

528 Usp. čl. 127. BGB-a, čl. 292. st. 4. ZOO-a: Zahtjev pisanog oblika ispunjen je ako strane razmijene pisma ili se sporazume drugim sredstvom koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i identitet davatelja izjave.528
529 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1385 (Rn. 13).
530 Gorenc, V., Komentar ZOO, op. cit., str. 417.
531 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1385 (Rn. 13).
ili ime). Potpis treba biti vlastoručan. Upotreba pečata, pisaće mašine, faksimila ili drugih mehaničkih pomoćnih sredstava za stavljanje potpisa u izjavi o otkazu nije dopuštena. Kako u njemačkom pravu zakonom nije dopušteno korištenje elektronskog oblika izjave o otkazu, to uključuje i nedopustivost korištenja elektronskog potpisa u e-mailu (digital signierte E-mail). Judikatura je isto pravilo primijenila za izjavu o otkazu, gdje je potpis učitan pomoću skenera (eingescannter Unterschrift).

U praksi se javlja pitanje valjanosti izjava o otkazu dane u telegramu. Prema stajalištu njemačke sudske prakse ona ne ispunjava zahtjev pisane forme jer na telegramu nedostaje vlastoručni potpis pošiljatelja telegraama. Isto vrijedi i za telefax jer je primjerak koji dobije primatelj samo kopija originala koji ostaje kod pošiljatelja, a nedostaje i vlastoručni potpis. Ovakvom praksom postrožen je zahtjev ugovorene pisane forme, iz čl. 127. BGB-a, prema kojem je telegram prihvaćen kao valjana forma, ako ne treba pretpostaviti drukčiju volju.
stranaka. Iako i prema hrvatskom ZOO-u izjava dana telegramom ispunjava zahtjev pisanog oblika, jer predstavlja sredstvo sporazumijevanja „koje omogućuje da se sa sigurnošću utvrde sadržaj i identitet davatelja izjave“ (čl. 292. st. 4.), smatramo da je stajalište njemačke sudske prakse o nedopuštenosti telegraama kao načina obavijesti ili isprave o otkazu prihvatljivo, prije svega, zbog razloga pravne sigurnosti.

8.4.1.3. Sadržaj pisane obavijesti o otkazu

Jedno od temeljnih pitanja vezanih uz sadržaj pisane obavijesti o otkazu jest ono o obveznim elementima koje mora sadržavati, odnosno valjanosti nepotpune obavijesti. Analiza pokazuje da neki elementi sadržaja mogu biti propisani zakonom, dok je obveznost drugih utvrđena u sudskoj praksi i doktrini.

*Razlozi za otkaz* čine obvezni dio sadržaja pisane obavijesti o otkazu ako je propisana obveza obrazloženja otkaza u pisanom obliku. Primjer za to jest *hrvatsko* pravo, u kojem je ZR-om izričito propisana obveza poslodavca da u pisanom obliku obrazloži otkaz (čl. 112. st. 2.). Za razliku od toga, u *njemačkom* pravu ne postoji opća obveza pisane obavijesti o otkazu ugovora o radu (*Angabe des Kündigungsgrundes*). Obveza pisanog obrazloženja postoji samo u slučajevima propisanim posebnim zakonima 544 te kod izvanrednog otkaza ugovora o radu zbog važnog razloga, kada je strana koja otkazuje obvezna neodgođivo dati pisano obrazloženje, ali samo ako je to zatražila strana kojoj se otkazuje (čl. 626. BGB-a).

O pitanju valjanosti otkaza kod kojega je poslodavac zaboravio navesti trajanje *otkaznog roka* nalazimo stajališta sudskih praksi. U *austrijskoj* i *njemačkoj* judikaturi prihvaćeno je da propust navođenja u obavijesti o otkazu otkaznog roka ili datumu kada zbog otkaza dolazi do prestanka radnog odnosa (*Kündigungstermin*), ne utječe na valjanost otkaza. Time nije povrijeđena obveza jasnoće otkaza, a otkaz je valjan i u dvojbi proizvodi učinak od sljedećeg primjerenog trenutka, koji se može odrediti s obzirom na trenutak dostave i zakonski ili ugovoreni otkazni rok. 545 Slično stajalište postoji i u *hrvatskoj* sudskoj praksi. Prema mišljenju Vrhovnog suda RH okolnost što poslodavac prilikom otkazivanja nije naznačio otkazni rok, ne čini otkaz nedopuštenim. 546 Radnik bi odluku o otkazu morao pobijati samo u dijelu koji se odnosi na otkazni rok, tražeći utvrđenje da odluka u tom dijelu

---

544 Obveza pisanog obrazloženja vrijedi za odnos profesionalnog obrazovanja (čl. 22. st. 3. BBiG-a) te otkaz ženi za vrijeme korištenja s usnjeza zaštitne majčinstva (čl. 9. st. 3. MuSchG-a).
545 Richardi/Annul, op. cit., str. 1231, 1233; Oetker, Hartmut, u: Staudinger, BGB (Kommentar), Rn. 52, (beck-online, 22.5.2009.); Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 367.
nije dopuštena i da je kod poslodavca bio u radnom odnosu do određenog datuma za koji smatra da je u skladu sa zakonom ili ugovorom utvrdjenim otkaznim rokovima.\(^{547}\)

U njemačkoj praksi postavilo se pitanje uključuje li zahtjev pisane forme i obvezu navođenja o kojoj je \textit{vrsti otkaza} riječ, redovitom ili izvanrednom. Iz odluka Saveznog vrhovnog suda i Saveznog radnog suda može se izvesti zaključak da je valjan onaj otkaz kod kojega strana kojoj se otkazuje ugovor o radu može nedvojbeno prepoznati materijalnoprawnu izjavu volje o otkazu.\(^{548}\)

Zahtjev pisane forme vrijedi i za \textit{otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu}. Osim otkaza, u pisanom obliku mora biti i ponuda izmijenjenog ugovora jer je ovdje riječ o jedinstvenom stanju, u činjeničnom i pravnom smislu, sastavljenom od dvije izjave volje.\(^{549}\)

Nasuprot tome, radnikov prihvat ponuđene izmjene ugovora ne podliježe zahtjevu obvezne forme jer se prihvat ne smatra dijelom otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu.\(^{550}\)

8.4.1.4. Posljedice nepostojanja propisanog pisanog oblika otkaza ugovora o radu

Otkaz koji nije dan u zakonom propisanom pisanom obliku ništetan je jer je zakonom propisani oblik pravnog posla pretpostavka njegove valjanosti.\(^{551}\) Takav otkaz ne može konvalidirati. Poslodavac koji želi otkazati ugovor o radu istom radniku zbog istih razloga mora radniku dati novi otkaz, pridržavajući se pretpostavki valjanosti takvog otkaza i propisanih otkaznih rokova. U \textbf{njemačkom} pravu smatra se da radni odnos radnika kojemu je poslodavac otkazao ne pridržavajući se zakonom propisane forme otkaza, nastavlja postojati i traje u neizmijenjenom obliku.\(^{552}\) Valja istaknuti da je radniku zajamčeno važno pravo u vezi s traženjem sudske zaštite protiv takvog otkaza, jer otkaz može pobijati zbog nepostojanja

---

\(^{547}\) U literaturi se upozorava na tužbeni zahtjev radnika koji, zbog nezakonitosti otkaznog roka utvrđenog u odluci, pobija tu odluku u cijelosti. Postoji mišljenje da bi sud u tom slučaju trebao: 1. odbiti radnika s tužbenim zahtjevom za utvrđenje nezakonitog otkaza, jer nezakonita odluka o otkaznom roku ne čini nezakonitim odluku u cijelini; 2. donijeti deklaratornu odluku o točnom datumu prestanka ugovora o radu, u skladu s pravilima o računanju otkaznog roka. Sud time ne bi prekoračio tužbeni zahtjev, jer radnik koji traži utvrđenje nedopuštenosti odluke o otkazu time traži i utvrđenje nedopuštenosti jednog njezina dijela. Milković, D., \textit{Oblik, obrazloženje i dostava otkaza}, op. cit., str. 125-126.


\(^{550}\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1388 (Rn. 23).

\(^{551}\) Usp. čl. 290 ZOO („nema pravni učinak“). Za tumačenje vidi Gorenc, V., \textit{Komentar ZOO}, str. 413.

\(^{552}\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 1390 (Rn. 36).
valjanog oblika bez ograničenja općim zakonskim rokom za podnošenje tužbe protiv otkaza.\textsuperscript{553}

I u hrvatskom pravu otkaz koji nije dan u pisanom obliku, ništetan je. Ipak, u vezi s pravnim učincima nedostatka pisane forme i pravima radnika postoji značajna pravna nesigurnost, na koju ukazujemo u nastavku rada.

8.4.2. Usmeni oblik otkaza ugovora o radu


U njemačkom pravu, u kojem je danas prihvaćen obvezni pisani oblik otkaza, o valjanosti otkaza danog konkludentnim radnjama raspravlja se u kontekstu poduzimanja procesnih radnji stranaka u nekom pravnom sporu. Sudovi prihvaćaju valjanost konkludentno danog otkaza ako takvo 'prešutno ponašanje' ispunjava zahtjev forme. Ovo konkretno znači da zahtjev stranke u nekom pravnom sporu, dan u pisanom obliku, može predstavljati otkaz kada druga stranka iz toga može zaključiti o postojanju volje da se ugovor otkaze. To je ostvareno kada strana koja otkazuje ili njegov punomoćnik vlastoručno potpiše kopiju isprave za primatelja otkaza.\textsuperscript{554}

Iz kogentne odredbe ZR-a (čl. 112. st. 1.) o obveznom pisanom obliku otkaza ugovora o radu proizlazi da je otkaz dan usmeno nevaljan. Ovo pravilo potvrđeno je stajalištem sudskih praksi da takav otkaz nema pravni učinak.\textsuperscript{555} Otkaz se smatra nevažećim, odnosno nepostojecim. To vrijedi za sve vrste otkaza, pa i za otkaz ugovora s ugovorenim probnim rokom.\textsuperscript{556}

U praksi se usmeni otkaz kojim poslodavac (posebice mali) otkazuje ugovor o radu često događa kao kombinacija konkludentnih radnji, kao što je predaja zaključene radne knjižice, i izgovorenih riječi da radnik više nije potreban te da ne treba dolaziti na posao. Poslodavac koji, uz to, zabranjuje, odnosno onemogućava radnika da dolazi raditi, uskraćuje

\textsuperscript{553} Rok od tri tjedna za podnošenje tužbe radi pobijanja (pisanoj) otkaza, kojom se zahtijeva utvrđenje da radni odnos nije prestao otkazom; teče od trenutka primitka pisanog otkaza (čl. 4. KSchG-a).


mu rad, kršći time svoju obvezu da radniku dâde posao, utvrđenu čl. 5. ZR-a.557 Zbog odsutnosti potrebne forme riječ je o nezakonitom otkazu, pa radnik kojemu je otkazan ugovor o radu često i sâm smatra takav otkaz nevaljanim te propušta zahtijevati zaštitu povrjeđenih prava u zakonskim rokovima. U vezi s time postavilo se pitanje nastupa li zbog toga prekluzija prava na sudsku zaštitu. Kako bi otklonio dvojbe koje je ovo pitanje izazivalo u praksi sudova, Građanski odjel Vrhovnog suda RH zauzeo je stajalište da će radnik koji nije podnio zahtjev za zaštitu prava zbog otkaza koji nema propisani oblik biti prekludiran u pravu na sudsku zaštitu.558 Prema stajalištu doktrine, radnik koji pobija usmeni otkaz u sudskom bi postupku trebao tražiti kondemnatornu zaštitu zahtijevajući da se poslodavca obveže da ga vrati na rad i omoguću mu daljnji rad, a ne deklaratornu zaštitu, odnosno utvrđivanje ništetnosti otkaza, jer je usmeni otkaz nevaljanim.559

Smatramo da sudska praksa o pravu radnika na sudsku zaštitu u slučaju usmenog otkaza ugovora o radu stvara pravnu nesigurnost i radnika lišava zaštite koju mu jamče norme radnog i obveznog prava. Usmeni otkaz ništetan je pravni posao jer ne udovoljava zahtjevu zakonske pisane forme. Kao ništetan pravni posao ne proizvodi pravne učinke, što znači da radni odnos koji se želi okončati takvim otkazom nije prestao. Iste argumente nalazimo i u njemačkoj doktrini. S druge strane, judikatura prekludira radnika koji protiv takvog, „nepostojecéeg“, otkaza nije zahtijevaо zaštitu od poslodavca, u pravu na sudsku zaštitu, negirajući time učinke ništetnosti takvog otkaza. Predlažemo da se, zbog razloga pravne sigurnosti i poštivanja prava, u ZR (čl. 121. de lege ferenda) unesi izričita odredba o nedopuštenosti usmenog otkaza i pravu radnika da zaštitu povrjeđenog prava pred nadležnim sudom (zbog nepostojanja zakonom propisane forme otkaza) zahtijeva bez obveze prethodnog obraćanja zahtjevom za zaštitu prava poslodavcu. Odredba može glasiti: Otkaz koji nije dan u pisanom obliku nije valjan, a radni odnos est prestaje. Radnik kojemu je izjavljen takav otkaz može tražiti sudsku zaštitu povrjeđenog prava pred sudom bez ograničenja rokom i bez obveze prethodnog obraćanja zahtjevom za zaštitu prava poslodavcu.

8.4.3. Obavijest o otkazu u obliku javnobilježničke isprave

Izjava o otkazu ugovora o radu može biti dana i u obliku javnobilježničke isprave. U njemačkom je pravu ovaj oblik izjednačen s pisanim oblikom isprave (čl. 126. st. 4. BGB-a).

558 Milković, D., Oblik, obrazloženje i dostava otkaza, op. cit., str. 101,
Snagu javnobilježničke isprave ima i uzimanje izjava na zapisnik prilikom sudske nagodbe stranaka, u skladu s procesnim pravilima (čl. 127.a BGB-a).

8.5. Obilježja izjave o otkazu i obrazloženje otkaznih razloga

8.5.1. Određenost i jasnoća

Zbog presudnog značenja što ga ima za stranu kojoj se otkazuje, otkaz mora biti izjavljen tako da njegov karakter i sadržaj budu dovoljno određeni i jasni te da druga strana ne posumnja u njegovu valjanost. Ovo pravilo vrijedi i u slučaju nepostojanja zakonom propisane forme otkaza ili neformalnog otkaza. U praksi je zbog toga bilo potrebno stvoriti kriterije za ocjenjivanje je li u konkretnom slučaju izjavljen upravo otkaz ugovora o radu ili je jedna od ugovornih strana mislila nešto drugo.

U austrijskom pravu otkaz je neformalan, a prema stajalištu OGH dovoljno je da, prema objektivnoj ocjeni, strana kojoj je otkaz upućen iz učinjenog očitovanja nedvojbeno može prepoznati volju da radni odnos treba prestati određenog datuma. U njemačkoj judikaturi kriterij za procjenu također je stajalište ugovorne strane kojoj je otkaz upućen, a ne one koja otkazuje. Ocenjuje se na koji je način primatelj otkaza morao razumjeti danu izjavu o otkazu, procjenjujući sve okolnosti koje su mu bile poznate, prema načelu savjesnosti i poštenja i uzimajući u obzir običaje u prometu.

Valjanost otkaza ovisi, dakle, o sadržaju izjave volje da se ugovor o radu raskine. Ako učinjeno očitovanje nije dovoljno određeno i jasno, treba ga protumačiti u skladu s općim pravilima o tumačenju izjava volje. U austrijskom, njemačkom, hrvatskom i slovenskom pravu kod tumačenja izjavljene volje relevantna je „stvarna“ volja ugovorne strane, a ne ono što je ona doslovno izjavila. Volja koju je strana „pridržala“ za sebe (unutrašnja volja) ne uzima se u obzir. Jasnoća oko valjanosti ugovora može se postići i prihvatom otkaza od strane onoga kome se otkaz izjavljuje.

Zahtjev određenosti i jasnoće odnosi se i na naznaku vrste otkaza, odnosno postojanja ili nepostojanja otkaznih rokova u izjavi o otkazu. No, kao što je spomenuto, propust da se u izjavi navede vrsta otkaza ipak neće utjecati na valjanost otkaza. Prema njemačkoj praksi smatrati će se da je izrečena ona vrsta otkaza koja je povoljnija za radnika. Ako je volja da se

---

561 BAG 15.3.1991 AP NR. 2 zu § 47 BBiG. Busemann/Schäfer, op. cit., str. 64.
562 Ipak, prema njemačkoj sudskoj praksi, ako je primatelj otkaza mogao objektivno prepoznati volju strane koja ugovor otkazuje da okreće radni odnos, nedostaci očitovanja volje ne smatraju se relevantnima. BAG 3.11.1955, AP Nr. 5 zu § 626 BGB. cit. prema Busemann/Schäfer, op. cit., str. 57.
563 Opširnije Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 62 (Rn. 20).
otkaže izražena na jasan i jednoznačan način, ali nije jasan trenutak kada se otkazuje, smatrat će se da je riječ o redovitom otkazu, jer je to povoljnije za osobu kojoj je otkazano.\textsuperscript{564}

8.5.2. Obrazloženje otkaza i naknadno iznošenje razloga otkaza

Izjava o otkazu može sadržavati obrazloženje otkaza. Obveza navođenja otkaznih razloga može teretiti obje ugovorne strane. Svrha koja se propisivanjem obveze obrazloženja otkaza želi postići jest zaštita radnika od otkazivanja i šikaniranja\textsuperscript{565} te „mogućnosti kasnije sudске provjere dopuštenosti otkaza“.\textsuperscript{566} Obveza navođenja razloga otkaza može biti propisana općim zakonom (Hrvatska, Slovenija), posebnim zakonom (Njemačka) ili predviđena kolektivnim ugovorom (Njemačka). Postojanje obveze obrazloženja otkaza otvara i pitanje valjanosti otkaza koji nije obrazložen, kao i pitanje dopuštenosti naknadnog iznošenja otkaznih razloga.

8.5.2.1. Obveza obrazloženja otkaza

U \textbf{njemačkom} pravu strana koja otkazuje ugovor o radu, u pravilu, nije obvezna pri očitovanju volje navesti i razlog otkaza, čime se postupak otkazivanja značajno pojednostavljuje. Takav će otkaz biti u potpunosti valjan. Ipak, postoje značajni izuzeci od ovog pravila, utvrđeni zakonom\textsuperscript{567} te prihvaćeni u judikaturi i doktrini.

Obveza obrazloženja postoji kod izvanrednog otkaza ugovora o radu. Ovdje vrijedi opće pravilo obveznog prava da strana koja otkazuje mora, na traženje druge ugovorne strane, u pisanom obliku neodgodivo priopćiti razloge za otkaz (čl. 626. st. 2. al. 3. BGB-a). To omogućava drugoj ugovornoj strani da sazna postoje li važni razlozi koji opravdavaju izvanredno otkazivanje ugovora. No skrivljeno propuštanje obveze obrazloženja ne dovodi do nevaljanosti izvanrednog otkaza ugovora o radu, nego samo do obveze naknade štete\textsuperscript{568} zbog povrede tzv. sporedne ugovorne obveze.\textsuperscript{569}

\textsuperscript{564} Prema ustaljenoj praksi BAG-a obavijest poslodavca da ne želi produžiti ugovor o radu zaključen na određeno vrijeme ne smatra se izjavom o otkazu. ibid., str. 62 (Rn. 20, 22).
\textsuperscript{565} Milković, D., Oblik, obrazloženje i dostava otkaza, op. cit., str. 102.
\textsuperscript{566} Gović, Iris, Otkaz ugovora o radu i privremeno vraćanje radnika na posao u parničnom postupku, u: Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa, Zagreb, Inženjerski biro, 2002., str. 146.
\textsuperscript{567} Obveza obrazloženja otkaza ugovora o profesionalnom obrazovanju (Berufsautbildungsvertrag), ili otkaza ženi za vrijeme dok koristi prava s osnove zaštite mačinštva.
\textsuperscript{568} Pravom na odsluženi zahtjev jamči se uspostavljanje stanja u kojem bi strana kojoj je otkazano bila da je pravovremeno saznala za razloge otkaza, dakle naknada troškova koje je imala jer joj razlozi otkaza nisu priopćeni na vrijeme (npr. troškovi sudskog postupka).
\textsuperscript{569} Ovakvo stajalište preispitivao je i potvrdio i zakonodavac, odnosno Odbor za rad njemačkog Bundesrata. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 63 (Rn. 25).
Za razliku od izvanrednog otkaza, za redoviti otkaz ugovora o radu BGB-om, ni KSchG-om nije propisana obveza navođenja razloga otkaza.\(^{570}\)

Ipak u doktrini se smatra da radnik kojemu je otkazan ugovor o radu, ipak ima pravo zahtijevati od poslodavca da mu priopći razloge otkaz. Riječ je o obvezopravnom zahtjevu kojeg valja razlikovati od pitanja nevaljanosti otkaza danog bez obrazloženja. Kod izvanrednog otkaza zahtjev radnika slijedi, kako je ranije navedeno, neposredno iz odredbe čl. 626. st. 2. al. 3. BGB-a. Kod redovitog otkaza (uređenog čl. 1. KSchG-a) ne postoji zakonski temelj takvog zahtjeva, već ga doktrina izvodi iz sporedne ugovorne obveze, prema načelu savjesnosti i poštjenja. Vladajuće je mišljenje da se odredba čl. 626 st. 2. al. 3. BGB-a može primijeniti analogijom, jer i radnik koji uživa opću zaštitu od otkaza na temelju odredbi KSchG-a ima značajan i hitan interes saznati razloge otkaza kako bi mogao procijeniti svoje šanse u sudskom postupku.\(^{571}\)

Pitanje obveze obrazloženja otkaza može se promatrati i sa stajališta posebnih ugovornih uglavaka o obliku pravnog posla. Prema njemačkom pravu obveza obrazloženja otkaza predstavljačet pretpostavku valjanosti otkaza ako kolektivni ugovor ili sporazum između poslodavca i radničkog vijeća sadrži, tzv., klauzulu o kvalificiranoj formi (qualifizierte Schriftformklausel), kojom je obuhvaćena i obveza obrazloženja otkaza.\(^{572}\) Ako kolektivni ugovor propisuje pisani oblik obrazloženja otkaza, smatra se da je riječ o posebnoj pretpostavci valjanosti otkaza, pa je u slučaju nedostatka propisane forme otkaz, u skladu s čl. 125. st. 1. BGB-a ništetan.\(^{573}\) Ako je posebna forma utvrđena ugovorom o radu, primjenjuje se čl. 125. st. 2. BGB-a. Akonističnosti pravnog posla zbog nedostatka ugovorene forme.

**Njemačka** sudskaja praksa bavila se spomenutom spornim pitanjem koliko opsežno treba biti obrazloženje o kojem ovisi valjanost otkaza te je li dopuštěno naknadno iznošenje razloga. Budući da obrazloženje otkaza u načelu nije pretpostavka njegove valjanosti, prihvaćeno je da strana koja otkazuje može otkaz utemeljiti na svim razlozima koji su već postoјali u trenutku izjavljanja volje o otkazu, bez obzira na to jesu li joj u tom trenutku bili poznati ili nisu.\(^{574}\) Obveza iznošenja razloga otkaza ne predstavlja, dakle, materijalopravnu

\(^{570}\) Razmatrajući potrebu uvođenja, kroz sudsku praksu, opće obveze obrazloženja otkaza BAG je upozorio da bi uvođenje takve obveze otvorilo brojna sporna pitanja, kao što je primjerice opsežnost obrazloženja. Kao jedan od razloga zbog kojeg valja zadržati valjanost otkaza danog bez obrazloženja, kada ne postoji izričita zakonska obveza da se to učini, doktrina i judikatura ističu interes pravne sigurnosti. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 98-99 (Rn. 132); Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 63 (Rn. 24).

\(^{571}\) Takav zahtjev odnosi se, kao i kod izvanrednog otkaza, na obrazloženje otkaza u pisanom obliku. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 64 (Rn. 26). Isto, Zöllner/Loritz, op. cit., str. 277.

\(^{572}\) Ova klauzula nije protivna odredbi o obveznom pisanom obliku otkaza ugovora o radu, iz čl. 623. BGB-a.

\(^{573}\) BAG 25.8.1977 AP BMT-G II § 54 Nr. 1; 25.11.1976 AP BBiG § 15 Nr. 4. Cit. prema Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 64 (Rn. 28).

\(^{574}\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 65 (Rn. 30).

Posebno pitanje odnosi se na mogućnost iznošenja novih razloga za otkaz u slučaju kada se za valjanost otkaza traži 

saslušanje radničkog vijeća (Anhörung des Betriebsrats), u skladu s odredbama BetrVG-a. Vladajuće je stajalište da je saslušanje provedeno u skladu sa zakonom ako je vijeće razmotrilo sve razloge otkaza koji su poslodavcu bili poznati prije izricanja otkaza i koje je naveo u obrazloženju. U sudskom postupku povodom otkaza poslodavac može isticati i nove razloge koji su se pojavili nakon izricanja otkaza, ali prije njihova iznošenja pred sudom mora o njima saslušati radničko vijeće. Na ovaj se način želi izbjeći iznošenje u postupku onih novih razloga za otkaz koje vijeće ne bi prihvatilo.

Za slučaj kada je posebnom ugovornom odredbom propisana posebna forma koja se odnosi i na obrazloženje otkaza, u praksi je prihvaćeno stajalište da se u sporu o valjanosti otkaza poslodavac može pozivati samo na one razloge koje je iznio u pisanom obliku u obavijesti o otkazu, a da je naknadno iznošenje razloga koji su postojali u trenutku otkaza, ili pak navođenje novih razloga otkaza, nedopusćeno. Opseg obrazloženja treba procjenjivati od slučaja do slučaja.

U hrvatskom i slovenskom pravu postoji obveza poslodavca da u pisanom obliku obrazloži otkaz ugovora o radu. Obveza obrazloženja otkaza uređena je u hrvatskom pravu čl. 112. st. 2. ZR-a. Zakon ne propisuje istu obvezu za radnika (čl. 107. st. 6. i arg. a

575 Različito je pitanje smiju li se, s procesnopravnog aspekta, tijekom trajanja sudskog postupka iznositi novi razlozi otkaza. To je uređeno odredbama Zakona o radnim sudovima (ArbGG, čl. 61.a i 67.).
578 Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, op. cit., str. 278.
579 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 64 (Rn. 28).
580 BAG 27.3.2003, AP Nr. 4 § 54 BMT-G II. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 98-99 (Rn. 132); Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 64 (Rn. 29).
Kako zakonom nije propisan sadržaj obrazloženja, u praksi se pojavljivaju odluke različitog sadržaja: od onih koje se temelje na paušalnim navodima do konkretnih opisa povreda radnih obveza. Razlozi navedeni u obrazloženju odluke trebali bi biti jasni i nedvojbeni jer se na njima temelji pravna valjanost odluke o otkazu; oni su predmet ispitivanja u sudskom postupku.

Kako je riječ o kogentnim odredbama ZR-a, u sudskoj je praksi i teoriji prihvaćeno da razlog za otkaz mogu predstavljati samo oni razlozi koje je poslodavac naveo u obrazloženju odluke te da nije dopuštena mogućnost naknadnog proširenja obrazloženja novim razlozima tijekom sudskog postupka u kojem se vrši procjena dopuštenosti otkaza. Procjena se može temeljiti samo na činjenicama navedenima u odluci o otkazu. Ovakvo stajalište suprotno je prikazanoj njemačkoj praksi o dopuštenosti naknadnog iznošenja novih razloga koji su postojali u trenutku izricanja otkaza, a objektivno predstavljaju opravdane razloge za otkaz. Njemačka praksa čini se prihvatljivom jer iznošenje novih razloga, ali samo onih koji su postojali u trenutku izricanja otkaza, pomaže otkrivanju objektivne istine u sudskom postupku o zakonitosti otkaza.

O pitanjima vezanim uz (pravilno) obrazloženje otkaza postoji niz odluka Vrhovnog suda RH. Prema mišljenju ovog Suda pogrešno navođenje zakonskog razloga za otkaz u slučaju kada je kao razlog naveden osobno uvjetovani otkaz, a iz obrazloženja i rezultata provedenog postupka vidi se da je riječ o poslovno uvjetovanoj otkazi, ne utječe na valjanost danog otkaza. Pozivane na pogrešnu odredbu ZR-a u preambuli odluke o otkazu ili obrascu na kojem je napisana ne čini takvu odluku ništavom ili nezakonitom.

O vrsti otkaza ovisi će sadržaj obrazloženja. Obrazloženje razloga poslovno uvjetovanog otkaza ne bi trebalo biti paušalno već bi trebalo konkretno analizirati i objasniti pojedinu okolnost koja je dovela do otkaza. U ispitivanju opravdanosti otkaza ovlast

587 Ako je razlog poslovno uvjetovanog otkaza promjena tehnologije, Vrhovni sud smatrao je da nije potrebno da radno mjesto bude ukinuto, već je dovoljno i samo smanjenje broja izvršitelja koji rade na
sudova nije neograničena. Prema stajalištu Vrhovnog suda RH sudovi nisu ovlašteni ispitivati valjanost poslovne politike poslodavca jer bi to dovelo do ograničenja slobode poduzetništva. Obrazloženje osobno uvjetovanog otkaza moralo bi sadržavati elemente koji ga obilježavaju: naznaku razdoblja u kojem radnik nije u mogućnosti uredno izvršavati svoje obveze iz radnog odnosa, o kojem je radnim obvezama riječ, zbog kojih osobina ili sposobnosti radnik ne izvršava svoje obveze. U obrazloženju otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika poslodavac bi trebao navesti postupak koji je prethodio otkazu (upozorenje na obveze, na mogućnost otkaza, pružanje radniku mogućnosti obrane), elemente skrivljenog ponašanja radnika (kršenje radne obveze, način kršenja), navode iz radnikove obrane te stajalište poslodavca o njenom sadržaju.


Obavijest o otkazu (notification du licenciement) francuskog prava, u obliku preporučenog pisma, mora sadržavati očitovanje o razlozima otkaza (énonciation des causes
du licenciement) (čl. L. 122-14-2 CT-a). Ono ima važnu ulogu u slučaju spora. Navodi u pismu određuju, naime, kao i u hrvatskom pravu, granice spora, jer suci koji ocjenjuju postojanje stvarnog i ozbiljnog razloga ispituju samo one razloge koje je poslodavac naveo u preporučenom pismu. Ako u preporučenom pismu poslodavac nije naveo razloge otkaza ili su oni nedovoljno određeni (nejasni), smatra se da ne postoje stvarni i ozbiljni razlozi otkaza.

**Code du travail** ne uređuje pitanje nepostojanja obrazloženja. Doktrina i judikatura ponudile su svoja tumačenja. Prema jednom stajalištu, nenavođenje razloga otkaza predstavlja proceduralnu nepravilnost, koju treba kao takvu i sankcionirati. Prema drugom stajalištu, nepostojanje obrazloženja u obavijesti o otkazu jednako je nepostojanju stvarnog i ozbiljnog razloga, pa poslodavac treba snositi iste posljedice kao za otkaz izrečen bez stvarnog i ozbiljnog razloga. Socijalna komora Kasacijskog suda otvoreno je prihvatila drugo stajalište. Ovaj sud u više je navrata presudio da nenavođenje otkaznih razloga u pozivu radniku na razgovor s poslodavcem (**la lettre de convocation**) ne može zamijeniti navođenje razloga u pismu o otkazu, kao što ni pozivanje u obavijesti (pismu) o otkazu na raniju korespondenciju ne predstavlja očitovanje o razlozima otkaza.

8.5.2.2. Nepostojanje obveze obrazloženja otkaza

U usporedbi sa zakonodavstvima u kojima strana koja otkazuje ima obvezu obrazložiti otkaz, **austrijsko** pravo primjer je nerigidnog zakonodavstva. Kod redovitog otkaza nije bitan razlog otkaza pa ne postoji ni obveza strane koja otkazuje da ga navede prilikom očitovanja volje. Kada je riječ o izvanrednom otkazu ugovora o radu, poslodavac može otkazati samo ako za to ima važan razlog, no čak i ako takav razlog ne postoji, radni odnos će ipak prestati otkazom, a radnik je ovlašten zahtijevati naknadu štete. Kod izvanrednog otkaza poslodavac može važan razlog navesti pri očitovanju volje ili kasnije, tijekom sudskog postupka. Za trajanja postupka mogu se isticati i drugi razlozi, ali se na njima ne može utemeljiti ranije dovoljno određeni razlog.

---

594 Prema ranije važećem pravu, poslodavac je bio obvezan radnika obavijestiti o razlozima otkaza tek na radnikovo traženje, u posebnom pismu.
597 Lyon-Caen/Péllissier/Supiot, op. cit., str. 424.
598 Ibid., str. 426.
dano očitovanje o prestanku radnog odnosa, jer se u trenutku očitovanja volje stanje prestanka ugovora već ostvarilo.\(^{601}\)

8.5.3. Pouka o pravnom lijeku i uputa o drugim pravima

Prema slovenskom pravu ako ugovor otkazuje poslodavac, izjava o otkazu mora sadržavati uputu o pravnom lijeku (pravno varstvo) te upozorenje o pravima s naslova osiguranja za slučaj nezaposlenosti (čl. 86. st. 2. ZDR-a).

U hrvatskom pravu takva obveza nije propisana zakonom, ali vrlo često odluka o otkazu sadrži i pouku o pravnom lijeku kojom se radnika upućuje na mogućnost ostvarivanja zaštite prava i naznačuju rokovi za traženje takve zaštite. Zaštita prava uređena je odredbom čl. 129. st. 1. ZR-a, prema kojoj radnik koji smatra da mu je poslodavac povrijedio neko pravo iz radnog odnosa može zahtijevati od poslodavca ostvarenje tog prava u roku od 15 dana od dana dostave odluke kojom je to pravo povrijeđeno, odnosno od dana saznanja za povredu prava. Ovakva situacija dovodi do dvojbi o tome mora li odluka o otkazu sadržavati pouku o pravnom lijeku te što u slučaju kada ta pouka postoji, ali je nevaljana (pogrešna).

O pitanju obveznosti navođenja pouke o pravnom lijeku postoje različita stajališta u pravnoj literaturi. Ž. Potočnjak zastupa mišljenje da otkaz ne mora sadržavati pouku o pravnom lijeku, jer, s jedne strane, nije uobičajeno da jedna stranka poučava drugu o pravnim sredstvima protiv njezine pravne djelatnosti. Takva obveza poslodavca protivna je ugovornoj koncepciji radnog odnosa. S druge strane, ZR je detaljno uredio sve formalnosti u vezi s otkazom i pritom nije predvidio obvezu davanja upute o pravnom lijeku, pa bi prihvaćanje shvaćanja da otkaz mora sadržavati tu uputu značilo da bi otkaz morao sadržavati pouku o zaštiti prava iz radnog odnosa te što u slučaju kada ta pouka postoji, ali je nevaljana (pogrešna). Ovakvo stajalište zauzeo je i Vrhovni sud RH, koji u odluci navodi da nije nezakonita odluka poslodavca u odgovoru na zahtjev za zaštitu prava koja ne sadrži pouku protiv te odluke, „jer ZR ne sadrži obvezu poslodavca da otkaz mora sadržavati uputu o zaštiti prava iz radnog odnosa“.\(^{603}\)

\(^{601}\) OGH 1976 Arb 9492, cit. prema Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 412. Naknadeno iznošenje razloga otkaza zabranjeno je u slučaju otkaza pazikući (Hausbesorger), jer ovoj kategoriji radnika radni odnos može, u pravilu, prestati samo odlukom suda. Razlog je zaštita posebnog interesa zbog službenog stana koji dobivaju na korištenje. Prema odredbama Zakona o pazikućama (cit.) otkaz može uslijediti samo zbog važnih razloga, koji su primjerično navedeni u čl. 18. st. 6. Ove odredbe ne primjenjuju se u slučaju kada vlasnik kuće dodijeli pazikući na korištenje drugi odgovarajući stana za njegove privatne potrebe; otkaz je tada dopušten i ako ne postoje važni razlozi.


Suprotno stajalište ima I. Crnić, koji smatra da propust poslodavca da radnika uputi u pravo na zaštitu propisanu čl. 126. (starog, op. a.) ZR-a ne bi imao za posljedicu pravnu nevaljanost otkaza, već radnik ne bi smio izgubiti pravo na zaštitu, jer rokovi iz navedenog članka ne bi smjeli početi teći prije no što radnik bude upoznat s tim svojim pravima na nedvojben način.\(^604\)

Drugo pitanje odnosi se na **pravne posljedice pogrešne upute o pravnom lijeku.** Pogreška se može odnositi na pogrešno određen rok za traženje sudske zaštite ili na naznaku da radnik može tražiti direktnu sudsku zaštitu za ostvarivanje prava.

U prvom slučaju može se analogno primijeniti stav sudske prakse o pogrešnoj uputi o roku za podnošenje žalbe koja je stranci dana u pisanom otpravku odluke. Prema mišljenju Vrhovnog suda RH takva pogrešna uputa ne smije ići na štetu stranice pa se, ako se stranka držala upute i žalbu podnijela u roku označenom u uputi (a koji je dulji od propisanoga), treba smatrati da je žalba pravodobna.\(^605\) Isto stajalište prihvatio je nižestupanjski sud u jednom radnom sporu.\(^606\)

U literaturi je ovakvo stajalište s pravom prihvaćeno jer činjenica da je radnik podnio zahtjev za zaštitu prava u pogrešnom roku, tj. roku označenom u uputi koju mu je dao poslodavac, iako izvan zakonskog roka, ne smije ići na štetu stranika, već bi posljedice trebao snositi poslodavac.\(^607\) Poslodavcu se ne smije dopustiti da ostvaruje korist na temelju svog nepravilnog postupanja, sprječavajući time provjeru dopuštenosti i zakonitosti svoje odluke u sudskom postupku.\(^608\)

U drugom slučaju, ako je poslodavac u pouci o pravnom lijeku uputio radnika da se direktno obrati sudu radi zaštite svojih prava pa radnik to i učini, stajalište je Vrhovnog suda RH da pogrešna pravna uputa ne može promijeniti primjenu zakonskih odredbi o obvezno prethodnog obraćanja poslodavcu prije podnošenja tužbe sudu. Traženje zaštite prava kod poslodavca, po mišljenju suda, „predstavlja neophodnu procesnu pretpostavku za pokretanje ...“

----

\(^{604}\) Crnić, I., Komentar ZR, op. cit., str. 245. Odnos između poslodavca i radnika je ugovorni odnos u kojem jedna strana nije obvezna drugu upućivati u njezina prava iz zakona, kolektivnog ugovora, pravilnika o radu i pojedinačnog ugovora o radu. No zbog zaštitnog karaktera koji ZR ima prema socijalno i gospodarski slabijoj strani, radniku, kao i činjenice da je sudska zaštita propisana prije svega u korist radnika autor smatra da bi obveza poslodavca bila uputiti radnika u mogućnost sudsko pravnog postupka.

\(^{605}\) VSRH, Gzz-43/85, od 22.8.1985.

\(^{606}\) Radnik koji je, nakon proteka zakonskog roka od 15 dana protiv odluke poslodavca, podnio zahtjev za zaštitu prava i kada je poslodavac odlučio o tom prigovoru radnika, ovlašten je u daljnjem roku od 15 dana od dostave te odluke podnijeti tužbu sudu, bez obzira na nepravodobnost podnesenog prigovora. ŽS u Rijeci, Gž 2601/02, od 27.11.2001.


sudskog postupka“, a pogrešna uputa ne može opravdati „preshkanje zakonom propisanog postupka“. Propust poslodavca „nedavanjem odgovarajuće upute ili pak davanjem pogrešne pravne upute u svojoj odluci … ne može mijenjati zakonom propisani postupak odnosno potrebnu ostvarenja procesne pretpostavke u pogledu mogućnosti traženja sudske zaštite koja pripada radniku u slučaju povrede prava, a niti radnika nepoznavanje navedenog zakonskog popisa ispričava.”  

O ovom pitanju postoji suprotno stajalište u literaturi. Problem se promatra u svjetlu nejednakog položaja u koji su, ovakvom formulacijom odredbe čl. 129. ZR-a i njezinim tumačenjem u sudskoj praksi, stavljene strane ugovora o radu u slučaju otkaza. Poslodavac koji je radniku dao pogrešnu uputu, a morao bi poznavati propis o pravnom putu zaštite prava druge strane, ostvaruje takvim postupanjem direktnu korist. Radnik koji je po toj uputi postupio, zbog kratkih rokova nema mogućnost ispravljanja pogreške i poduzimanja ispravnog puta pravne zaštite, pa bi u slučaju kada je dana izričita pogrešna uputa, trebalo „uzeti da je time ispunjena ta pretpostavka dopustivosti sudske zaštite“. 

Iako bi odredba kojom se poslodavcu nameće obveza da u izjavu o otkazu unese i pouku o pravnom lijeku predstavljala dodatni teret za poslodavca, mislimo da to ne bi bio preveliki teret, a propisivanjem takve obveze de lege ferenda izbjegle bi se nejasnoće koje sada postoje.

8.6. Dostava izjave o otkazu

Otkaz mora biti dostavljen strani kojoj je upućen da bi mogao proizvoditi pravne učinke (teorija dostave, teorija prijema). Dostava izjave o otkazu ima bitno značenje za mnoga pitanja otkaznog prava, među kojima su najvažnija: pravovremeno podizanje tužbe, tijek otkaznih rokova, tijek roka za izricanje izvanrednog otkaza, tijek zahtjeva koji nastaju kao posljedica otkaza (npr. isplatu zaostalih plaća), ocjenu opravdanosti razloga otkaza, ocjenu je li otkaz izrekla ovlaštena osoba i dr. 

Različita pravila vrijede za dostavu među prisutnim, odnosno odsutnim stranama. Izjava o otkazu može se uručiti osobno strani kojoj se otkazuje ugovor o radu, ali i njegovom zastupniku, punomoćniku – adresat i primatelj tada nije ista osoba. Posebna pravila postoje

612 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 66 (Rn. 37).
613 Iako prema pravilima hrvatskog parničnog postupovnog prava „osobna“ dostava ne znači samo dostavu osobi koja je stranka u sporu nego i dostavu pismena zastupniku stranke. Triva, Siniša, Građansko parnično
za dostavu preporučenim pismom, kao i neke posebne oblike dostave.\textsuperscript{614} Pravila o dostavi razlikuju se i s obzirom na to je li propisana obvezna pisana forma izjave o otkazu, ili nije. Ova pravila mogu biti opća pravila obveznog (privatnog) prava (Austrija, Njemačka),\textsuperscript{615} ili posebna pravila zakona koji uređuju radne odnose ili institut otkaza (Slovenija),\textsuperscript{616} ili pravila parničnog postupka (Hrvatska). Detaljni prikaz i analiza ovih pravila prelazi svrhu ovog rada.

Prema \textit{ZR-u} otkaz o radu mora biti dostavljen osobi kojoj se otkazuje (čl. 112. st. 3.). Novi ZR otklonio je ranije dvojbe oko pitanja koja pravila primijeniti na dostavu odluke o otkazu.\textsuperscript{617} Propisuje suspsidijarnu primjenu pravila parničnog postupka na dostavu odluka o otkazu te drugih odluka u vezi sa zaštitom povrijedjenih prava iz radnog odnosa ako postupak dostave nije uređen kolektivnim ugovorom, sporazumom sklopljenim između radničkog vijeća i poslodavca ili pravilnikom o radu (čl. 128.). To su odredbe čl. 142. st. 1. ZPP-a, o osobnoj dostavi stranki, njenom zakonskom zastupniku odnosno punomoćniku tužbe, platnog naloga i rješenja protiv kojih je dopuštena posebna žalba te pravnog lijeka. Na ovaj način bit će postignuta veća pravna sigurnost.

Jedan od problema koji se može javiti kod dostave otkaza ugovora o radu jest \textit{ometanje dostave} od strane osobe kojoj je otkaz upućen. U njemačkom pravu na to se pitanje primjenjuje pravilo o o nedopuštenom djelovanju na uvjet (čl. 162. BGB-a).\textsuperscript{618} Za postojanje sprječavanja dostave ne smatra se bitnom krivnja primatelja već je dovoljno da su zakašnjenje uzrokovane okolnosti koje pripadaju njegovom području utjecaja (\textit{Einflussbereich}).\textsuperscript{619} Kod sprječavanja ili zakašnjenja dostave koje je uzrokovano zlom namjerom (\textit{arglistiger}) najviši njemački sudovi jednodušno su prihvatili tzv. pravu 'fikciju dostave' (\textit{eine echte procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 1983., str. 283. O dostavi tzv. zastupnicima primatelja za preuzimanje dostave (\textit{Empfangsbote}), prema njemačkom pravu, vidi Herbert, Manfred, Die Zugangsproblematisch schriftlicher Willenserklärungen unter Einschaltung von Empfangsboten, NZA, H. 9, 1994, str. 391-392 (beck-online, 20.7.2009.).

\textsuperscript{614} Dostava na temelju sporazuma stranaka, putem oglasne ploče ili vlastite službe poslodavca.


\textsuperscript{616} Slovenski ZDR sadrži posebna pravila o uručenju otkaza ugovora o radu strani kojoj se otkazuje (čl. 87.). Otkaz ugovora o radu poslodavac uručuje radniku osobno, u pravilu u prostorijama poslodavca, ili na adresi određenoj ugovorom o radu, osim ako radnik nije naknadno pismeno obavijestio o drugoj adrese. Uručenje otkaza radniku vrši se, u pravilu, prema pravilima parničnog postupka.


\textsuperscript{618} U sudskoj praksi razvila su se sljedeća stajališta. Prema mišljenju BAG-a i BGH ako suprotna strana, protivnik otkaza (\textit{Kündigungsgegner}), spriječi pravovremenu dostavu otkaza ili do nje ne dođe zbog razloga koji se njoj mogu pripisati, smatra se kao da je izvorni otkaz dostavljen, odnosno dostavljen pravovremeno, ako je strana koja otkazuje nakon saznanja za ove okolnosti, a ukoliko otkaz već nije dostavljen, bez odgode ponovila otkaz. Linck, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1356.; Preis, u: A/P/S, str. 72 (Rn. 58).

\textsuperscript{619} Linck, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1357.
Zugangsfiktion). Ako primitelj neopravdano spriječi primitak otkaza, smatra se da je izjava dostavljena čak i ako dostava ne bude ponovljena.  

Teret dokazivanja izvršene dostave je na osobi koja se poziva na dostavu, a to je u pravilu osoba koja je dala izjavu o otkazu.

Čini nam se značajnom odluka Vrhnog suda RH koji je prihvatio mogućnost da dostavu odluke o otkazu ugovora o radu dokazuje poslodavac i drugim dokaznim sredstvima, a ne samo pisanom potvrdom (pošte). U konkretnom slučaju dostava je dokazana iskazima svjedoka saslušanima u postupku, pregledom zdravstvenog kartona radnika te je na temelju rezultata cjelokupnog postupka utvrđen datum dostave odluke.

8.7. Klasifikacija otkaza ugovora o radu

Oblici otkaza ugovora o radu mogu se podijeliti s obzirom na tri osnovna kriterija: 1. subjekte koji mogu otkazati ugovor o radu, 2. razloge otkaza te 3. postojanje odnosno nepostojanje otkaznog roka.

8.7.1. Otkaz s obzirom na subjekta koji otkazuje ugovor o radu

Prema kriteriju subjekta koji može otkazati ugovor o radu razlikuju se otkaz koji daje radnik i otkaz koji daje poslodavac. Obje ugovorne strane mogu, dakle, biti aktivna i pasivna strana, odnosno subjekt kod izricanja otkaza. Kada je riječ o otkazu koji radniku daje poslodavac, u zakonodavstvima germanskog pravnog kruga prihvaćeno je načelo o otkazu kao krajnjem sredstvu (ultima ratio), nastalo u njemačkom pravu. Radniku se otkazuje samo ako se poremećaj radnog odnosa ne može otkloniti primjenom drugih, blažih mjera.

8.7.2. Otkaz s obzirom na razloge otkaza i otkazni rok

S obzirom na kriterije razloga za otkaz i postojanje ili nepostojanje otkaznog roka razlikuju se redoviti i izvanredni otkaz ugovora o radu. Na univerzalnoj razini, Konvencijom MOR-a br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca, dopuštenost otkaza vezuje se uz postojanje, tzv., opravdanog razloga za otkaz. Većina suvremenih zakonodavstava prihvaća kriterij opravdanog razloga i klasifikaciju otkaza s obzirom na razloge na: otkaz zbog disciplinskih razloga (skrivljenog ponašanja radnika), osobno

uvjetovani i poslovno uvjetovani otkaz. Rijetka zakonodavstva, kao primjerice austrijsko, ne traže postojanje razloga za redoviti otkaz ugovora o radu.

Pri redovitom otkazu ugovora o radu strana koja otkazuje ima obvezu poštivati otkazni rok, koji može biti propisan zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, ili ugovoren pojedinačnim ugovorom o radu. S obzirom na razloge otkaza razlikuju se osobno uvjetovani otkaz, otkaz uvjetovani skrивljenim ponašanjem radnika i poslovnim uvjetovani otkaz. Za razliku od redovitog otkaza, kod izvanrednog otkaza ugovora o radu nema otkaznog roka, pa ugovor o radu prestaje, u pravilu, trenutkom dostave otkaza.

U austrijskoj i francuskoj radnopravnoj teoriji i pozitivnom pravu osnovna podjela otkaza izvršena je s obzirom na to leži li razlog otkaza u sferi radnika ili sferi poduzeća. Razlikuju se dvije velike grupe: otkaz zbog osobnih razloga (njem. Kündigung wegen Gründe in der Person des Arbeitnehmers; franc. le licenciement pour motif personnel), u koji ulaze otkaz zbog nesposobnosti radnika (njem. mangelnde Eignung; franc. insuffisance professionelle) i otkaz zbog skrivljenog ponašanja radnika (njem. Gründe in Verhalten (Pflichtverletzungen) des Arbeitnehmers; franc. faute) te otkaz zbog ekonomskih razloga (njem. wirtschaftliche Gründe; franc. motives économiques).623 Pojmom otkaza zbog ekonomskih razloga u britanskom pravu obuhvaćeni su otkazi zbog kolektivnih viškova, reorganizacije i prijenosa poduzeća.624

Osim ove osnovne podjele postoje i slučajevi u kojima otkaz ima određene specifičnosti, kao što je to kod otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu i otkaza zbog neuspjeха probnog rada.

U nastavku rada najprije se analizira redoviti otkaz ugovora o radu koji daju poslodavac i radnik, otkazni rok te izvanredni otkaz ugovora o radu poslodavca i radnika.625 Slijedi prikaz i analiza postupka prije i za vrijeme otkazivanja ugovora o radu te prava radnika na otpremninu. U okviru poglavlja o redovitom otkazu ugovora o radu koji daje poslodavac zasebno se analiziraju otkazi u slučaju restrukturiranja poslodavca (otkaz zbog kolektivnog viška radnika, otkaz u slučaju statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća te otkaz u slučaju stečaja poslodavca).

625 Zbog ograničenog opseга rada neće biti analizirani pojedini razlozi za redoviti odnosno izvanredni otkaz.
9. REDOVITI OTKAZ UGOVORA O RADU KOJI DAJE POSLODAVAC

9.1. Osnovna obilježja redovitog otkaza ugovora o radu kojeg daje poslodavac

Redoviti otkaz ugovora o radu jest otkaz uz postojanje _otkaznog roka_, „kojim se učinak otkaza (prestanak radnog odnosa) odgaja do proteka tog roka“. Otkaz ugovora o radu koji daje poslodavac jest _krajnje sredstvo_ kojim se rješava problem promijenjenih okolnosti radnog odnosa pa poslodavac mora imati _opravdane razloge_ za otkaz ugovora o radu.

Pravni okvir otkaza ugovora o radu kojeg daje poslodavac postavljen je na univerzalnoj razini odredbama Konvencije MOR-a broj 158 (1982.). Konvencija propisuje da zaposlenje radnika ne smije prestati, osim ako za takav prestat postoji opravdani razlog, koji je u vezi sa sposobnošću radnika, ili ponašanjem radnika ili poslovnim potrebama poduzeća, ustanove ili službe (čl. 4.). Radniku čije zaposlenje prestaje jamči se pravo na razuman otkazni rok ili naknadu štete umjesto toga, osim u slučaju ako je kriv za ozbiljan prijestup, tj., prijestup takve naravi da bi od poslodavca bilo nerazumno zahtijevati da radnik nastavi zaposlenje za vrijeme otkaznog roka (čl. 11.). Ova odredba značajna je jer definira i pretpostavke za izvanredni otkaz ugovora o radu radniku. Konvencijom je, također, propisan obvezni postupak prilikom otkazivanja ugovora.

Konvenciju br. 158 potpisale su 34 zemlje, među kojima Francuska i Slovenija. Ipak, standardi opravdanog razloga za otkaz i obvezni otkazni rok ustanovljeni Konvencijom, kao i rješenja Preporuke br. 166 (1982.), prihvaćeni su i u zakonodavstvima onih zemalja koje Konvenciju nisu ratificirale, među njima i u hrvatskom.

Klasifikacija razloga za otkaz ugovora o radu prihvaćena ovom Konvencijom osnova je analize uređenja ovog instituta u pojedinim zakonodavstvima, koja slijedi u nastavku rada. Analiziraju se temeljne ideje zaštite radnika od otkaza (smisao i cilj normi, prisilna narav propisa, mogućnost odricanja od zaštite), pretpostavke zaštitne za slučaj otkaza te načelo socijalne opravdanosti otkaza.

---

626 Potočnjak, Ž., Redoviti otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 133.
627 Ovo načelo nije nigdje sadržano u pisanom obliku, iako u nekim zakonodavstvima zemalja članica EU postoji obveza poslodavca da prije otkaza razmotri sve druge mogućnosti. Termination of employment relationships, op. cit., str. 56.
9.2. Temeljne postavke pravne zaštite u slučaju redovitog otkaza ugovora o radu od strane poslodavca

Konvencija br. 158 usvojila je, po uzoru na Preporuku br. 119, standard opravdanog razloga za otkaz (valid reason) vezujući ga uz tri grupe razloga: sposobnost radnika, ponašanje radnika i poslovne potrebe poduzeća, ustanove ili službe.\textsuperscript{630} Kriterij opravdanog razloga za redoviti otkaz ugovora o radu prihvaćen je danas, u načelu, u svim analiziranim zakonodavstvima, osim austrijskog u kojem poslodavac mora imati bitan razlog samo ako želi izvanredno otkazati ugovor o radu.

U terminološkom smislu postoje razlike u korištenom zakonskom nazivlju. U njemačkom (i austrijskom pravu) govori se o, tzv., socijalno (ne)opravdanom otkazu (sozial(un)gerechtfertigte Kündigung), ili socijalnoj neprimjerenosti otkaza (die Sozialwidrigkeit), a razlozi koji opravdavaju otkaz (die Gründe die Kündigung rechtfertigen) jesu važni razlozi (wichtige Gründe). U hrvatskom pravu govori se o opravdanim razlozima za otkaz, u slovenskom pravu to su utemeljeni odpovedni razlogi, koji moraju biti istiniti i utemeljeni. U francuskom pravu koristi se sintagma 'stvaran i ozbiljan razlog' (cause réelle et sérieuse). Prema pravu UK mora postojati 'ozbiljan razlog s obzirom na jednakost i supstancijalni meritum slučaja' (sufficient reason having regard to equity and the substantial merits of the case) (zakon ERA, 1996).

Pored 'opravdanosti' ili 'valjanosti' razloga (valid reason, justified reason, just cause) zbog kojeg se otkazuje ugovor o radu, danas većina zakonodavstava i sudske prakse traži da razlog bude „dovoljno ozbiljan da opravdava otkaz“ (sufficiently serious to justify dismissal). U pravilu, radni sudovi i tribunali dopuštaju poslodavcu određeni stupanj diskrecije u odlučivanju je li određeni razlog dovoljan ili nije da bi otkaz bio opravdan, pa se može govoriti i o standardu razumnog poslodavca, jer će se otkaz smatrati neopravdanim, ako razumni poslodavac ne bi otkazao zbog tog razloga.\textsuperscript{631}

Usvajanje ovakvog dodatnog kriterija ili pravnog standarda nametnulo se kao nužnost. S jedne strane, kriterij 'opravdanosti razloga' u Konvenciji nije detaljnije opisan. S druge strane, i u onim zakonodavstvima u kojima su obilježja pojedinih razloga otkaza detaljnije uređena, ipak je još uvijek riječ o pravnim standardima čiji sadržaj određuju sudovi.\textsuperscript{632} Kako ističu Deakin i Morris, zakon upozorava na diskrecijsku narav zadaće suda, koji treba utvrditi

\textsuperscript{630} Radi praktičnosti umjesto izraza 'poduzeće, ustanova ili služba' dalje u tekstu koristi se izraz 'poduzeće'.
\textsuperscript{631} Hepple, B., Security of employment, op. cit., str. 498-499.
je li poslodavac 'postupao razumno' smatrajući razlog na kojem je utemeljio otkaz 'dovoljnim' (tzv. test razumnosti, *reasonableness test*).\(^{633}\)

Uzimajući u obzir činjenicu da su odredbe Konvencije br. 158 oblikovane pod snažnim utjecajem njemačkog prava, točnije Zakona o otkazu, iz 1951. godine, za tumačenje navedenih standarda nezaobilazna su razmatranja postavki njemačke radnopravne teorije. U njoj je stvoren sustav temeljnih **načela** na kojima počiva shvaćanje danas široko prihvaćenog pojma socijalne opravdanosti otkaza, odnosno zaštite od socijalno neopravdanog otkaza. To su: načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa; načelo odmjeravanja koristi i interesa; načelo *ultima ratio* (načelo razmjernosti); načelo prognoze; načelo jednakog postupanja. Također, razvijena su i mjerila ocjenjivanja opravdanosti otkaza.\(^{634}\)

**9.2.1. Značenje i svrha zaštite radnika od otkaza**

Zaštite odredbe o otkazu temelje se na ustavnim odredbama o slobodi rada i pravu na rad. S jedne strane, vodi se briga o načelu *slobodnog izbora radnog mjesta radnika*, koje uključuje i pravo radnika da to radno mjesto zadrži, te, s druge strane, o *poduzetničkoj slobodi poslodavca*, koja uključuje pravo da zaposli onog radnika koji odgovara njegovim potrebama i predodžbama, kao i da otkaže radniku. Odredbama o otkazu pokušavaju se pomiriti suprotni interesi dviju ugovornih strana.\(^{635}\) Prema stajalištu njemačke doktrine interesi poslodavca narušeni su kod svakog otkaza, jer je neposredna posljedica otkaza to da poslodavac, u odnosu na radnika kojemu je otkazao, više neće moći vršiti svoj poziv. Otuda povezanost otkaza (kao i sve tri grupe razloga za otkaz), općenito, s poslovanjem poslodavca.\(^{636}\)

Općim pravnim pravilima koja uređuju redoviti otkaz *ograničava se* poslodavčeva *sloboda otkazivanja*.\(^{637}\) U njemačkoj teoriji i judikaturi ističe se kako je jedno od osnovnih načela, na kojima se temelje zakonske odredbe o zaštiti od otkaza, upravo načelo prava posloprimca na njegov radno mjesto (*das Recht der Arbeitnehmers auf seinen Arbeitsplatz*), čime svrha zakona postaje „zaštita radnog mjesta“ odnosno „zaštita stalnosti radnog odnosa“

---


\(^{636}\) Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 204.

(Bestandschutz).\textsuperscript{638} Načelo sigurnosti radnog odnosa (radnog mjesta) prihvaćeno je i u britanskom pozitivnom pravu koje uređuje otkaz, ali doktrina dokazuje da se ono ne ostvaruje u potpunosti, jer su obveze poslodavca prije svega postupovne naravi.\textsuperscript{639} Može se ustvrditi da je zaštita sigurnosti ili stalnosti radnog odnosa široko prihvaćena kao svrha zakonodavstva o zaštiti od otkaza.\textsuperscript{640} U usporedom pravu ona se ostvaruje u različitom opsegu.

Analiza usporednopravnih rješenja temelj su za dokazivanje teze da se hrvatsko zakonodavstvo o otkazu ugovora o radu, kao i razmatrana nacionalna zakonodavstva, zasnivaju na istim ili sličnim načelima i da su usmjерena istom cilju, zaštiti sigurnosti radnog odnosa u okolnostima snažnog trenda fleksigurnosti.

**9.2.2. Pravna narav normi koje uređuju redoviti otkaz ugovora o radu od strane poslodavca**

Zakonske odredbe koje uređuju redoviti otkaz ugovora o radu od strane poslodavca zaštitnog su karaktera. Za ocjenu rigidnosti otkaznog zakonodavstva važno je pitanje u kojoj su mjeri one prisilne naravi (\textit{zwingendes Recht}), odnosno jesu li moguća odstupanja na teret ili u korist radnika.

U **njemačkom, austrijskom, hrvatskom i slovenskom** pravu zakonske odredbe o zaštiti od otkaza kogentne su naravi. Vrijedi opće načelo da se od tih pravila može \textit{unaprijed} odstupiti ugovornim sporazumima (individualnim ili kolektivnim) samo ako je to povoljnije za radnika (\textit{zugunsten des Arbeitnehmers}).\textsuperscript{641} U hrvatskom i slovenskom pravu to je načelo izričito sadržano u zakonu.\textsuperscript{642} U Njemačkoj i Austriji ono je prihvaćeno u sudskoj praksi i doktrini.\textsuperscript{643} Ovakav se učinak normi, karakterističan za odredbe zaštitne naravi, u austrijskoj i njemačkoj radnopravnoj teoriji naziva jednostrano (relativno) obvezujućim učinkom (\textit{einsitzig (relativ) zwingende Wirkung}).\textsuperscript{644}

Ipak, ne treba zaboraviti na zakonski dopuštena odstupanja od jednostrano obvezujućih zakonskih odredbi koja su nepovoljnija za radnika (\textit{zum Nachteil der

\textsuperscript{638} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 65 (Rn. 4).\textsuperscript{641} U hrvatskom i slovenskom pravu to je načelo izričito sadržano u zakonu.\textsuperscript{642} U hrvatskom i slovenskom pravu to je načelo izričito sadržano u zakonu.\textsuperscript{643} Ibi., str. 353; Rojot, J., Security of Employment and Employability, op. cit., str. 375 i d. U starijoj literaturi vidi Tintić, Nikola, Stalnost zaposlenja i pravne posljedice nezakonitog otkazivanja radniku, NZ, god. XIII, br. 1-2, 1959., str. 37 i d.


\textsuperscript{640} Ib., str. 353; Rojot, J., Security of Employment and Employability, op. cit., str. 375 i d. U starijoj literaturi vidi Tintić, Nikola, Stalnost zaposlenja i pravne posljedice nezakonitog otkazivanja radniku, NZ, god. XIII, br. 1-2, 1959., str. 37 i d.

\textsuperscript{641} Više: Ravnić, A., Osnove radnog prava, op. cit., str. 539 i d.

\textsuperscript{642} Čl. 7. st. 1. ZR-a; čl. 7. st. 2. ZDR-a.


\textsuperscript{644} Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 98.; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 216 (Rn 6).
Arbeitnehmer). Takva odstupanja moguća su, u pravilu, samo odredbama kolektivnih ugovora, a ne i pojedinačnim ugovorima o radu.\footnote{Prema čl. 7. st. 2. ZR-a poslodavac, udruge poslodavaca i sindikati mogu kolektivnim ugovorom ugovoriti uvjete rada nepovoljnije od uvjeta određenih ZR-om samo ako ih ZR ili drugi zakon na to izričito ovlašćuje.}

Prisilne odredbe imaju jednostrano obvezujući učinak u korist jedne ugovorne strane, radnika. Zato su valjane one odredbe kojima se radniku priznaje zaštitu za slučaj otkaza i kada je radnik u radnom odnosu kod poslodavca kraće od propisanog kvalificirajućeg razdoblja za stjecanje prava na zaštitu od otkaza ili odredbe o primjeni općih pravila o zaštiti od otkaza na mala poduzeća. Brojni njemački kolektivni ugovori sadrže odredbe o osiguranju radnika za slučaj starosti (Alterssicherung), kojima je značajno poboljšan položaj starijih radnika isključenjem mogućnosti da im se redovito otkaze ugovor o radu.\footnote{Prema čl. 7. st. 3. slovenskog ZDR-a prava koja su za radnika nepovoljnija mogu se ugovoriti i odredbama pojedinačnog ugovora o radu, a ne samo kolektivnog ugovora. U odredbi su taksativno nabrojeni slučajevi kada je to moguće, između ostalog i kada je riječ o otkaznim rokovima te disciplinskim sankcijama.}

Zaključak o rigidnosti otkaznog zakonodavstva ovisi i o pitanju može li se radnik odreći prava na zaštitu? Jednostrano obvezujuća prisilna pravila odnose se na zaštitu od otkaza za ubuduće. To ne isključuje mogućnost da se radnik valjano odrekne zahtjeva za zaštitu prava u slučaju otkaza nakon što mu je izrečen otkaz i dostavljena obavijest o otkazu (pactum de non petendo).\footnote{U praksi njemačkih sudova nedopuštenima se smatra: ugovaranje duljeg razdoblja zaposlenja kod poslodavca (tzv. Wartezeit) ili utvrđivanje niže dobne granice kao dodatnih pretpostavki za primjenu zaštitnih odredbi o otkazu; utvrđivanje određenog činjeničnog stanja kao apsolutnog razloga za otkaz (npr. prekršaj zabrane pušenja); sporazum stranaka prema kojemu poslodavac ima pravo radnika koji je navršio određene godine života prijevremeno poslati u mirovinu i tako okončati aktivni radni odnos; socijalni plan kojim bi se isplata otpremnine radniku otpuštenom zbog poslovnih promjena u poduzeću uvjetovala netraženjem sudske zaštite protiv otkaza. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 66 (Rn 9 i d.). Ipak, treba naglasiti da ovakve odredbe nisu posve bez važnosti. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 67 (Rn. 11).}

Vremenski promotrano, mogućnost naknadnog odricanja od prava na zaštitu nastupa za radnika od trenutka dostave otkaza, tj. započinjanja tijeka rokova za zaštitu prava (kod poslodavca i/ili pred sudom). U njemačkoj judikaturi odricanje od prava na zaštitu smatra se ugovorom, na koji se primjenjuju propisi o tumačenju i manama očitovanja volje.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 216.}

Odricanje od prava na zaštitu izaziva dalekosežne posljedice za radnika. Upravo zbog toga ono mora biti učinjeno ‘ozbiljno’, a njegova volja o odricanju od zahtjeva mora biti

\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 217 (Rn. 8); BAG 25.9.1969 AP KSchG § 1 Nr. 36.}

\footnote{BAG 6.4.1977 AP KSchG 1969 § 4 Nr. 4 = NJW 1977, str. 1983. Može biti sadržan u ugovoru o prestanku radnog odnosa (Aufhebungsvertrag), nagodbi (Vergleich), ugovoru o odricanju od tužbe (Klageverzichtsvertrag), a ako je tužba već podignuta, u ugovornom obećanju povlačenja tužbe (vertragliche Klagerücknahmeversprenchen). Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 218 (Rn. 12).}
'nedvojbeno prepoznatljiva'. Klauzula o odricanju od tužbe koja se, pored klauzule o primitku isprava o radu, nalazi u unaprijed formuliranoj ispravi, označenoj kao priznanica o poravnanju (Ausgleichsquittung), nije valjana, jer je riječ o, tzv., iznenađujućoj klauzuli (čl. 305c BGB-a). Radnik se može odreći zaštite nepodizanjem ili nepravovremenim podizanjem tužbe. Obična šutnja (bloß Schweigen) radnika ne znači da se on odrekao svojih prava.651

9.3. Zakonske pretpostavke zaštite za slučaj otkaza

Pretpostavke zaštite radnika u slučaju otkaza odnose se na pitanja: kruga osoba na koje se primjenjuju zakonske odredbe o otkazu (oborno područje važenja), kruga nezaštićenih osoba, posebnih radnih odnosa, definicije poduzeća, duljine radnog staža kod poslodavca i godina života. Njima se utvrđuje personalni doseg važenja zakona koji uređuju otkaz ugovora o radu. To je važno pitanje, jer ukazuje na to koliko osoba koje obavljaju neki oblik rada uživa zaštitu zajamčenu tim zakonima.

9.3.1. Krug zaštićenih osoba

Za europsko kontinentalno pravo karakteristično je da se odredbe općih zakona o otkazu ugovora o radu primjenjuju na kategoriju posloprimaca.

Određivanje ovog pojma jednakostavno je u onim zakonodavstvima u kojima je definicija dana u zakonu, kao što su primjerice hrvatsko i slovensko.652 U njima je, kao i u austrijskom pravu, temelj za primjenu općih pravila zakona o zaštiti u slučaju otkaza postojanje ugovora o radu, što arg. a contrario znači da se odredbe tih zakona ne primjenjuju na osobe koje ne rade na temelju ugovora o radu.653

U drugim zakonodavstvima, kao što je njemačko, pojmovno određenje daju doktrina i judikatura.654 Francuski Code du travail primjenjuje se na posloprimce (salarie), a sudskom

650 Ibid., str. 218-219 (Rn. 13, 14).
651 Ibid., str. 219 (Rn. 16); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 69 (Rn. 17).
652 Pojam posloprimca definiran je na sličan način, navođenjem obilježja radnog odnosa (čl. 4. st. 1. i 2., čl. 5. ZDR-a; čl. 2. st. 1., čl. 5. st. 1. ZR-a).
653 Ipak, u austrijskom pravu izuzetak predstavljaju radnici kod kuće koji se, iako nemaju ugovor o radu, nalaze u trajnom obvezopravnom odnosu na neodređeno vrijeme. Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 377.
praksom njegova primjena proširena je na na druge skupine radnika, čijim je ugovorima priznat karakter ugovora o radu.\textsuperscript{655}

U usporedbi s europskim kontinentalnim pravom, određivanje kruga zaštitićenih osoba u pravu UK puno je složenije. Zakonodavstvo koje se primjenjuje na nezakonit otkaž još uvijek je čvrsto vezano uz pojam posloprimca (employee).\textsuperscript{656} Definicija posloprimca iz zakona ERA (1996), općeg zakona koji uređuje nezakonit otkaž, nije dovoljno određena.\textsuperscript{657} Sudska praksa razvila je različite testove radnog statusa, no pojmovi posloprimca, ugovora o radu i njegovih stranaka ostaju i dalje jedno od najkontroverznijih pitanja engleske pravne teorije.\textsuperscript{658}

Iz navedenoga može se izvesti zaključak da je za uređenje personalnog dosega pravila o zaštiti od otkaza relevantno prvenstveno zakonsko određenje pojma posloprimac, a ukoliko ono ne postoji ili je nedovoljno jasno, važnu ulogu ima sudska praksa. Kao što je već spomenuto, bitan kriterij razlikovanja posloprimaca od, tzv., samozaposlenih radnika ili osoba sličnih posloprimcima jest subordinacija. Shvaćanje sadržaja subordinacije mijenja se, čime se mijenja širina kruga zaštitićenih odnosno nezaštitićenih osoba. Tendencija je suvremenog radnog prava proširenje kategorije posloprimaca.\textsuperscript{659} U hrvatskom pravu pojam radnika definiran je zakonom, što nesumnjivo jamči pravnu sigurnost i određenost. No valja primijetiti da istovremeno izvan dosega zaštite ostaju one osobe koje, iako obavljaju rad u odnosu koji po svojoj naravi odgovara radnom odnosu, ne uživaju zakonsku zaštitu od otkaza, jer ne rade na temelju ugovora o radu (primjerice, studenti preko tzv. studentskog servisa). Sudovi bi ovdje trebali odigrati važnu, pravostvaralačku ulogu, šireći krug osoba na koje se primjenjuje radno zakonodavstvo ili barem onaj dio o zaštiti od otkaza.\textsuperscript{660}

9.3.2. Određeno trajanje radnog odnosa kao pretpostavka za ostvarivanje zaštite u slučaju otkaza

U nekim zakonodavstvima radnik može ostvariti zaštitu za slučaj otkaza tek nakon što je u radnom odnosu kod istog poslodavca proveo zakonom određeno vrijeme. To razdoblje minimalnog trajanja radnog odnosa, koje je pretpostavka za ostvarivanje zaštite, naziva se

\textsuperscript{655} Ranke, Fritz, Arbeitsrecht in Frankreich, München, Rehm, 1995, str. 10.–11.

\textsuperscript{656} Za razliku od toga, novije radno zakonodavstvo favorizira kategoriju radnika (worker), što pogoduje osobama koje rade kao samozaposleni podugovaratelji (self-employed subcontractors). Barnett/Scrope, op. cit., str. 156–157.

\textsuperscript{657} Posloprimac se određuje kao „pojedinac koji je zaključio ili radi (ili, koji je, ako je radni odnos prestao, radio) na temelju ugovora o radu“, a ugovor o radu definira se kao „ugovor o službi ili pripravništvu, izričit ili impliciran, te (ako je izričit) u usmenom ili pisanom obliku“.\textsuperscript{658} Više supra pogl. Novi koncept ugovora o radu (od subordinacije k ekonomskoj ovisnosti?)

\textsuperscript{659} Više supra pogl. Novi koncept ugovora o radu (od subordinacije k ekonomskoj ovisnosti?)

\textsuperscript{660} Na raspolaganju im stoji presupcija o radnom odnosu, iz čl. 8. st. 2. ZR-a.
kvalificirajućim razdobljem (razdobljem čekanja; njem. Wartezeit, eng. waiting period, qualifying period). Na ovaj način poslodavcu se olakšava otkazivanje, a veliki broj novozaposlenih radnika ostavlja bez zaštite za slučaj otkaza.


Kako se u njemačkoj judikaturi i doktrini ističe, svrha je kvalificirajućeg razdoblja, s jedne strane, dopustiti radniku stjecanje prava na radno mjesto tek nakon određenog razdoblja pripadnosti poduzeću, te, s druge strane, pružiti mogućnost poslodavcu da za to vrijeme provjeri rad i sposobnost radnika.

Norma njemačkog KSchG-a koja uređuje kvalificirajuće razdoblje prisilne je naravi, pa nisu dopuštena ugovorna odstupanja na teret radnika, kao što je produljenje 6-mjesečnjeg razdoblja čekanja. Dopušteni su sporazumi stranaka kojima se razdoblje čekanja isključuje ili skraćuje. Sporazumi u pojedinačnim ugovorima o radu mogu biti izričiti ili prešutni. Ugovorno skraćenje kvalificirajućeg razdoblja stranke mogu urediti kolektivnim ugovorima ili sporazumima s radničkim vijećem.

Prema njemačkoj doktrini, kvalificirajuće razdoblje znači razdoblje u kojem je posloprimac u neprekinutom radnom odnosu u istom pogonu ili poduzeću (Betrieb oder Unternehmen). Zakonska pretpostavka stjecanja prava za slučaj otkaza vezana je

---

661 Uvedeno je Zakonom o uređenju nacionalnog rada (AOG, iz 1934. g.), u trajanju od 1 godine, a od 1951. godine skraćeno na sadašnji 6-mjesečni rok.
662 Više infra pogl. Otkaz zbog neuspjeha probnog rada.
663 Za službenike koji rade kraće od polovice punog radnog vremena (čl. 32. VertBG-A).
664 Poslodavac je radnicima koji su bili u radnom odnosu kraće od 6 mjeseci mogao otkazati ugovor o radu bez postojanja opravdanog razloga, bez obveze poduzimanja mjera kojima je cilj zadržati radnike u radnom odnosu i bez provođenja socijalnog izbora. Ovakva iznimka od općih pravila o otkazivanju odnosila se i na male poslodavce, koji su zapošljavali do pet radnika. No i u tom slučaju radniku je bio zajamčen propisani ili ugovoreni otkazni rok (redoviti otkaz). Zakon o radu, NN br. 38/95., 65/95., čl. 106. st. 5., Odredba je ukinuta Zakonom o izmjenama i dopunama ZR-a, NN br. 114/03.
666 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 222 (Rn. 29).
667 O postojanju prešutnog sporazuma može se govoriti u slučaju kada postoje određene okolnosti, na temelju čijeg se tumačenja može zaključiti da su se radnik i poslodavac sporazumjeli o ‘trajnom radnom odnosu’ (auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis). Prilikom tumačenja moraju se uzeti u obzir interesi obje ugovorne strane. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 221 (Rn. 25).
668 Ibid., str. 221-222 (Rn. 26).
tako uz formalnu činjenicu, pravno postojanje radnog odnosa, koje obje ugovorne strane mogu jednostavno utvrditi, čime se postiže pravna sigurnost. Šestomjesečni rok počinje teći trenutkom zasnivanja radnog odnosa (Begründung des Arbeitsverhältnisses), a to je, u pravilu, trenutak kada radnik, prema ugovoru, treba početi raditi. Radni odnos mora trajati bez pravnog prekida (ohne rechtliche Unterbrechung) dulje od 6 mjeseci. Pri računanju kvalificirajućeg razdoblja, prema formulaciji iz KSchG-a, važno je da je radnik obavljao rad u istom pogonu (Betrieb), odnosno u drugom pogonu, ali koji pripada istom poduzeću (Unternehmen). Kvalificirajuće razdoblje od 6 mjeseci mora biti ispunjeno u trenutku otkaza, tj. u trenutku dostave očitovanja o otkazu. Ovako rješenje otvara mogućnost da poslodavac otkaze ugovor o radu kratko prije proteka ovog roka i na taj način zlonamjerno spriječi primjenu zaštitnih odredbi o otkazu. Kako bi se poslodavca osjetilo u takvoj namjeri, judikatura i radnopravna doktrina zauzele su određena stajališta koja svoje uporište nalaze u primjeni analogijom pravila o nedopuštenom djelovanju na uvjet, povredi načela savjesnosti i poštenja ili zloporabi pojedinačnog prava. Ipak, čini se da najvažniju ulogu u određivanju suptilne granice između zaobilaženja zakona i njegova poštivanja imaju suci. U svojim odlukama BAG je zauzeo stajalište da otkaz izrečen prije proteka kvalificirajućeg razdoblja ne predstavlja povredu načela savjesnosti i poštenja ako je poslodavac time želio izbjeći pravni spor o socijalnoj opravdanosti otkaza, jer se kretao u dozvoljenim okvirima slobode otkazivanja iz čl. 1 KSchG-a.

669 Ibid., str. 222 (Rn. 27); BAG 22.5.2003 EzA § 242 BGB Kündigung Nr. 2 = NZA 2004, str. 399.
673 BAG 20.7.1977 AP GG Art. 33 Abs. 2 Nr. 3 = NJW 1978, str. 69.
674 Čl. 162. BGB-a Više: Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 87 (Rn. 87-88); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 223 (Rn. 32).
Kvalificirajuće razdoblje vezuje se uz radni odnos u neprekinutom trajanju, odnosno pripadnost radnika poduzeću (Betriebszugehörigkeit, Unternehmenszugehörigkeit). Za ocjenu postojanja radnog odnosa u neprekinutom trajanju bitan kriterij jest 'stvarna veza s ranijim radnim odnosom', odnosno identitet više radnih odnosa kod istog poslodavca koji slijede neprekinuto jedan za drugim (tzv. obveza zbrajanja). Relevantno je da prekid nije trajao dulje vrijeme, da za prestanak ranijeg radnog odnosa nije odgovoran radnik te da uslijedi nastavak zaposlenja (Weiterbeschäftigung) na istome mjestu. 

Poteškoće se javljaju kada tijekom trajanja radnog odnosa dođe do promjene pripadnosti radnika poduzeću. Doktrina je i ovdje odigrala značajnu ulogu utvrđujući pravila kojima bi se trebale riješiti takve situacije, a stranke se mogu i same, izričito ili prešutno, sporazumjeti o računanju kvalificirajućeg razdoblja.

Na radniku je teret dokazivanja da je ispunjeno kvalificirajuće razdoblje, da je ispunjenje bilo onemogućeno te postojanje sporazuma o uračunavanju prekida, isključenju ili skraćenju kvalificirajućeg razdoblja, dok poslodavac mora dokazati pravni prekid kvalificirajućeg razdoblja (radnog odnosa).

9.3.3. Godine života


9.4. Socijalna opravdanost otkaza

Temeljni postulat na kojem se temelji suvremeno zakonodavstvo zaštite od otkaza jest načelo socijalne opravdanosti otkaza. Socijalno je opravdan otkaz izrečen zbog ozbiljnog razloga, koji se može odnositi na „sposobnost radnika, ponašanje radnika i poslovne potrebe poduzeća, ustanove ili službe“ (čl. 4. Konvencije MOR-a br. 158).

U najširem smislu socijalno opravdani otkaz može se definirati kao otkaz kojim se interesi radnika narušavaju, ali je to narušavanje svedeno na najmanju moguću mjeru i opravdano je s aspekta interesa poslodavca, a temelji se na razlozima sposobnosti radnika, ponašanja radnika i poslovnih potreba poduzeća, ustanove ili službe, koji onemogućavaju daljnji nastavak radnog odnosa.

U nastavku se daje prikaz i analiza temeljnih teorijskih postavki načela socijalne opravdanosti otkaza, s naglaskom na stajališta njemačke radnopravne doktrine iz koje je ono i poteklo.

9.4.1. Klasifikacija (struktura) otkaznih razloga

Klasifikaciju otkaznih razloga njemačka pravna doktrina smatra važnom jer se njome ograničava i pojašnjava 'prostor za interpretaciju' onih pravila koja uređuju redoviti i izvanredni otkaz ugovora o radu. Na taj se način i sudovima olakšava utvrđivanje otkaznih razloga u postupku revizije. U klasifikaciji otkaznih razloga važna je podjela na apsolutne i relativne razloge za otkaz.

Apsolutni razlozi za otkaz (absolute Kündigungsgründe) mogu se definirati kao oni razlozi kod kojih suca nije ostavljena mogućnost izbora pa, ako takav razlog postoji, sudac mora prihvatiti otkaz bez obzira na okolnosti pojedinačnog slučaja ili težinu i intenzitet povrede ugovorne obveze. Ovakva vezanost suca ima za posljedicu neelastičnost u odlučivanju, jer spriječava utvrđivanje je li u konkretnom slučaju radnornome odnosu nanesena tolika šteta da je raskid ugovora opravdan. Prihvaćanje apsolutnih razloga za otkaz vodi k opasnosti stvaranja tako sveobuhvatnog shvaćanja radnopravne veze, u kojemu ne bi bilo mjesta za nova pravna shvaćanja prilikom donošenja ocjene. Zato u njemačkom pravu, uz

686 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 136 (Rn. 1).
687 Ibid., str. 137 (Rn. 2).
jednu iznimku,\textsuperscript{688} danas više ne postoje apsolutni razlozi za otkaz,\textsuperscript{689} a isto je i u drugim, analiziranim zakonodavstvima.

Za razliku od apsolutnih razloga za otkaz, neki razlog otkaza jest relativan (\textit{relative Kündigungsgründe}), prije svega zato što za opravdanost otkaza nije odlučujuće postojanje neke dokazane činjenice koja se može supsumirati pod neko činjenično stanje, nego djelovanje neke okolnosti (razloga) na konkretnu ugovornu odnos. Ovdje je neophodna vrijednosna ocjena djelovanja mogućeg otkaznog razloga na konkretnu sadržaj ugovora o radu.\textsuperscript{690}

Spomenimo da postoji niz razloga na kojima se otkaz ne smije temeljiti, a u suprotnome otkaz je nevaljan \textit{ex lege (automatically unfair)}. Riječ je otkazu koji je suprotan određenim pravima ili građanskim slobodama.\textsuperscript{691}

\textbf{9.4.2. Temeljna načela socijalne opravdanosti otkaza (otkaznih razloga)}

Prema stajalištu njemačke doktrine temeljna načela na kojima počivaju svi otkazni razlozi jesu: načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa, načelo odmjeravanja koristi i interesa, načelo \textit{ultima ratio} (načelo razmjernosti) i načelo prognoze, a ne temelji se na načelu jednakog postupanja.\textsuperscript{692}

\textbf{9.4.2.1. Načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa}

Načelo (ne)prihvatljivosti nastavka radnog odnosa (\textit{die (Un)zumutbarkeit der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses, (Un)Zumutbarkeitsprinzip}) njemačka doktrina smatra središnjim načelom (pojmom) otkaznog prava, koji se vezuje uz opravdanost redovitog i izvanrednog otkaza ugovora o radu.\textsuperscript{693} Primjenjuje se u više zakona, a njegova upotreba u sudskoj praksi vrlo često suprotna je stajalištem o njegovom sadržaju i funkciji.

Polazište za određenje sadržaja ovog načela predstavlja odredba KSchG-a o \textit{socijalno neopravdanom otkazu}, koji je definiran kao otkaz „koji nije uvjetovan razlozima koji su u


\textsuperscript{689} Kao primjer može se navesti odredba čl. 123. st. 1 GewO, prema kojoj je „neuredan način života“ bio apsolutni razlog za izvanredni otkaz; danas u pravilu takvo ponašanje nije relevantno. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 137 (Rn. 2).

\textsuperscript{690} Ibid., str. 137 (Rn 5.).

\textsuperscript{691} Termination of employment relationships, op. cit., str. 47 i d.


vezi s osobom ili ponašanjem posloprimca, ili s neotklonjivom poslovnom potrebo, a koji onemogućuju daljnje zaposlenje posloprimca u ovom poduzeću“ (čl. 1. st. 2. al. 1.).

Analiza navedene odredbe pokazuje da su u njoj nabrojene tri grupe otkaznih razloga, ali bez njihova detaljnijeg opisa. Zakon ne navodi konkretna činjenična stanja pod koja se mogu supsumirati pojedinačni slučajevi već samo upućuje na smjer iz kojeg može nastati neki poremećaj u radnom odnosu.694 Povod otkazu mogu biti razlozi koji leže u sferi radnika (osobi ili ponašanju), kao i neotklonjiva poslovna potreba koja ulazi u sferu poslodavca.695 Odredba je sadržajno uspoređiva s odredbom st. 1. čl. 107. ZR-a.

Prema stajalištu njemačke radnopravne doktrine navedene razlozi relevantni su samo kada za posljedicu imaju konkretan poremećaj (narušavanje) radnog odnosa (Störung des Arbeitsverhältnisses) zbog kojeg poslodavcu nije prihvatljivo nastaviti radni odnos. Neprihvatljivost nastavka radnog odnosa time postaje samostalni razlog otkaza, na kojem se temelje razlozi nabrojeni u navedenoj odredbi.696

Iako se razlog 'neprihvatljivosti' u ovoj odredbi ne spominje izričito, već se koristi sintagma „koji onemogućuju daljnje zaposlenje radnika u ovom poduzeću“, prema tumačenju doktrine neprihvatljivost nastavka radnog odnosa regulatorno je načelo koje je u navedenoj odredbi konkretizirano.697

Ovdje možemo istaknuti paralelu s hrvatskim pravom. U odredbama hrvatskog ZR-a o redovitom otkazu također nema izričitog pozivanja na (ne)prihvatljivost nastavka radnog odnosa.698 Ipak, priklanjamo se stajalištu njemačkih autora da je ideja o (ne)prihvatljivosti sadržana u tim odredbama na posredan način: ako otkazni razlog nije dostatan, od poslodavca se zahtijeva da se drži ugovora koji time postaje "prihvatljiv" (zugemutet). Pojam neprihvatljivosti ne predstavlja, dakle, zakonsku pretpostavku postojanja nekog od razloga za...
redoviti otkaz ugovora o radu, ali se koristi kod tumačenja tih razloga.\(^{699}\) Za razliku od redovitog otkaza, u propisima o izvanrednom otkazu pojam neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa izričito se navodi kao jedno od obilježja takvog otkaza.\(^{700}\) U tom je smislu nedvojbeno zadaća suca da u odlučivanju primjenjuju i tumače taj pojam.\(^{701}\) Spomenimo da se pojam neprihvatljivosti kod izvanrednog otkaza u njemačkom pravu daje i šire značenje u slučajevima posebne zaštite određenih skupina radnika, kojima radni odnos može prestati jedino izvanrednim otkazom.\(^{702}\)

Primjena poima (načela) neprihvatljivosti nije bez poteškoća. Kao najveći nedostatak ovog poima radnopravna doktrina ističe „izvanredno nejasan sadržaj poima“, koji sucu otvara željeni prostor za prosuđivanje.\(^{703}\) Iako je pitanje određenja sadržaja poima judikatura prepustila doktrini, zaključak je da unatoč intenzivnim naporima sadržaj i mjerilo ovog poima nisu pravno određeni \((rechtlich nicht fassbar)\). S druge strane, njegova površna primjena u praksi štetno utječe na pravičnost u odlučivanju, a u nekim slučajevima uz pomoć poima neprihvatljivosti skrivaju se stvarni razlozi i mjerila za ocjenjivanje.\(^{704}\)

Pojam neprihvatljivosti sadrži (kao i pojmov pravičnosti ili primjenjenosti) važnu pravnoetičku funkciju da odluku koju donosi sudac bude ispravna \((gerechte Rechtsfindung)\), pa čak i ako to znači „neprimjenu zakona po svaku cijenu“.\(^{705}\) Zbog toga sudac koji pri odlučivanju mora primijeniti pojam neprihvatljivosti uvijek ima i zadaću da cjelovito odmjeri zaštite koristi i interese.\(^{706}\) Sucu je vraćena mogućnost odmjeravanja interesa u svakom pojedinačnom slučaju, koja bi mu zatvoreni, taksativnim zakonskim nabrajanjem razloga za otkaz bila oduzeta. U materijalnom smislu načelo prihvatljivosti pretvara se time u načelo odmjeravanja koristi i interesa.\(^{707}\)

Znatna istovjetnost (zamjenjivost) načela (ne)prihvatljivosti nastavka radnog odnosa i odmjeravanja interesa prihvaćena je i potvrđena u onim pravnim normama koje ne sadrže

---

\(^{699}\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 146 (Rn. 35).

\(^{700}\) Čl. 626. st. 1 BGB-a; čl. 108. ZR-a; čl. 110. st. 1. ZDR-a.


\(^{702}\) Jedna od njih su nositelji dužnosti iz BetrVG-a, a drugu skupinu čine radnici na koje se primjenjuju odredbe Zakona o profesionalnom obrazovanju. Pojam neprihvatljivosti modificiran je s obzirom na posebnu narav ugovora i posebne materijalne pretpostavke iz tog zakona. Ibid., str. 148-149 (Rn. 40).

\(^{703}\) Govori se o „praznoj ljušci“, „čarobnoj formuli“, „blanketnom poimtu“. Ibid., str. 140 (Rn. 15, 16).

\(^{704}\) Ibid., str. 142 (Rn. 21).

\(^{705}\) Strogoz zakona, prisila institucija i pravna sigurnost stavljenje su u drugi plan radi pravičnosti u pojedinačnom slučaju. Ipak, pojam neprihvatljivosti ne sadrži kriterije pravičnosti. Ibid., str. 142 (Rn. 21).


\(^{707}\) Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 150; Preis, U., u: A/P/S, op. cit., str. 142-3 (Rn. 23).
samo kriterij (ne)prihvatljivosti nego traže i odmjeravanje interesa. Takva je, primjerice, norma o izvanrednom otkazu ugovora o radu. Njome se sucu nalaže da, prilikom ocjenjivanja postoje li činjenice zbog kojih strani koja otkazuje nije prihvatljivo nastaviti radni odnos, uzme u obzir sve okolnosti pojedinačnog slučaja i odmjeri interese obiju ugovornih strana. Neprihvatljivost nastavka radnog odnosa mora se, dakle, odrediti odmjeravanjem interesa obiju ugovornih strana, a ne ocjenom subjektivne pogodnosti otkazom samo jedne strane.\(^708\)

Istovjetnost (zamjenjivost) načela neprihvatljivosti načelom odmjeravanja koristi i interesa ukazuje na to da je načelo neprihvatljivosti samo korektivno načelo (bloß regulatives Prinzip). Zakonodavac je, dakle, sucu dao samo smjernicu da učini ono što on ne može – da odredi granice u svakom pojedinačnom slučaju pozivanjem na vladajuća pravna i vrijednosna shvaćanja, kroz odmjeravanje koristi i interesa.

Preostaje pitanje gdje će sudac pronaći materijalna vrijednosna stajališta koja će koristiti kod odmjeravanja interesa. On nema slobodu koju ima zakonodavac. Kako bi se osiguralo jednako postupanje prema svim stranama u sporu, obvezna je suca koristiti kriterije koje je utvrdio zakonodavac,\(^709\) odnosno postojeće vrijednosne kriterije pravnog poretka kako ih određuje pravna znanstvenost, a ne neka posebna, u radnom pravu vladajuća običajna shvaćanja. Relevantni su pritom teleološki kriteriji, počevši od smisla i svrhe ugovorne norme, preko zakonom utvrđenih sudova, do ustavnih i pravnoetičkih načela.\(^710\)

Unatoč navedenim nedostacima (neodređenost sadržaja i zamjenjivost s pojmom odmjeravanja koristi i interesa), pojam neprihvatljivosti obilno koriste i njemački zakonodavac i sudovi, vrlo često nekritički. Ipak, takve poteškoće otklanjaju se obvezom sudaca da se prilikom odlučivanja suci ne samo pozovu na ovaj pojam, nego ga i obrazlože.\(^711\)

9.4.2.2. Načelo odmjeravanja koristi i interesa

9.4.2.2.1. Dopuštenost odmjeravanja interesa u otkaznom pravu

Prema stajalištu njemačke doktrine ovo je jedno od najznačajnijih načela otkaznog prava. Kao što je rečeno, vrijedi za izvanredni otkaz ugovora o radu, kod kojeg je zakonodavac izričito propisao uzimanje u obzir interesa obiju ugovornih strana, i za redoviti otkaz, koji je također moguće samo na temelju opsežnog odmjeravanja interesa, bez obzira što ono nije izričito propisano zakonom.

\(^708\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 143 (Rn. 25).
\(^709\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 115 (Rn. 200).
\(^710\) Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 144 (Rn. 28); Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 155 i d.
\(^711\) O opasnostima pogrešne primjene pojma vidi Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 158.
Pitanja koja se javljaju u vezi s načelom odmjeravanja interesa jesu pitanje dopuštenosti i opsega odmjeravanja interesa u otkaznom pravu, utvrđivanja zaštićenih dobara i interesa te objektivnih načela za utvrđivanje važnosti pojedinih interesa.712

Odmjeravanje interesa kod izvanrednog otkaza ugovora o radu dopušteno je na temelju izričite odredbe zakona. Odredbe o izvanrednom otkazu sadrže tri polazišta od kojih mora poći sudac. To su (korektivni) pojam važnog razloga, pojam (načelo) neprihvatljivosti, kao i izričiti nalog da se izvrši odmjeravanje interesa obiju strana.713

Razvoj pravnog pravila kojim je uređen izvanredni otkaz u njemačkom pravu (čl. 626. st. 1. BGB-a) pokazuje nam da je odmjeravanje interesa od samog početka obilježeno neravnotežom interesa na teret strane koja otkazuje. Nju obilježavaju sljedeći elementi: odredba o izvanrednom otkazu kao pravna iznimka; kršenje načela pacta sunt servanda; prednost mogućnosti redovitog otkaza ugovora o radu; trenutačni prestanak radnog odnosa (čimbenik vremena); nužnost posebno intenzivnog gubitka povjerenja (Vertrauensstörung) i/ili štetno djelovanje po pagon.714

Za razliku od izvanrednog otkaza, kod redovitog otkaza, zbog nepostojanja izričitog zakonskog upućivanja na to, nije u potpunosti jasno ima li sudac ovlaštenje razmotriti, odnosno odmjeriti interese ugovornih strana pri odlučivanju o postojanju otkaznih razloga. Ponovimo da u njemačkom, kao ni u slovenskom i hrvatskom zakonu, pojam neprihvatljivosti nije zakonska pretpostavka postojanja nekog od razloga za redoviti otkaz ugovora o radu, ali se koristi pri njihovu tumačenju. Pojam neprihvatljivosti nije moguće odvojiti od odmjeravanja interesa, pa otuda i sporno pitanje. Ipak, kao što je navedeno, doktrina i judikatura odmjeravanje interesa smatraju relevantnim pri donošenju odluke o opravdanosti otkaza.

Ako se prihvati teza o dopuštenosti odmjeravanja interesa, slijedi pitanje o opsegu odmjeravanja interesa i koristi kod pojedinih vrsta otkaza. Kada je riječ o poslovno uvjetovanom otkazu, u svojoj ranijoj praksi njemački BAG zastupao je stajalište da je socijalnu opravdanost poslovno uvjetovanog otkaza moguće utvrditi jedino pažljivim odmjeravanjem interesa. Od takve prakse je odustao. Utvrđivanje jesu li organizacijske mjere poslodavca u razumnom odnosu s nedostacima koje one imaju za radnika, praktično je značilo kontrolo gospodarske svrhovitosti poduzetničke odluke, što nije prihvatljivo.715 U današnjoj

712 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 150 (Rn. 43); Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 184 i d.
713 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 150 (Rn. 43).
714 Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 489. i d.
praksi BAG-a nema presuda kojima se poslovno uvjetovani otkaz proglašava nevažećim samo zbog neprihvatljivih socijalnih teškoća za radnika ili zbog interesa zaštite radnika, a to je općeprihvaćena sudska praks i u drugim zemljama čija rješenja analiziramo u ovom radu.716

Zakon priznaje poslovno uvjetovani otkaz kao 'nužno zlo', ako nisu moguće manje drastične mjere, a ne priznaje socijalne posljedice otkaza kao kriterij njegove opravdanosti. Socijalno je neopravdan na otkaz kod kojega nije na ispravan način proveden socijalni izbor kojim socijalne posljedice otkaza mogu biti ublažene.717

Kod osobno uvjetovanog otkaza i otkaza uvjetovanih skrivljenim ponašanjem radnika zakon ne pruža kriterije za rješavanje sukoba interesa, pa je nužno izvršiti odmjeravanje interesa. Kod otkaza uvjetovanim skrivljenim ponašanjem radnika odmjeravanje interesa ne bi trebalo obuhvatiti ocjenjivanje pravičnosti koje nema veze s konkretnim otkaznim razlogom, već ga treba ograničiti na utvrđivanje važnosti kršenja ugovora u pojedinačnom slučaju (Gewicht der Vertragsbeeinträchtigung im Einzelfall), dakle na okolnosti u vezi s ugovorom o radu i činjeničnim stanjem.718 Bitno je utvrditi važnost, odnosno intenzitet povrede ugovora,719 posebice ako postoji povreda glavne ugovorne obveze, obveza rada (verträgliche Hauptpflicht, Arbeitspflicht). Ako su povrijeđene nebitne, sporedne ugovorne obveze (unwesentliche Nebenpflichten), za procjenu (ne)opravdanosti otkaza bit će odlučujuće je li došlo do ometanja rada pogona. Od ostalih okolnosti koje se mogu uzeti u obzir prilikom odmjeravanja interesa ističu se: obveza uzdržavanja (Unterhaltspflichten), koja u pravilu nije relevantna;720 bolest ili invalidnost, ako je u vezi s povredom ugovora; trajanje pripadnosti poduzeću, osobito trajanje ugovornog odnosa bez povreda ugovora, koje je bitno kod svih vrsta otkaza.721

U odmjeravanju interesa kod osobno uvjetovanog otkaza potrebno je, prema prihvaćenoj praksi BAG-a, prihvatiti stroga mjerilo, koja proizlaze iz važnosti konkretnih interesa radnika koje treba zaštiti. Prema prihvaćenom stajalištu osobno uvjetovani otkaz opravdan je kada, uzimajući u obzir pravim poretkom zaštićene interese radnika, postoji tako nenaizgubljene (Beeinträchtigung) zaštićeni poslovnih, poduzetničkih ili ugovornih

719 Radnikova obveza uzdržavanja velikog broja djece neće smanjiti važnost njegovog skrivljenog ponašanja kao razloga otkaza. Česte iako međunarodne pravne obveze uz utvrđenu mogućnost ponavljanja mogu biti razlogom za redoviti, ali i za izvanredni otkaz. Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 151 (Rn. 48).
interesa poslodavca da ovi, u konkretnom slučaju, pretežu nad postojećim pravnim stanjem koje je u korist radnika (njegovim ekonomskim i socijalnim interesima).\textsuperscript{722} Pri odmjeravanju interesa uvijek bi trebalo uzeti u obzir okolnosti u vezi s radnim odnosom (arbeitsverhältnisbezogene Umstände). Ograničenje sposobnosti (spremnosti) radnika za obavljanje rada može se svesti na okolnosti u vezi s poduzećem ili na normalnu posljedicu životne dobi i dugogodišnjeg rada u poduzeću,\textsuperscript{723} uz obvezu da se utvrde uzroci nesposobnosti (nespремnosti). Relevantna je i pripadnost radnika poduzeću i dotadašnji tijek radnog odnosa.\textsuperscript{724} Krivnja nije pretpostavka za ovu vrstu otkaza, ali kod odmjeravanja interesa može biti značajno kome pripisati otkazni razlog, poslodavcu (npr. uzrokovano nezgode u pogonu, ili bolesti) ili radniku (npr. izvršeno kazneno djelo koje nije u vezi s radnim odnosom).

9.4.2.2.2. Metode odmjeravanja interesa (utvrđivanje zaštićenih dobara i interesa i njihove važnosti)

Odmjeravanje interesa vezuje se uz okolnosti relevantne za ugovor o radu, odnosno radni odnos kao, prije svega, ekonomski odnos razmjene, usmjeren ostvarenju određenog ekonomskog i poduzetničkog cilja. Kod otkaza se mogu isticati svi oni interesi koji su u vezi s ostvarenjem te svrhe.\textsuperscript{725}

Zbog takve teleološke povezanosti sva dobra i interesi koji se uzimaju u obzir kod ocjene opravdanosti otkaza moraju se razvrstati u one koje je potrebna zaštita. Prva grupa interesa o kojima valja voditi brigu kod odmjeravanja jesu ugovorni interesi (vertragsbezogene Interessen) obje ugovorne strane.\textsuperscript{726} Oni se mogu utvrditi i negativnim određenjem: interesi koji nisu u vezi s ugovornim odnosom, ne mogu dovesti do otkaza. Neopravdan je onaj otkaz koji je uslijedio isključivo zbog povrede interesa koji ulaze u privatnu sferu poslodavca. Odmjeravanje svih okolnosti pojedinačnog radnog odnosa mora se temeljiti na vrednovanju konkretnog ugovornog odnosa.\textsuperscript{727}

U drugu grupu interesa koje treba zaštiti ulaze interesi poslovanja i poduzetnički interesi (betriebs- und unternehmensbezogene Interessen). Poslodavac se kod otkazivanja radniku može pozvati posebice na ove interese.\textsuperscript{728}

\textsuperscript{723} BAG 5.8.1976 AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 1.
\textsuperscript{724} Što je manje radnik grijesio tijekom radnog odnosa, to je veći teret na poslodavcu; kod kraćeg radnog odnosa tijekom kojeg je radnik činio puno pogrešaka, manji je teret na strani poslodavca. BAG 15.2.1984 AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 14.
\textsuperscript{725} Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 153 (Rn. 52).
\textsuperscript{726} Loc. cit.
\textsuperscript{727} Ibid., str. 227.
legitimiraju otkaz. Iz ovoga se izvodi i obveza poslodavca da u postupku iznese i dokaže činjenice iz kojih proizlaze interesi poslovanja i poduzetnički interesi.

Posebno je važno istaknuti općeprihvaćeno stajalište njemačke doktrine da svi otkazni razlozi moraju biti u vezi s poslovanjem (alle Kündigungsgründe betriebsbezogen sein müssen), što znači da i razlozi za otkaz koji se odnose na ponašanje ili osobu radnika ne mogu opravdati otkaz sami za sebe, nego samo onda ako je otkaz nužan zbog interesa poslovanja.729

Drugini riječima socijalno se opravdan otkaz koji se temelji na razlozima vezanim uz osobu ili ponašanje radnika samo ako ovi razlozi dovode do ometanja činidbe na strani radnika, koja uzrokuje poremećaj u općem tijeku rada.730 Napominjemo da se u njemačkoj radnopravnoj teoriji, uz izraz interes poslovanja, koriste i drugi izrazi, kao što je interes poslodavca ili poduzetnički interes. Općeprihvaćeno je da među njima nije potrebno praviti razlike,731 pa se zbog toga u ovome radu rabi izraz interes poslovanja, ali i poduzetnički interes, kao izraz šireg značenja.

Zbog uloge koju imaju interes poslovanja i poduzetnički interes, ne samo kod svakog poslovno uvjetovanog otkaza, nego i otkaza zbog drugih razloga, potrebno je utvrditi kolika je njihova važnost u odnosu na konkretno zaštićene interese radnika. Zato u odluci o osobno uvjetovanom otkazu i otkazu uvjetovanom skrivljenim ponašanjem radnika poslodavac ne smije interesima poslovanja dati veću važnost nego zaštićenim interesima radnika.732

Treća grupa interesa koju valja uzeti u obzir kod odmjeravanja jesu osobni interesi (interesi vezani uz osobu, personenebezogene Interessen) obje ugovorne strane. Ne postoji jedinstveno stajalište doktrine i sudske prakse o opsegu u kojem su relevantni osobni interesi radnika. Jedan od kriterija jest i vrsta otkaza. Smatra se da sud u sporu o opravdanosti otkaza treba uzeti u obzir samo one osobne interese koji proizlaze iz radnog odnosa (primjerice, trajanje pripadnosti poduzeću) ili su opravdani ciljem koji radnik ostvaruje ulaskom u radni odnos.733

Osim što mora utvrditi postojanje i važnost različitih interesa, sud utvrđuje i posljedicu koje može uzrokovati neka povreda ugovorne obveze koju počini radnik: konkretno

733 Ibid., str. 231-232.
ekonomske posljedice ili posljedice po poslovanje poduzeća. 734 Osim toga, relevantno je, kao što je navedeno, trajanje pripadnosti radnika poduzeću; zatim vrsta, težina i posljedice ponašanja za koje se tereti strana kojoj se otkazuje; krivnja koja, kao što je istaknuto, nije nužan, ali je važan vrijednosni kriterij za odmjeravanje; kao i vrijednosti zaštićene ustanovom.

Objektivnost odmjeravanja sudac može postići ocjenom važnosti i vrednovanjem zaštićenih pojedinačnih interesa prema sljedećim kriterijima prednosti: rang zaštićenih koristi i interesa, kumulacija zaštićenih koristi i interesa; intenzitet i snaga interesa (aktualnost, neophodnost i vremenski prioritet), krivnja, posljedice. 735

9.4.2.3. Načelo razmjernosti (otkaz kao krajnje sredstvo)

Načelo razmjernosti (das Prinzip der Verhältnismäßigkeit) jedno je od najznačajnijih načela prava o otkazu ugovora o radu. 736 Otkaz može biti samo krajnje sredstvo, ultima ratio. Na taj se način osigurava trajanje radnog odnosa kao temelja ekonomske i socijalne egzistencije radnika, što je svrha zaštitnih normi o otkazu. 737

U njemačko otkazno radno pravo načelo razmjernosti uneseno je odlukom BAG-a, iz 1978. godine. 738 U njoj se ističe da je za primjenu ovog načela odlučujuća okolnost da radni odnos za radnika u pravilu predstavlja temelj egzistencije. Redovitim otkazom poslodavac teško narušava organizaciju života radnika pa mora, u okvirima temeljnih društvenih zaštitnih pravila, koliko je to moguće, voditi brigu o interesima radnika kojemu je otkazan ugovor o radu. Posljedično tome, konačni otkaz ugovora o radu predstavlja posljednje moguće sredstvo (äußerstes Mittel), koje dolazi u obzir kada je prikladno i potrebno (geignet und erforderlich) da se otklene štete za poslovanje poslodavca te ako se čini primjerenim (angemessen) u odnosu na postavljen cilj. 739 Unošenje interesa „otklanjanja štete za poslovanje“ (betriebliche Beeinträchtigung) izraz je korporativističkih elemenata, odnosno ideje zajedništva i suradnje radnika i poslodavaca. 740

Kao blaža sredstva u odnosu na otkaz prihvaćeni su opomena (Abmahnung) i nastavak radnog odnosa na drugom radnom mjestu, odnosno uz druge uvjete rada, što neka

735 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 153-154 (Rn. 52-54).
737 Begründung des Regierungsentwurfes, RöA, 1951, str. 61, 63.
738 BAG 30.5.1978 AP BGB § 626 Nr. 70.
740 Radnik treba brinuti za prihode poslodavca i sprječavati njihovo smanjivanje. O korporativnom radnom pravu, vidi Ravnić, A., op. cit., str. 306. i d.
zakonodavstva izričito propisuju. U nekim slučajevima poslodavac i sam preuzima obvezu da prije izjavljivanja otkaza radniku primijeni neku blažu mjeru. 

Prihvaćanje načela razmjernosti kao jednog od načela otkaznog prava ovisi i o odgovoru na pitanje je li ono sadržano (konkretizirano) u zakonskim odredbama o otkazu.

U njemačkoj judikaturi i doktrini široko je prihvaćeno stajalište da je načelo razmjernosti otkaza ‘normativno priznato’ (i konkretizirano) u zakonskim odredbama o redovitom otkazu, što se dokazuje analizom zakonske formulacije o socijalno opravdanom otkazu (čl. 1. st. 2. al. 1. KSchG-a). Izraz ‘uvjetovan’ (bedingt) zakonodavac koristi kako bi izrazio da je temelj socijalno opravdanog otkaza u razlozima koji su u vezi s osobom, ponašanjem radnika ili neotklonjivom poslovnom potrebo.

Mjerodavne okolnosti jesu okolnosti koje ne samo uzrokuju, već i „uvjetuju“ otkaz, tj. čine ga nužnim kao posljednji od mogućih mjera kojima se uređuju pitanja promjene osoblja. Na isti način mogla bi se protumačiti drugačije formulirana zakonska odredba našeg ZR-a (čl. 107. st. 1.) kojom se dopušteni otkaz vezuje uz opravdani razlog.


Izvanredni otkaz je zbog toga iznimka ex lege, posljednje sredstvo.

Uz navedene oblike konkretizacije, načelo razmjernosti konkretizirano je i u odredbama koje uređuju blaža sredstva kojima se izbjegava otkaz: o obvezni poslodavac da prije konačnog otkaza ispita mogućnost daljnje zaposlenja radnika na predvidivo slobodnom radnom mjestu u istom poduzeću, ako je potrebno i uz izmijenjene uvjete rada, ili uz prikladne mjere prekvalifikacije ili dokvvalifikacije (uključujući i otkaz s ponudom.

743 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 233 (Rn. 66).
744 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 157 (Rn. 66).
izmijenjenog ugovora). Ako poslodavac prije otkaza nije ponudio radniku izmijenjene uvjete rada ili drugo radno mjesto, valjanost otkaza ovisiće o ocjeni je li ponuda izmijena bila moguća i prihvatljiva (ob ein Änderungsangebot möglich und zumutbar war).

Njemačka doktrina prepoznaje načelo razmjernosti i u pojmu „neotklonjiva poslovna potreba“, kojim se označava razlog opravdanosti poslovnim uvjetovanog otkaza (čl. 1. st. 2. al. 1. KSchG-a). Pojam se tumači kao izričit zakonski nalog korištenja načela potrebitosti (nužnosti) kao jednog od elemenata načela razmjernosti. Obilježje potrebitosti (nužnosti) temelji je obveze poslodavca da, u slučaju predviđanja poslovnim uvjetovanog otkaza, primijeni najblažu moguću sredstvo kako bi spriječio otkaz, a, s druge strane, ono isključuje potrebu opsežnog odmjeravanja interesa. Izraz „neotklonjiva poslovna potreba“ istovremeno ograničava i legitimira otkaz.


Do kuda sežu granice načela razmjernosti s obzirom na izbor blažeg sredstva? Za poslodavca će, prije svega, biti obvezna samo ona blaža sredstva koja je u mogućnosti pravno i stvarno poduzeti. U traženju blažeg sredstva poslodavac ne smije prijeći okvire ugovornog odnosa, radnog odnosa koji postoji između njega i radnika, što je u skladu s koncepcijom o zaštiti od otkaza kao individualnoj pravnoj zaštiti. Naime, radnik ne može radi zaštite svojeg pravnog položaja tražiti od poslodavca da zadare u pravnu sferu treće osobe. Blaže sredstvo, povezano sa zadiranjem u tute područje prava, može doći u obzir samo ako za to postoji pristanak treće osobe. Granice izbora blažeg sredstva mogu biti postavljene i pravom suodlučivanja radničkog vijeća.

745 Odredba čl. 107. st. 2. i 4.; čl. 88. st. 3. ZDR-a; čl. 1. st. 2. al. 2. i 3. KSchG-a. U odredbi njemačkog SGB-a knjiga IX., čl. 84. st. 1. posebno je konkretniziran otkaz zbog bolesti teških invalida provođenjem preventivnog postupka.
746 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 158 (Rn. 69).
747 Ibid., str. 158 (Rn. 71).
748 Ibid., str. 159 (Rn. 72).
749 Radnik ne može, kako bi spriječio vlastiti otkaz, tražiti skraćenje radnog vremena drugih radnika. Isto vrijedi i za tzv. otkaz razmjene (Austauschkündigung).
750 BAG 29.1.1997 AP KSchG 1969 § 1 Krankheit Nr. 32.
9.4.2.4. Načelo prognoze (otkazni razlozi odnose se na budućnost)

9.4.2.4.1. Općenito

Za opravdanost otkaza bitne su buduće posljedice prošlih i sadašnjih događaja. Razlozi koji opravdavaju prestanak ugovornog odnosa moraju imati značenje i za budućnost.\textsuperscript{751} Kod izvanrednog otkaza neprihvatljiv je (nemoguć) \textit{nastavak} radnog odnosa, a prema teorijskom tumačenju ta nemogućnost postoji i kod redovitog otkaza.

Pri donošenju odluke o otkazu nije dovoljna ocjena prošlih odnosno sadašnjih događaja već ju je potrebno utemeljiti na prognozi, predviđanju (\textit{Prognose}), jer se otkazni razlozi zbog svoje naravi odnosu na budućnost. Povezanost otkaznih razloga s budućnošću proizlazi iz biti radnog odnosa kao trajnog obveznopratnog odnosa. Stranke ugovora o radu ugovorno su vezane, u pravilu, na neodređeno vrijeme, a prijevremeni prestanak takvog odnosa moguć je samo zbog važnih razloga koji nastavak tog odnosa čine nemogućim.\textsuperscript{752}

Pretpostavka socijalno opravdanog otkaza jest poremećaj ugovornog odnosa koji se dogodio u prošlosti, ali je takve naravi da se budući uspješni nastavak ugovora čini nemogućim. Neki važan prošli događaj može poslužiti kao indicij opasnosti buduće štete za radni odnos (interese poslodavca). Poslodavcu nije prihvatljiv nastavak radnog odnosa ako mora računati s narušavanjem radnog odnosa u budućnosti. To je moguće utvrditi jedino prognozom.\textsuperscript{753} Iz takvog shvaćanja proizlazi i stajalište da otkaz ne smije imati karakter kazne. Ako se prognoza pokaže netočnom, postoji mogućnost njezinog ispravka, tzv., korektura prognoze (\textit{Prognosekorrrektur}).

9.4.2.4.2. Načelo prognoze kod pojedinih vrsta otkaza

Kod \textit{osobno} uvjetovanog otkaza, posebice otkaza zbog \textit{bolesti}, snažno se razvio zahtjev \textit{negativne prognoze} (\textit{das Erfördernis einer Negativprognoze}). Svrha otkaza u ovom slučaju nije sankcioniranje radnika nego zaštita poslodavca od budućih neprihvatljivih opterećenja (\textit{künftigen unzumutbaren Belastungen}).\textsuperscript{754} Radnik treba izgubiti svoje radno

\textsuperscript{751} Ovo stajalište utemeljeno je na: \textit{ex munc} djelovanju, karakterističnom za otakzn pravo; normativnoj strukturi otkaznih razloga; kao i sistematički obveznog prava u dijelu koje uređuje neizvršavanje činidbi (\textit{Leistungsstörungsrecht}). Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 159 (Rn. 74).


mjesto zbog bolesti samo ako se zbog toga može očekivati buduća šteta za poslodavca ('radni odnos'). Otkaz uvjetovan bolesću radnika isključen je ako je vidljiv skraj bolesti, odnosno kada je bolest izliječena i ne postoji opasnost njezina ponavljanja. Opravdanost otkaza ovisi zato o potpunoj ili djelomičnoj nemogućnosti radnika da u budućnosti obavlja činidbu rada.\footnote{Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 160 (Rn. 77).} Poslodavac je dužan dokazati postojanje činjenica koje se odnose na štetu interesima poslovanja ili ugovornim interesima.\footnote{To su, u pravilu, događaji i z prošlosti, na temelju kojih se može zaključiti da su i u budućnosti mogući poremećaji, ali se iznimno te činjenice ne moraju odnositi na prošlost kada zbog pravnih ili stvarnih prepreka obavljanja činidbe nastupi trajni poremećaj odnosa razmjene (primjerice, ukidanje dozvole za rad ili obavljanje zanimanja, trajna nesposobnost za rad). Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 160 (Rn. 78).}

Pretpostavka socijalne opravdanosti poslovnog uvjetovanog otkaza jesu budući viškovi radnika (künftiger Personalüberhang).\footnote{v. Hoyningen-Huene, Gerrick, Betriebsbedingte Kündigungen in der Wirtschaftskrise, NZA, H. 22, 1994, str. 1011; Preis, U., Autonome Unternehmensentscheidung, op. cit., str. 246 i d.} Otkaz se smatra opravdanim kada su okolnosti vezane uz poslovanje (npr. racionalizacija, nedostatak posla, satvaranje poduzeća) u trenutku otkaza već dobile konkretan oblik te se na temelju razumne poduzetničko-ekonomske analize predviđa da će okolnosti djelovati najkasnije s istekom obveznog otkaznog roka, zbog čega će radnik postati višak. Prognoza je kod ocjene valjanosti ovakvog otkaza uvijek potrebna.\footnote{BAG 8.11.1956 AP KSchG § 1 Nr.19; BAG 22.5.1986 KSchG § 1 Konzern Nr. 4 = NZA 1987, 124.}

Predviđanje valja utemeljiti na dovoljno sigurnom činjeničnom stanju, koje je moguće objektivno dokazati. Negativna prognoza utvrđuje se u dva smjera: hoće li se radno mjesto ukinuti najkasnije do proteka otkaznog roka te postoji li nakon proteka otkaznog roka smanjena potreba za osobljem, koja je već bila nastupila u trenutku otkaza.\footnote{BAG 17.1.1991 AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 162 (Rn 81); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 113 (Rn 195).}

Načelo prognoze prihvaćeno je i kod otkaza uvjetovanog skrivenim ponašanjem radnika.\footnote{Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 160 (Rn. 77).} Svrha otkaza usmjerena je na budućnost, na isključenje rizika daljnjih kršenja ugovora. Otkaz nema obilježja kazne.\footnote{Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 160 (Rn. 77).} Bitno je utvrditi postoji li opasnost od ponavljanja i uzrokuje li prošli događaj buduće posljedice zbog kojih je isključen uspješan nastavak radnog odnosa. Ponašanje radnika u prošlosti ima važno značenje za prognozu: teška povreda obveze može isključiti nastavak radnog odnosa zasnovan na povjerenju, a vrsta i način na koji je radnik povrijedio obvezu upućuje na rizik daljnjih povreda (opasnost od ponavljanja, Wiederholungsgefahr). Izvanredni otkaz opravdan je ne samo zbog opasnosti ponavljanja...
nego i zbog poljuljanog odnosa povjerenja (Erschütterung des Vertrauensverhältnisses), ako je riječ o težim povredama ugovora. Dokazivanje je dvostupanjsko: prvo valja utvrditi i ocijeniti ranije ponašanje suprotno ugovoru kao nužan temelj za prognozu, a zatim dokazati da je ugovorni odnos narušen i za ubuduće, odnosno da prijeti rizik daljnjih povreda ugovora, tzv., negativna prognoza.762 Prije otkaza radniku treba izreći opomenu kako bi ga se potaknulo na promjenu ponašanja. Opomena, u tom smislu, ima funkciju sigurnog temelja za postavljanje negativne prognoze.763

9.4.2.4.3. Pravo na zahtjev za nastavak radnog odnosa ili zahtjev za ponovno zaposlenje (korektura pogrešne prognoze)

Važnost prognoze kod odlučivanja o otkazu ugovora o radu u njemačkom pravu, dokazuju i stajališta doktrine i judikature o posljedicama pogrešne prognoze. Ako je prognoza bila pogrešna, priznaje se mogućnost ispravljanja takve prognoze jamstvom određenih prava radniku, odnosno utvrđivanjem obveza poslodavca. Mogućnost ispravljanja pogrešne prognoze ovisi o trenutku saznanja da je prognoza bila pogrešna.

Ako se prognoza pokaže pogrešnom prije isteka otkaznog roka, prema stajalištu BAG- a ne postoji obveza poslodavca da, na temelju obveze skrbi (Fürsorgepflicht), ponudi radniku nastavak radnog odnosa, iako još uvijek postoji radnikovo radno mjesto.764 Ipak, ovisno o okolnostima pojedinačnog slučaja, radniku može biti priznato pravo na zahtjev za novo zasnivanje radnog odnosa (Neubegründung des Arbeitsverhältnisses).765 Doktrina smatra da bi nakon isteka otkaznog roka prednost trebalo dati pravnoj sigurnosti i ugovornoj slobodi disponiranja poslodavca, dakle ne dopustiti korekturu pogrešne prognoze.766

Radnik kojemu je otkazano zbog poslovnih razloga ima pravo zahtijevati ponovno zaposlenje (Wiedereinstellungsanspruch) ako se između trenutka izricanja otkaza i isteka otkaznog roka pojavljuje mogućnost daljnjeg zaposlenja (Weiterbeschäftigungsmöglichkeit), koja se ranije nije mogla predvidjeti.767 Zahtjev za ponovnim zaposlenjem radnik može postaviti ne

763 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 163 (Rn. 82).
765 BAG 8.11.1956 AP KSchG § 1 Nr. 19; BAG 15.3.1984 AP KSchG 1969 § 1 Soziale Auswahl Nr. 2 mit Anm. Wank i dr. odluke nižih zemaljskih sudova.
766 Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 161 (Rn 80); o procesnim pitanjima Bram, Rainer, Rühl, Werner, Praktische Probleme des Wiedereinstellungsanspruchs nach wirksamer Kündigung, NZA, H. 19, 1990, str. 753-758 (beck-online, 30.7.2009.).
samo kod poslovno nego i kod osobno uvjetovanog otkaza zbog bolesti radnika, ako je iznenada ozdravio za vrijeme otkaznog roka.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 236 (Rn 74).}


Prikaz stajališta sudskih praksi i doktrina dokazuje da je načelo prognoze jedno od najspornijih načela njemačkog otkaznog prava. Novijeg je datuma, ali mu se posvećuje sve više pažnje.\textsuperscript{775} Njegovi kritičari ističu kako bi zahtjev radnika za ponovnim zaposlenjem kod poslodavca koji mu je otkazao ugovor o radu na osnovi pogrešne prognoze trebalo, umjesto na „slabim teorijskim temeljima“ načela prognoze, zasnovati na pravičnosti (\textit{allgemeine Billigkeitserwägungen}): nepravičan rezultat prognoze potrebno je ispraviti.\textsuperscript{776}

Sa stajališta načela prognoze odnosno „korekture pogrešne prognoze“ mogu se analizirati dvije odredbe ZR-a: čl. 108. st. 7. i 8., kojima se zabranjuje poslodavcu koji je otkazao radniku poslovno uvjetovanim otkazom da na istim poslovima 6 mjeseci zaposli drugog radnika, te obvezuje isti poslodavac da ponudi sklapanje ugovora o radu radniku kojemu je otkazao ako se u istom roku kod poslodavca pojavio potreba zapošljavanja zbog obavljanja istih poslova. Svraža je ove odredbe spriječiti poslodavca da otkaže određenom radniku kako bi na njegovo radno mjesto zaposlio novog radnika. No, ako prihvatimo načelo prognoze kao jedno od temeljnih načela otkaznog prava, u istoj odredbi moguće je prepoznati i drugu svrhu iste odredbe: ispravljanje pogrešne procjene o nužnosti otkaza, odnosno nemogućnosti nastavka radnog odnosa.

9.4.2.5. Načelo jednakog postupanja

S obzirom na načelnu slobodu poslodavca da nekom radniku otkaže, a drugome ne, u otkaznom pravu načelo jednakog postupanja u pravilu ne nalazi svoju primjenu. Opće pravo zaštite od otkaza oblikovano je kao pojedinačno pravo, pa se kod razmatranja socijalne opravdanosti otkaza načelo jednakog postupanja u pravilu ne uzima u obzir.\textsuperscript{777} Postojanje razloga za otkaz procjenjuje se uvijek s obzirom na konkretan odnos između poslodavca i radnika. Pri razmatranju okolnosti nekog otkaza ne primjenjuje se načelo jednakog postupanja, već utvrđuje neprihvatljivost nastavka radnog odnosa uzimanjem u obzir svih okolnosti slučaja.

Situacija je, ipak, drukčija kada poslodavac u slučaju istih povreda radnih obveza (tzv. potpuna istovjetnost povreda, \textit{völliger Gleichheit der Störungen}) koje istovremeno počinio veći broj radnika, otkaže samo jednom radniku, a ne svima (tzv., nasumični otkaz, \textit{herausgreifende Kündigung}), iz čega se može zaključiti da je poslodavcu prihvatljivo nastaviti radni odnos i s

\textsuperscript{775} Berkowsky, W., Münchener Arbeitsrecht, op. cit., Rn. 66.
\textsuperscript{776} Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 237 (Rn. 77).
radnikom kojemu je otkazao ugovor o radu. Ako je poslodavac za istu povredu radne obveze prigovorio dvojici radnika, ali otpusti samo jednoga, prema stajalištu njemačke doktrine, treba posebno objasniti zbog čega mu je nastavak radnog odnosa s jednim radnikom neprihvatljiv, dok s drugim ostaje u radnom odnosu.

9.4.3. „Stvaran i ozbiljan razlog“ otkaza (cause réelle et sérieuse) francuskog prava


U doktrini se kritizira nepostojanje definicije 'stvarnog i ozbiljnog razloga', smatrajući da je ona nužna zbog pravne sigurnosti, i moguća, jer postoje korisne smjernice za takvu definiciju.

9.4.3.1. Obilježja „stvarnog razloga“

Teoretičari se slažu da „stvarni razlog“ mora biti objektivan, postojeći i egzaktan (cause objective, existante et exacte). Razlog je stvaran, ako ima obilježje objektivnosti, što isključuje predrasude, osobno sviđanje, dobro ili loše raspoloženje poslodavca

---

778 BAG 22.2.1979, DB 1979, 1659, 1660.
782 Od 1985. g. ovaj sud kontrolira obrazloženja (motivation) odluka nižih sudova, što uključuje kritiku obrazloženja odluka i eventualne prigovore takvim odlukama. Na temelju podataka o pojedinačnom slučaju i svojeg intimnog uvjerenja sudac tog suda odlučuje je li razlog otkaza koji je poslodavac navio stvaran i ozbiljan. Praksa Suda postaje praksa pojedinačnih slučajeva, a Vrhovni sud predstavlja treću zakonodavnu instancu. Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 429.
783 Ibid., str. 429-430.
784 Ibid., str. 430.
(primjerice, neka pogreška, profesionalna nesposobnost ili organizacija poduzeća).\textsuperscript{785} Uz obilježje objektivnosti, pojam stvarnog razloga implicira \textit{postojanje} razloga i njegovu \textit{istinitost}. Razlog na koji se poslodavac poziva nije stvaran ako je očito da prijašnji događaj više ne postoji, kao što nije stvaran niti onaj razlog kada događaj postoji, ali nije pravi/istinit razlog otkaza. Ovdje je moguće povući paralelu s načelom prognoze njemačkog prava.

Razlog otkaza objektivan je ako se očituje u vanjskim pojavama koje se mogu provjeriti. Nasuprot tome, razlog je subjektivan ako se ne odnosi na određeni događaj, postoji samo u razmišljanju (\textit{esprit}) poslodavca. Neslaganje radnika s drugim članovima kolektiva jest objektivan razlog ako to ugrožava normalno funkcioniranje poduzeća; razlog otkaza nije objektivan ako se poslodavac poziva na težak karakter radnika bez detaljnijeg obrazloženja vanjskih manifestacija takvog karaktera.\textsuperscript{786}

Praksa Kasacijskog suda pokazuje da on dugo vremena nije tražio da razlog otkaza ima objektivni karakter. Kao stvaran i ozbiljan razlog otkaza prihvaćao je, posebice, \textit{gubitak povjerenja} (\textit{la perte de confiance}) koji se ne temelji ni na kakvom određenom događaju, ili „obostranu odsutnost povjerenja koja predstavlja zapreku nastavku radnog odnosa“.\textsuperscript{787} Bez obzira na kritike takve sudskie prakse, sudovi su niz godina zastupali stajalište da utisci poslodavca (\textit{les impressions de l'employeur}) mogu predstavljati stvaran i ozbiljan razlog otkaza.

Sud je napokon promijenio svoju praksu 1990. g., presudom u slučaju \textit{Mme Fertray}, potvrđujući kao načelo „da otkaz zbog razloga koji je u vezi s osobom mora biti utemeljen na objektivnim elementima; gubitak povjerenja na koji se poziva poslodavac ne predstavlja samo po sebi razlog za otkaz“.\textsuperscript{788} Ovakvo stajalište imalo je značajne posljedice: s jedne strane, poslodavac više nije mogao zakonito otpustiti radnika zbog ponašanja njegovih srodnika, niti, s druge strane, otkaz može biti zakonito izjavljen zbog razloga „sumnje“ (\textit{soupçons}) poslodavca u kažnjivo ponašanje radnika. Prema mišljenju Kasacijskog suda neslaganje i inkompatibilnost raspoloženja radnika i poslodavca predstavlja stvaran i ozbiljan razlog.

\textsuperscript{785} Istaknuto tijekom parlamentarnih rasprava 1973. g. ibid., str. 431.
\textsuperscript{786} Loc. cit.
\textsuperscript{787} Gubitkom povjerenja smatrali su se i napeti odnosi koji su postojali između poslodavca i nekog od njegovih radnika, jer je poslodavac bio u lošim odnosima sa supružnikom tog radnika. Poslodavac je, dakle, otkazao ugovor o radu zbog straha da će radnik odati svade svog supružnika s poslodavcem; osjećaje poslodavca, koji su tipično subjektivan razlog, Kasacijski je sud prihvaćao kao stvaran i ozbiljan razlog.
otkaza, u skladu s pozitivnim pravom i zahtjevom da razlog otkaza sadrži „objektivne elemente“. 789

Razlog na koji se poziva poslodavac „stvaran“ je ako događaj koji predstavlja razlog raskida ugovora o radu stvarno postoji. Prema stajalištu u judikaturi nije dovoljna izjava poslodavca da je otpustio radnika zbog profesionalne nesposobnosti, već je potrebno preciznije određenje o kakvoj je nesposobnosti riječ, odnosno kako se ona očituje. Nije prihvatljivo „nejasno, neprecizno i difuzno“ navođenje razloga, kao i odsutnost točnih činjenica i datuma. 790 Nezakonit je i otkaz u slučaju kada poslodavac ne uspije pred sucem dokazati određene nedostatke. 791 Suci ispituju jesu li rezultati rada stvarno loši (effectivement mauvais).

Točnost razloga često se poklapa odnosno miješa s postojanjem razloga. Može se reći da je razlog na koji se poziva poslodavac (npr. nesposobnost radnika da obavi rad) netočan kada sud ne može utvrditi postojanje tog razloga. Ovdje pojam netočnosti ne pomaže u utvrđivanju postojanja razloga niti koristi kao bi se bolje odredio pojam stvarnog razloga.

Međutim, netočnost razloga igra originalnu ulogu kada radnik poriče da je činjenično stanje pravi razlog (le véritable motif) otkaza. Primjerice, radnik nekog hotela otpušten je jer je uzeo lončiće s marmeladom i tanjuriće za maslac koje su ostavili gosti na pladnju za doručak. Ispitujući ukupnost činjenica koje su prethodile otkazu, sudac je ocijenio da sitna krađa radnika nije pravi razlog otkaza radniku, nego je „točan“, „stvaran“ razlog otkaza svjedočenje radnika tijekom postupka razvoda svoga poslodavca. Razlog koji je poslodavac naveo bio je samo izgovor koji je prikrivao pravi razlog te je otkaz proglašen nezakonitim. 792

9.4.3.2. Ozbiljan razlog (cause sérieuse)

Tumačenje ozbiljnog razloga dao je francuski ministar rada u raspravi koja je prethodila usvajanju Zakona, iz 1973. g.: „Ozbiljan razlog je razlog koji daje određenu težinu, koji čini nemogućim nastavak rada bez štete za poduzeće i koji otkaz čini nužnim“. 793 Može se zaključiti da je ovako određen ozbiljan razlog opravdani razlog, a otkaz je ultima ratio. Ozbiljan razlog može biti neka ozbiljna pogreška (la faute) radnika ili prekršaj radnika, ali i profesionalna nesposobnost ili nedovoljni rezultati rada radnika, koji nisu rezultat namjernog,

voljnog neizvršavanja ili lošeg izvršavanja ugovornih obveza; gubitak povjerenja u radnika; te ekonomski razlozi.\(^{794}\)

Definicija ozbiljnog razloga utjecala je na sudsku praksu, posebice u onom dijelu o otkazu zbog pogrške radnika. U njoj je prihvaćeno novo stajalište prema kojem „laka“ pogrška radnika (la faute légère) nije ozbiljan razlog otkaza.\(^{795}\) Sudska praksa otklonila je još jedno, s time povezano, sporno pitanje: je li nužno da pogrška radnika bude „teška“ (grave) kako bi poslodavac imao pravo na otkaz? Prihvaćeno je postojanje srednje kategorije pogrške (le faute intermédiaire), između teške i lake pogrške, koja je takve naravi da opravdava otkaz. Razlikovanje pogršaka prema težini dalo je sučima veliku moć da u konkretnim slučajevima ocjenjuju može li pogrška radnika koja nije teška opravdati otkaz.

Pogrška radnika može biti ozbiljan razlog otkaza samo ako je profesionalne naravi. Iznimka je pogrška počinjena izvan radnog vremena i mjesta rada koja je uzrokovala poremećaj bitan za poduzeće, s obzirom na rad radnika i krajnji cilj poduzeća.\(^{796}\) Osim profesionalne pogrške ozbiljan razlog otkaza može biti ponašanje ili, općenitije, osobna situacija radnika, ako značajno utječe na dobro funkcioniranje poduzeća.\(^{797}\) U tome prepoznajemo korporativistički elemente, spomenute u dijelu o načelima otkaznog prava.

Zadaća je suca da u svakom pojedinačnom slučaju ispita je li razlog otkaza takve naravi da čini nemogućim nastavak ugovora o radu jer uzrokuje ozbiljnu štetu poduzeću.\(^{798}\)

9.4.3.3. Dokazivanje stvarnog i ozbiljnog razloga i rizik dokazivanja

Za dokazivanje stvarnog i ozbiljnog razloga u francuskom pravu vrijedi inkvizitorno načelo.\(^{799}\) Položaj ugovornih stranaka izjednačen je jer nijedna od stranaka ne nosi teret dokaza. U skladu s čl. L. 122-14-3 Code du travail sudac može, prema svojoj ocjeni, dodijeliti zadatok utvrđivanja dokaza jednoj ili drugoj strani. Ako tako prikupljeni dokazi nisu dovoljni, sudac sakuplja ostale dokaze poduzimanjem primjerenih istražnih mjera (mesure utvrđivanja dokaza).

\(^{794}\) Rojot, J., France, op. cit., str. 119-120.

\(^{795}\) Do tada sudovi su utvrdivali da otkaz zbog male pogrške (le faute légère) nije ‘abuzivni’ otkaz. Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 434.


\(^{798}\) Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 436-437.

\(^{799}\) Izmjene u području dokazivanja od akuzatornog prema inkvizitornom postupku izvršene su Zakonom, iz 1973. g. Teret dokazivanja da raskid ugovora predstavlja otkaz jest na radniku.
Na temelju prikupljenih dokaza sudac ispituje dokazanost i valjanost otkaznih razloga. Treba utvrditi ne samo je li razlog koji je poslodavac naveo stvaran i ozbiljan nego i postoji li neki drugi razlog, kako to navodi radnik, te je li taj drugi razlog istinit (točan, pravi) razlog otkaza. Pravilima iz ovog članka zakona sucii su dane velike ovlasti jer se može, prema slovu zakona, „poslužiti svim istražnim mjerama stranaka koje smatra korisnima“, ali isto tako može odbiti narediti neku istražnu mjeru koju je zatražila stranka. Stranke u postupku zato imaju interes, premda ne nose teret dokaza, dostaviti sucii sve moguće elemente koji potkropljuju istinitost njihovih navoda.

Treba istaknuti da je namjera zakonodavca i svrha navedenih zakonskih odredbi prebacivanje rizika dokazivanja na poslodavca. Za vrijeme parlamentarnih rasprava ministar rada jasno je naznačio da će poslodavac tijekom postupka imati posebnu odgovornost kod dokazivanja. Neuspjeh poslodavca treba ići u korist radnika. Ako sudac ne može utvrditi stvaran i ozbiljan razlog, mora otkaz proglasiti nezakonitim. To je u potpunosti potvrđeno izmjenama zakona, iz 1989. g., prema kojima „ako postoji sumnja, to ide u korist radnika“. 802

9.4.4. Potencijalno opravdani razlozi otkaza (potentially fair reasons) britanskog prava

Prema britanskom zakonu ERA (1996) svi potencijalno opravdani razlozi za otkaz (potentially fair reasons) svrstani su u pet kategorija. To su: razlozi u vezi sa sposobnošću i kvalifikacijama radnika za obavljanje rada zbog kojeg je zaposlen; razlozi koji se odnose na ponašanje radnika; višak radnika; zakonska zabrana radniku da nastavi raditi na postojećem radnom mjestu te „drugi bitni razlozi koji su takve vrste da opravdavaju otkaz radniku koji radi na radnom mjestu na kojem je radio radnik“ (čl. 98. st. 1., 2.). Tumačenje prve četiri posebne kategorije razloga za otkaz vrlo je široko. Razlog mora uvijek biti „bitan“ (substantial), što proizlazi iz pozivanja na „druge bitne razloge“ (other substantial reasons) koji čine petu kategoriju razloga. 804

802 Lyon-Caen/Péli ssier/Supiot, op. cit., str. 439.
803 “… some other substantial reason of a kind such as to justify the dismissal of an employee holding the position which the employee held“.
Osim što mora biti potencijalno opravdan razlog, svaki razlog otkaza mora biti „dovoljan razlog da bi se moglo otpustiti radnika“ (sufficient reason, in the circumstances, for dismissing the employee). Zahtjev da razlog otkaza bude „dovoljan“ proizlazi iz zakonske odredbe kojom se uređuje jedna faza dvostupanjskog testa zakonitosti (opravdanosti) otkaza (fairness of dismissal), koji se odvija pred sudom.

U dvostupanjskom testu ispituje se: 1. postojanje razloga za otkaz (reasons for dismissal) te 2. razumno postupanje poslodavca (reasonableness of the employer's conduct). U prvoj fazi poslodavac treba dokazati da je otkaz izrekao zbog razloga koji je „potencijalno opravdan“, dakle, dokazuje zakonsku osnovu prestanka radnog odnosa (zakonom propisan, dopušteni razlog otkaza). Na raspolaganju ima pet nabrojenih kategorija opravdanih razloga za otkaz. Otkaz se ne smije izreći zbog razloga koji su ex lege neopravdani (automatically unfair reasons, illegitimate per se), a treba dokazati i zakonitost provedenog postupka otkazivanja. U drugoj fazi sud utvrđuje je li poslodavac „postupao razumno ili nerazumno određujući razlog na koji se oslonio kao dovoljan razlog za otkazivanje radniku, s obzirom na okolnosti“. Ipak, utvrđivanje ponašanja poslodavca smatra se više postupovnopravnim nego materijalnopravnim pitanjima, tj. manje se bavi zakonitošću posljedice, a više zakonitošću postupka kojim se do nje došlo.805

Standard razumnosti (standard of 'reasonableness') promjenjiv je, jer sud mora uzeti u obzir veličinu i administrativne resurse poduzeća, te sadrži snažan element diskrecije jer sud mora odlučiti je li poslodavac postupao razumno na temelju pravičnosti i bitnih okolnosti slučaja (substantial merits of the case).806

Prema odredbi zakona ERA poslodavac mora dokazati „razlog (ili, ako ih je više, glavni razlog) za otkaz“ i da taj razlog ulazi u jednu od propisanih kategorija potencijalno opravdanih razloga. Taj 'glavni' razlog predstavlja važan razlog (relevant reason) koji je postojao u trenutku otkaza i razlog na temelju kojeg sud prosuđuje ponašanje poslodavca.807 Važan razlog je razuman i 'dovoljan' razlog.

Poput francuskog prava koje traži da razlog otkaza bude točan (istinit, pravi; cause exacte), i u britanskom pravu opravdani razlog mora biti 'pravi razlog' (real reason). Sud u postupku utvrđuje razlog koji je bio motiv otkaza.808

805 Naglasak na postupovnoj pravičnosti ograničen je nakon što je 2004. godine unesena odredba prema kojoj propuštanje zakonskog postupka ne čini postupanje poslodavca samo po sebi nerazumnim ako se pokaže da bi poslodavac, čak i u slučaju da je poštitao postupak, bio odlučio otpustiti radnika. Ibid., str. 470.

806 Loc. cit.


808 Ne postoji 'pravi razlog' kada je poslodavac iznio pogrešan razlog zbog ljubaznosti; ako je imao poteškoća u dokazivanju činjenica koje su ga stvarno navele na otkaz radniku ili je pogrešno opisao razlog zbog neke
9.5. Osobno uvjetovani otkaz ugovora o radu

9.5.1. Pojmovno određenje

S teorijskog stajališta osobno uvjetovani otkaz (engl. dismissal for a lack of capability (qualifications); njem. personenbedingte Kündigung; franc. licenciement pour motif inhérent à la personne; slov. odpoved pogodbe o zaposlitvi iz razloga nesposobnosti) može se definirati kao otkaz koji „omogućuje poslodavcu da od sebe otkloni štetne posljedice vezanosti ugovorom o radu u slučaju kada radnik, bez svoje krivnje, ne može uredno izvršavati obveze iz radnog odnosa, jer su u njegovim sposobnostima ili osobinama nastale određene trajne promjene koje ga u tome onemogućuju“.

Analiza pokazuje da suvremeni zakoni sadrže relativno jednostavne, manje ili više detaljne definicije osobno uvjetovanog otkaza. U tako postavljennim, nejasnim okvirima poslodavci moraju sami prosuditi postoji li u konkretnom slučaju razlog za otkaz, čime se otvaraju vrata pravnoj nesigurnosti. No ni primjerično, kao ni taksativno, normiranje ove vrste otkaza ne bi moglo pokriti veliko mnoštvo različitih činjeničnih stanja (slučajeva) u kojima je opravdan osobno uvjetovani otkaz. Značajnu ulogu u ujednačavanju kriterija i postizanju određenog stupnja pravne sigurnosti zato imaju sudska praksa i radnopravna teorija.

Njemački KSchG ne sadrži definiciju već se samo poziva na „razloge u osobi posloprimca“ (die Gründe in der Person des Arbeitnehmers). U nedostatku zakonske definicije pojmovno određenje osobno uvjetovanog otkaza daju sudska praksa i doktrina. Pretpostavka osobno uvjetovanog otkaza jest nemogućnost radnika da zbog svojih osobnih sposobnosti i osobina (persönliche Fähigkeiten und Eigenschaften) ubuduće izvršava svoje obveze iz ugovora o radu u cijelosti ili djelomično. Hrvatski ZR sadrži formulaciju koja je gotovo identična navedenoj definiciji. Razlog za osobno uvjetovani otkaz definira se kao opravdani razlog u slučaju „ako radnik nije u mogućnosti uredno izvršavati svoje obveze iz radnog odnosa zbog određenih trajnih osobina ili sposobnosti“ (čl. 107. st. 1.).

Slovenski ZDR određuje preciznije razlog nesposobnosti radnika kao „neostvarivanje očekivanih rezultata rada, jer radnik rad ne obavlja pravovremeno, stručno i kvalitetno, ili neispunjavanje uputa za izvršenje rada, danih u skladu sa zakonom i podzakonskim propisima donesenim na temelju zakona, zbog kojih radnik ne ispunjava ili ne može ispunjavati


Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 385.

ugovorne ili druge obveze iz radnog odnosa“ (čl. 88. st. 1. al. 2.). Nesposobnost radnika subjektivna je kada rad ne obavlja dovoljno kvalitetno, pravovremeno i stručno, a objektivna kada izvire iz promijenjenih propisanih uputa za obavljanje rada.811

U austrijskom i francuskom pravu osobno uvjetovani otkaz kvalificira se kao „otkaz zbog nesposobnosti radnika“ (mangelnde Eignung; insuffisance professionelle).812 U austrijskom pravu otkaz zbog nesposobnosti radnika temelji se na nedostatku fizičke ili duševne sposobnosti radnika.813 U francuskom pravu uključuje profesionalnu nesposobnost ili nezadovoljavajuće izvršavanje činidbe rada, kao i gubitak povjerenja u radnika.814

Britanski zakon ERA (1996), među pet kategorija potencijalno opravdanih razloga (potentially fair reasons) za otkaz, razlikuje i razloge u vezi sa sposobnošću i kvalifikacijama radnika za obavljanje rada zbog kojeg je zaposlen te zakonsku zabranu da radnik nastavi raditi na postojećem radnom mjestu (čl. 98. st. 1., 2.). Sposobnosti i kvalifikacije definiraju se kao „sposobnosti koje se određuju s obzirom na stručnu spremu, vještinu, zdravje i druge fizičke ili mentalne kvalitete“, kao i „stupanj, diplomu ili drugu akademsku, tehničku ili profesionalnu kvalifikaciju važnu za radno mjesto“ koje je radnik imao (čl. 98. st. 3.). Postojanje nekog od razloga može opravdati dani otkaz, ali razlog mora u svakom slučaju biti i bitan (čl. 98. st. 1., b).

U hrvatskom, slovenskom i njemačkom pravu jedna od pretpostavki opravdanosti osobno uvjetovanog otkaza jest obveza poslodavca da prije otkaza pokuša radnika zaposliti na drugim poslovima, odnosno osposobiti ili obrazovati za rad na drugim poslovima, u čemu se vidi načelo ultima ratio. Istovremeno, to otkazivanje čini težim.

9.5.2. Pretpostavke osobno uvjetovanog otkaza

Iz navedenih pojmovnih određenja osobno uvjetovanog otkaza, kao i ranije razmatranih općih obilježja redovitog otkaza ugovora o radu, mogu se utvrditi pretpostavke o kojima ovisi dopuštenost, odnosno socijalna opravdanost osobno uvjetovanog otkaza. To su: nepostojanje sposobnosti te osobina radnika, zbog čega radnik nije u mogućnosti izvršiti

---

811 Relevantne su pritom samo one upute koje su određene u skladu sa zakonom, ili izvršnim propisima (primjerice o obrazovanju, stručnom ispitu), a ne i upute uređene akтом o sistematizaciji ili drugim autonomnim aktom poslodavca. Belopavlovič, Nataša, Postopek redne odpovedi iz razloga nesposobnosti in iz krivnega razloga po noveli ZDR-A, Delavci in delodajalci (dalje: DiD), letnik VII, št. 4, 2007., str. 558.
812 Otkaz zbog nesposobnosti radnika i otkaz zbog skrivljenog ponašanja radnika zajedno čine „otkaz zbog osobnih razloga“. Druga vrsta jest otkaz zbog ekonomskih razloga (vidi supra pogl. Klasifikacija otkaza ugovora o radu).
814 Rojot, J., France, op. cit., str. 119.
činidbu rada u cijelosti ili djelomično,816 narušavanje interesa poslodavca; nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika (bez ili uz prekvalifikaciju) i odmjeravanje interesa.816

9.5.2.1. Nepostojanje sposobnosti i osobina i negativna prognoza

Razlozima na strani (u obzirom) radnika smatraju se posebice oni koji nastaju u njegovoj sferi, a temelje se na svojstvima osobe (persönliche Eigenschaften) i sposobnostima radnika (Fähigkeiten des Arbeitnehmers).817 Te osobine i sposobnosti moraju biti takve naravi da radnik više nije u mogućnosti ubuduće ispunjavati svoje ugovorne obveze.

Prema vladajućem stajalištu u njemačkoj teoriji relevantan trenutak za procjenu postojanja ili nepostojanja sposobnosti izvršenja obvezne činidbe rada jest trenutak dostave otkaza kao i razdoblje odmah nakon toga, u kojem radnik vjerojatno neće posjedovati tražene sposobnosti.818 Nevažno je je li radnik imao neku sposobnost i osobinu, kao ni to može li je u dogledno vrijeme po prvi put, ili ponovno, steći.819

U njemačkom se pravu, za razliku od hrvatskog, trajnost osobina i sposobnosti radnika izričito ne spominje, ali se iz navedenih stajališta može zaključiti da su relevantne one osobine i sposobnosti koje radnik ima u trenutku dostave otkaza kao i neposredno, odnosno nakon toga, dakle, one koje će imati i u budućnosti. Pojam trajnosti treba shvatiti u relativnom smislu, kao prognozu sposobnosti i osobina radnika ograničenu na određeno buduće razdoblje.

Mislimo da bi takvo poimanje trajnosti trebalo uzeti u obzir i pri tumačenju zakonske sintagme trajnih osobina i sposobnosti radnika, kao i prihvaćanju tvrdnje da „privremena, kratkotrajna i promjenjiva nemogućnost obavljanja rada upravo radi takvih osobina ili sposobnosti ne bi bila dopuštena osnova za osobno uvjetovano otkazivanje“.820

Obilježje je osobno uvjetovano otkaza da je kod radnika, zbog nekih osobnih pretpostavki (persönliche Voraussetzungen), došlo do gubitka sposobnosti i osobina koje mu omogućavaju izvršiti činidbu rada u cijelosti ili djelomično (seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen ganz oder teilweise zu erfüllen). Postizanje ovog ugovornog cilja zbog takvih je okolnosti neostvarivo.
U hrvatskom pravu govori se o **urednom** izvršavanju obveza iz radnog odnosa, kao jednoj od pretpostavki. Uredno izvršavanje obveza trebalo bi, u skladu s jezičnim tumačenjem, značiti „način obavljanja rada načinom, u kolici i kvaliteti kako je propisano, ugovoreno ili se podrazumijeva prema nekim opće ili šire usvojenim stajalištima i mjerilima.“

U tumačenju može pomoći i, već citirana, detaljnija odredba slovenskog zakona.

Kako se okolnosti koje su razlog osobno uvjetovanog otkaza mogu javiti i u području ponašanja radnika (*Verhaltensbereich des Arbeitnehmers*), javlja se problem jasnog razgraničenja osobno uvjetovanog otkaza i otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika. U njemačkoj doktrini stvorena su dva bitna *kriterij* razgraničenja. Jedan je postojanje ponašanja koje je suprotno ugovoru o radu (*vertragswidrige Verhalten*). Ako ponašanje radnika nije suprotno ugovoru o radu, riječ je o osobno uvjetovanom otkazu.

Drugi važan kriterij jest kontrolabilnost: gubitak sposobnosti ili osobina koje su pretpostavka za izvršenje činidbe rada radnik ne može ili više ne može kontrolirati (*nicht oder nicht mehr steuerbar ist*).

To je razlog zašto kod osobno uvjetovanog otkaza općenito otpada potreba prethodnog upozorenja radnika, karakteristična za otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika.

Krivnja za nepostojanje sposobnosti ili osobina nije pretpostavka otkaza, ali se uzima u obzir kod odmjeravanja interesa (primjerice, samoskrivljena nesposobnost za izvršenje posla, ili nezgoda na radu zbog neprovođenja mjera sigurnosti od strane poslodavca). Također, valja ponoviti da otkaz ne smije biti sankcija za poremećaje radnog odnosa nastale u prošlosti.

Razlikovanje na temelju dva bitna kriterija, kriterija ponašanja suprotnog ugovoru i kriterija mogućnosti kontrole, omogućava relativno jasno razgraničenje osobno uvjetovanog otkaza i otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika, a sažetost toga je izrazio *U. Linck*: „Razlog za otkaz leži u osobi kada radnik želi, ali ne može; nasuprot tome, razlog za otkaz leži u ponašanju kada radnik može, ali ne želi.“

*Ž. Potočnjak* ističe da bi institut osobno uvjetovanog otkaza trebalo koristiti samo u određenim naročito teškim slučajevima, posebice s obzirom na činjenicu da često ne postoji direktna krivnja samog radnika za trajnu nemogućnost urednog obavljanja posla. Autor ističe kako se u Hrvatskoj poslodavci ne koriste često ovom vrstom otkaza; najčešće je to u

---

821 Loc. cit.
822 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 197 (Rn 475); Busseman/Schäfer, op. cit., str. 273 i d. (Rn. 499 i d.)
823 Tzv. mogućnost kontrole (*Steuerbarkeit*). Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 253 (Rn. 120).
824 “Na okolnosti koje nije moguće kontrolirati nije moguće upozoravati.” Loc. cit.
slučajevima kada je kod radnika utvrđena profesionalna nesposobnost za rad, a poslodavac ne raspolaže drugim poslovima za radnika, primjerenim njegovoj preostaloj radnoj sposobnosti.  

U navedenom stajalištu mogu se prepoznati elementi načela prognoze njemačkog prava. Njemačka teorija i sudska praksa vezuju i uz osobno uvjetovani otkaz potrebu postojanja, tzv., negativne prognoze, što znači da će takav otkaz biti socijalno opravdan samo ako poslodavac mora u budućnosti računati s neprihvatljivim opterećenjem radnog odnosa (unzumutbare Belastungen des Arbeitsverhältnisses), dakle, narušavanjem interesa poslodavca (interesa poslovanja ili ugovornih interesa). U usporedbi s Hrvatskom ovaj oblik otkaza u Njemačkoj je dosta čest. 

9.5.2.2. Narušavanje interesa poslodavca (stvaran negativan utjecaj na poslovanje) 

Kako svaki otkazni razlog mora biti u vezi s ugovorom ili poslovanjem, pretpostavka je osobno uvjetovanih otkaza da su zbog razloga koji leži na strani radnika stvarno, odnosno znatno, narušeni poduzetnički, ekonomski ili ugovorni interesi poslodavca.  

Poremećaj radnog odnosa mora biti takav da još traje u trenutku otkaza ili postoji bojazan da će se nastaviti i u budućnosti. Razlog za otkaz, koji može biti nepostojanje ili značajno smanjenje neke osobine radnika, sposobnosti za rad ili nedostatak neke stručne sposobnosti, mora postojati u trenutku otkaza, a potrebno je utvrditi i može li se računati s brzim obnavljanjem takvih osobina ili sposobnosti. 

U razmatranju socijalne opravdanosti otkaza naprve se ispituje postojanje sposobnosti i osobina radnika te mogućnost njihova brzog obnavljanja, slijedi ispitivanje postojanja stvarnog poremećaja radnog odnosa (interesa poslodavca), a na kraju se obavlja odmjeravanje interesa. I ovdje se primjenjuje načelo prognoze. 

9.5.2.3. Nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika 

Jedna od pretpostavki dopuštenosti (socijalne opravdanosti) osobno uvjetovanih otkaza jest i nemogućnost poslodavca da, prije izricanja otkaza, radnika čije su osobine ili

826 Potočnjak, Željko, Prestanak ugovora o radu (1997.), op. cit., str. 120.  
828 Primjerice, zbog bolesti (dugotrajne, kratkotrajne), ali i drugih razloga za otkaz (alkoholizam, ovisnost, slabije obavljanje činidbe rada).  
831 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 254 (Rn. 124).
sposobnosti izmijenjene ili više ne postoje, zaposli na drugom slobodnom radnom mjestu za koje takav nedostatak nije važan, ili je samo od manjeg značenja. U njemačkom pravu obveza daljnjeg zaposlenja radnika odnosi se na drugo radno mjesto u istom ili drugom pogonu (čl. 1. st. 2. al. 2. KSchG-a); u hrvatskom pravu riječ je o obvezi zapošljavanja na nekim drugim poslovima (čl. 107. st. 2. ZR-a); u slovenskom pravu govori se o zaposlenju pod izmijenjenim uvjetima ili na drugim poslovima (čl. 88. st. 3. ZDR-a). Ova obveza vrijedi i za poslovno uvjetovani otkaz.833

9.5.2.4. Odmjeravanje interesa

Primjena načela odmjeravanja koristi i interesa kod osobno uvjetovanog otkaza sastoji se u usporedbi narušenih interesa poslovanja i/ili ekonomskih interesa poslodavca do kojih je došlo zbog nedostataka (nesposobnosti) na strani radnika, s jedne, i opravdanih radnikovih interesa zaštite stalnosti radnog odnosa, s druge strane. Ako je riječ o kratkotrajnoj spriječenosti radnika, potrebno je utvrditi može li se otkaz spriječiti nekim prijelaznim mjerama (Überbrückungsmaßnahme).835

Bitno je istaknuti da razlog otkaza redovito nastaje bez krivnje radnika, pa je radnika potrebno zaštititi više nego u slučaju kada razlog otkaza uzrokuje svojim skrivljenim ponašanjem. Iako krivnja nije važna, kod odmjeravanja interesa valja uzeti u obzir obveze uzdržavanja i postojanje obveze daljnjeg zaposlenja radnika na drugim poslovima (Nemogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima) kao i krvivjnu poslodavca (nezgoda na radu, profesionalna bolest zbog neprovođenja mjera sigurnosti), te mogućnost da radnik u kratkom roku ponovno stekne osobine ili sposobnosti.

Od njemačkih sudaca traži se da pri odmjeravanju interesa uzmu u obzir sve okolnosti na strani radnika koje su u vezi s radnim odnosom: godine života, trajanje pripadnosti poduzeću, uzroke nesposobnosti koji leže na strani pogona, promijenjene naloge za obavljanje rada koje poslodavac nije dovoljno razjasnio radniku, obveze uzdržavanja kao i postoje

832 BAG 10.3.1977 AP Nr. 4 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit i dr.
833 Vidi infra pogl. Nemogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima.
834 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 141 (Rn. 283); BAG 23.1.1958 AP Nr. 50 zu § 1 KSchG i dr.
835 BAG 9.3.1995 AP Nr. 123 zu § 626 BGB zur Strafhaft.
836 Njem. schuldhaft herbeigeführte verhaltensbedingten Kündigungsgrund. Privatno ponašanje radnika, koje nije u vezi s ugovorom o radu niti je suprotno ugovoru, može iznimno biti opravdani razlog osobno uvjetovanog otkaza, ne i otkaza zbog skrivljenog ponašanja radnika. To će biti situacija kada zbog privatnog ponašanja radnika otпадne sposobnosti ili osobine potrebne za izvršenje činidbe rada. Autori navodi čest primjer osobno uvjetovanog otkaza profesionalnom vozaču kojem je oduzeta vozačka dozvola zbog vožnje u pijanom stanju dok je bio izvan službe. U ovom slučaju postoji razlog za osobno uvjetovani otkaz, a ne za otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika. Interese radnika ne treba posebno zaštititi. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 254 (Rn. 122); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 141 (Rn. 285). Isto stajalište prihvaćeno je u francuskoj doktrini i judikaturi u vezi s postojanjem 'ozbiljnog razloga'.

169
invalidnosti. Na strani poslodavca uzima se u obzir svako narušavanje interesa (interesa poslovanja i ekonomskih interesa), do kojeg je doveo neki otkazni razlog.\textsuperscript{837}

9.5.2.5. Socijalni izbor

Prilikom otkazivanja osobno uvjetovanim otkazom hrvatski poslodavac, koji zapošljava 20 i više radnika, ima obvezu provođenja socijalnog izbora. To znači da mora voditi brigu o određenim okolnostima kako bi ugovor otkazao onom radniku „koji će najlakše podnijeti negativne posljedice otkaza ugovora o radu“. Te su okolnosti: trajanje radnog odnosa, starost, invalidnost i obveze uzdržavanja koje terete radniku (čl. 107. st. 3. ZR-a). U drugim analiziranim zakonodavstvima obveza socijalnog izbora postoji samo u slučaju poslovno uvjetovanog otkaza.\textsuperscript{838}

9.6. Otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika

9.6.1. Pojmovno određenje

Otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika (engl. disciplinary dismissal, dismissal for a ground related to a worker's conduct; njem. verhaltensbedingte Kündigung; franc. licenciement disciplinaire; slov. odpoved pogodbe o zaposlitvi iz krivdnega razloga) u teoriji se definira kao otkaz koji „omogućuje poslodavcu da otkazom ugovora od sebe otkloni štetne posljedice koje za njega nastaju zbog ponašanja radnika kojim se krše obveze iz radnog odnosa.“\textsuperscript{839}

Uzrok ili razlog otkaza je na strani radnika, ali, za razliku od osobno uvjetovanog otkaza, riječ je o kršenju neke obveze iz radnog odnosa. Prema njemačkoj teoriji jedan od kriterija razlikovanja od osobno uvjetovanog otkaza jest i mogućnost radnika da kontrolira svoje ponašanje te postupanje s krivnjom koja mu se može uračunati.\textsuperscript{840}

Analiza zakonskih odredbi koje uređuju ovu vrstu otkaza pokazuje da zakonodavac kao razlog otkaza utvrđuje ponašanje radnika, odnosno povredu radne obveze. \textbf{Njemački KSchG} upućuje kod otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika na „razloge koji leže u ponašanju posloprimca“ (die Gründe in dem Verhalten des Arbeitnehmers), a \textbf{austrijski ArbVG} na okolnosti koje postoje u osobi posloprimca (Umstände, die in der Person des

\textsuperscript{837} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 141-142 (Rn. 286, 287); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 256 (Rn. 134).
\textsuperscript{838} Više infra, pogl. Socijalni izbor.
\textsuperscript{839} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 388.
\textsuperscript{840} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 192 (Rn. 461).
Arbeitnehmers gelegen sind). Ove neodređene formulacije svoje tumačenje dobile su u sudskoj praksi i doktrini.

Hrvatski i slovenski zakon preciznije određuju ovu vrstu otkaza: prema hrvatskom ZR-u to je otkaz koji se može izreći ako postoji „opravdani razlog, u slučaju: ako radnik krši obveze iz radnog odnosa“ (čl. 106. (113.) st. 1. al. 3.), dok slovenski ZDR određuje kao razlog skrivljenog otkaza „kršenje ugovorne obveze ili druge obveze iz radnog odnosa (krivdni razlog)“ (čl. 88. st. 1. al. 3.).

U francuskom pravu pogreška (le faute) radnika opravdani je razlog za otkaz zbog osobnih razloga (le licenciement pour motif personnel, L. 1234 CT-a). Pogreška radnika mora imati obilježja ozbiljnog i stvarnog razloga zbog kojeg je nemoguće nastaviti rad bez štete za poduzeće i koji otkaz čini nužnim.

U britanskom zakonu ERA (1996) razlozi koji se odnose na ponašanje radnika (reasons related to the employee's conduct) predstavljaju potencijalno opravdane razloge za otkaz (čl. 98. st. 1., 2.).

Zbog mnoštva činjeničnih stanja koja se mogu podvesti pod razloge za ovu vrstu otkaza nije prikladno primjereno ni takasativno zakonsko normiranje razloga otkaza.

U domaćoj radnopraavnoj praksi pojavilo se pitanje je li potrebno i preporučljivo urediti pravilnikom o radu povrede obveza iz radnog odnosa, kao što je to bilo prije donošenja ZR-a. Smatramo da je ispravno stajalište koje zastupa Ž. Potočnjak da potreba za time ne postoji, jer ZR propisuje zatvoreni krug utemeljenih razloga za otkaz, pa svaka povreda radne obveze, čak i ako (kada) je propisana pravilnikom, mora udovoljavati zakonskim pretpostavkama kako bi bila relevantna, odnosno predstavljala opravdane razloge za otkaz. Uz to, ZR ne utvrđuje obvezu propisivanja povreda radnih obveza pravilnikom jer sadrži potrebnu i dostatnu regulativu za uređenje ove vrste otkaza.841

Zbog nemogućnosti da se normativno predvidi i obuhvati sve moguće povrede radnih obveza, odnosno mnoštvo konkretnih situacija, i u ovom slučaju posebnu ulogu imaju sudskaja praksa i teorija. To tim više što je riječ o vrsti otkaza koja je u praksi sudova česta.842

---

841 Koliko je preporučljivo propisati povrede radnih obveza pravilnikom, treba prepustiti procjeni pojedinog poslodavca, ovisno o konkretnim okolnostima. Ukoliko se to učini, potrebno je jasno naznačiti da je riječ samo o primjeričnom normiranju, a ne o takasativnom nabrajanju razloga otkaza. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 391-392.
842 Ibid., str. 388.
9.6.2. Pretpostavke otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika

Pretpostavke socijalno opravdanog otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika jesu: povreda ugovornih obveza, negativna prognoza, nanošenje štete radnom odnosu (narušavanje interesa poslodavca), nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika, odmjeravanje interesa, krivnja i opomena.

9.6.2.1. Povreda ugovornih obveza (obveza iz radnog odnosa)

Pretpostavka otkaza zbog skrivljenog ponašanja radnika jest povreda neke obveze iz ugovora o radu. Hrvatski zakon govori o „obvezi iz radnog odnosa“. Slovenski je zakon obvezu iz radnog odnosa raščlanio na „ugovornu ili drugu obvezu iz radnog odnosa“. Druga obveza iz radnog odnosa obuhvaća obveze iz obvezujućih pravnih izvora, kao što je, primjerice, Zakon o zaštiti zdravlja na radu ili drugi propisi iz područja sigurnosti i zdravlja na radu. Na ovaj način slovenski zakon slijedi teorijsku podjelu na osnovne i sporedne ugovorne obveze, prihvaćenu u njemačkoj radnopravnoj doktrini.

Zbog nepostojanja zakonskog određenja otkaz uvjetovan ponašanjem radnika definiran je u njemačkoj doktrini kao otkaz kod kojega, u pravilu, treba postojati povreda obveza iz ugovora o radu (Verletzung arbeitsvertraglichen Pflichten) ponašanjem radnika koje ovaj može kontrolirati i koje mu se uračunava (ein steuer- und zurechenbares Verhalten). Ponašanje se može kontrolirati ako radnik može utjecati na njega svojom voljom. Povrede ugovornih obveza obuhvaćaju različite povrede obveza koje su ograničene na: povrede osnovne obveze (činidbe) rada (Haupteistungspflichten) i povrede ugovornih ili zakonskih sporednih obveza (vertraglicher oder gesetzlicher Nebenpflichten). BAG nije prihvatio ovakvo teorijsko određenje mogućih razloga za otkaz, već priznaje kao razlog otkaza „konkretan poremećaj radnog odnosa zbog ponašanja za koje se prigovara radniku“. U doktrini se ovakvo određenje otkaznih razloga ocjenjuje nedovoljno određenim i preširokим, te tvrdi da je sud izgubio iz vida da ponašanje radnika mora biti skrivljeno te suprotno ugovoru o radu.

844 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 192 (Rn. 461); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 298 (Rn. 269).
846 Razloge otkaza podijelio je u četiri grupe: poremećaj u području obavljanja rada (loš rad ili neizvršavanje rada); kršenje reda u poduzeću (npr., zabrana pušenja, ili upotrebe alkohola); poremećaj povjerenja (npr., zloraba punomoći, uzimanje mita); povreda sporednih obveza iz ugovora o radu (npr., kršenje obveze pripadnosti poduzeću, obveze povjerenja, ili čuvanja tajne). Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 192 (Rn. 463); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 298 (Rn. 268, 269).
Koje je značenje sintagme 'povreda/kršenje '(…) obveze iz radnog odnosa', izričito prihvaćene u hrvatskom i slovenskom zakonu, te njemačkoj doktrini?

Možemo reći da je za otkaz uvjetovan ponašanjem radnika relevantno samo ono ponašanje koje je suprotno ugovoru o radu i za koje je radnik odgovoran. Sklapanjem ugovora o radu radnik preuzima određene obveze, koje istovremeno djeluju ograničavajuće na njegovu slobodu ponašanja. Socijalna opravdanost ove vrste otkaza ovisi zbog toga o sadržaju ugovornih obveza.

U hrvatskom radnom pravu nije prihvaćena podjela na osnovne i sporedne obveze iz ugovora o radu, kao što je karakteristično za njemačko, ali i slovensko pravo. Ona je poželjna, jer omogućuje, između ostaloga, da se na prikladan način odredi i ograniči područje ponašanja radnika koje je suprotno ugovoru o radu, pa je u nastavku sažeto iznosimo.

**Osnovna obveza** jest činidba rada. **Sporedne** ugovorne obveze proizlaze iz „izričito ugovorenih pravila pojedinačnih ugovora kao i odgovarajućih odredbi kolektivnih ugovora i zakonskih odredbi“. Povreda neke od tih obveza, kojom je nanesena šteta interesima poslodavca da zaštiti postojeći radni odnos i integritet (Bestandsschutz- und Integritätsinteressen), ukazuje na nepouzdanost radnika i uništava opravdano povjerenje poslodavca u lojalnost radnika. Obveza lojalnosti radnika sama za sebe predstavlja sporednu ugovornu obvezu, koja je povrijedena ako radnik počini kazneno djelo kojim poslodavcu uzrokuje protupravnu i namjerom izazvanu štetu. Kazneno djelo zato je, u pravilu, opravdani razlog otkaza.

Isto vrijedi i za protupravnu i namjernu povredu vlasništva ili imovine poslodavca, čak i ako je riječ o manjim vrijednostima. Delikti protiv imovine mogu istovremeno predstavljati i kazneno djelo; valja naglasiti da za tzv. bagatelnu kaznenu djelu nema kaznenog prozora, što ne isključuje mogućnost da poslodavac to ponašanje ocijeni razlogom za otkaz. Postupanje povodom kaznenog djela ima različite ciljeve u kaznenom i radnom pravu, pa u tom smislu postupci ne ovise jedan o drugome.

---


848 U njemačkom pravu zakonske sporedne obveze obuhvaćaju široki spektar obveza; prema literaturi i sudskoj praksi to su, posebice, obveza obavještavanja i dokazivanja nesposobnosti za rad (iz Zakona o isplati naknade plaće, op. cit.), kao i zabrana natjecanja za trgovačke namještenike (iz Zakona o trgovačkim društvima, op. cit.); obveza vodenja brige radnika o pravima, pravnim dobrima i interesima poslodavca (čl. 241. st. 2. BGB-a). Iz ove posljednje proizlaze i obveze šutnje (Verschwiegenheitspflichten), obveze zaštitne (Obhutspflichten) i obveze čuvanja (Bewahrungspflichten). Radnik ne smije poduzeti ništa što bi ugrozilo ili oštетilo sposobnost funkcioniranja poduzeća i potreban red u poduzeću, kao ni ono što bi ugrozilo cilj ugovora, posebice obostrano povjerenje koje je neophodno za ugovor. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 193 (Rn. 464).

849 BAG 11.3.1999, AP Nr. 149 zu § 626 BGB.

850 BAG 11.12.2003, AP Nr. 179 zu § 626 BGB.

ugovora o radu ako je ono poremetilo povjerenje koje poslodavac opravdano ima u spremnost i pouzdanost radnika.\footnote{BAG 17.8.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB; BAG 5.4.2001, AP Nr. 171 zu § 626 BGB.} 

Ovdje se postavlja još jedno važno pitanje – pitanje razgraničenja otkaza uvjetovanog (skrivljenim) ponašanjem radnika i osobno uvjetovanog otkaza, odnosno izvanrednog otkaza ugovora o radu. Može li ista okolnost vezana uz ponašanje radnika biti razlog za sve tri vrste otkaza? 

Skrivljena povreda ugovornih obveza predstavlja pretpostavku za otkaz uvjetovan ponašanjem radnika, a kada ne postoji povreda osnovne ili sporedne ugovorne obze, moguće je jedino osobno uvjetovani otkaz.\footnote{U njemačkoj doktrini ocjenjuje se da razgraničenje osobno uvjetovani i otkaz uvjetovanog ponašanjem radnika nema veće važnosti za procjenu materijalne opravdanosti otkaza. Važno je kada je riječ o prethodnoj opomeni radniku, koju je neophodno izreći samo ako postoje razlozi za otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 297 (Rn. 266) i tamo navedeni autori.} Valja podsjediti da se osobno uvjetovani otkaz temelji na takvom činjeničnom stanju zbog kojeg nije moguće izreći poslovno uvjetovni otkaz ni otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika. 

Razgraničenje s izvanrednim otkazom temelji se na odmjeravanju interesa. U usporedbi s izvanrednim otkazom, koji se vezuje uz \textit{važan razlog}, razlozi za otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika ne smiju biti tako teški da za poslodavca nije prihvatljiv nastavak radnog odnosa do isteka otkaznog roka.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 297-298 (Rn. 266-267).} 

9.6.2.2. Krivnja radnika 

Krivnja radnika bitna je pretpostavka otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika. U njemačkom pravu traži se da je radnik protupravno i skrивljeno (\textit{rechtswidrig und schuldhaft}) povrijedio ugovorne obveze. Skrivljeno ponašanje (\textit{schuldfaches Fehlverhalten}) postoji ako je radnik postupao namjerno (\textit{vorsätzlich}) ili s nepažnjom (\textit{fahrlässig}).\footnote{BAG 25.10.1984. cit. prema Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 300 (Rn. 275).} 

Zanimljivo je, međutim, stajalište jednog dijela njemačkih autora koji smatraju da će iznimno, u određenim okolnostima, za otkaz biti relevantno i neskrivljeno ponašanje radnika, odnosno objektivno protupravno ponašanje (\textit{objektiv pflichtwidriges Verhalten}).\footnote{Vidi više: Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 197 (Rn. 475).} To su situacije u kojima postupanje radnika ima veoma teške posljedice za poslodavca, kao što su, primjerice, velike štete ili znatan poremećaj mira u poduzeću.\footnote{BAG 4.11.1957 AP Nr. 39 zu § 1 KSchG.} U slučajevima kada radnik ponavljajem fizičkih sukoba ili najtežim uvredama i sl. teško remeti red u poduzeću ili ugrožava sigurnost poduzeća, nastavak radnog odnosa s tim radnikom neprihvatljiv je zbog

\footnote{852 BAG 17.8.1972, AP Nr. 65 zu § 626 BGB; BAG 5.4.2001, AP Nr. 171 zu § 626 BGB.} 

\footnote{853 U njemačkoj doktrini ocjenjuje se da razgraničenje osobno uvjetovanih otkaza nema veće važnosti za procjenu materijalne opravdanosti otkaza. Važno je kada je riječ o prethodnoj opomeni radniku, koju je neophodno izreći samo ako postoje razlozi za otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 297 (Rn. 266) i tamo navedeni autori.} 

\footnote{854 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 297-298 (Rn. 266-267).} 

\footnote{855 BAG 25.10.1984. cit. prema Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 300 (Rn. 275).} 

\footnote{856 Vidi više: Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 197 (Rn. 475).} 

\footnote{857 BAG 4.11.1957 AP Nr. 39 zu § 1 KSchG.}
objektivno lošeg postupanja radnika. Razlog otkaza povezan je s budućnošću i nema karakter sankcije, pa prema mišljenju tih autora krivnja radnika nije nužna pretpostavka za valjanost otkaza zbog ponašanja radnika.\textsuperscript{858} Neskrivljeno ponašanje bit će dovoljno i kada na temelju objektivnih okolnosti treba računati s ponavljanjem povreda obveza (\textit{wiederholten Pflichtwidrigkeiten}).

Na ponašanje radnika može utjecati zabluda o nekoj okolnosti. Učinak zablude ovisi o pažnji koju je radnik upotrijebio. Zabluda radnika o dopuštenosti nekog ponašanja ne isključuje socijalno opravdani otkaz, primjerice ako se radnik nije informirao s potrebnom pažnjom ili je, pogrešno shvativši da je na nešto ovlašten, prekoračio poznatu, izričitu zabranu, jer se u ovom slučaju smatra radi na vlastitu odgovornost.\textsuperscript{859} Zabluda nije skrivljena ako je radnik nakon pažljivog informiranja i provjere mogao povjerovati da nije obvezan obaviti rad.\textsuperscript{860} Kod odmjeravanja interesa važno je utvrditi postoji li tek manja povreda obveze pažnje.

9.6.2.3. Negativna prognoza

Svrha otkaza nije sankcioniranje radnika zbog povrede obveze već sprječavanje daljnjih povreda ugovora. Razlozi otkaza usmjereni su k budućnosti. Prema načelu prognoze bitno je dokazati da u trenutku otkaza postoji objektivna opasnost da će u budućnosti doći do istovrsnih povreda ugovora\textsuperscript{861} ili da će nastati događaj sam po sebi djelovati kao opterećenje i u budućnosti.\textsuperscript{862} Jedna od posljedica povrede obveze može biti i trajni poremećaj opravdanog povjerenja poslodavca u radnika zbog čega za poslodavca prestaje mogućnost buduće suradnje s tim radnikom.

Na negativnu prognozu upućuju posebice radnikovo ponavljanje iste povrede obveze usprkos ranijoj opomeni i ukoru, upornost u ponavljanju povrede te stupanj radnikove krivnje.\textsuperscript{863}

\textsuperscript{858} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 197 (Rn. 475); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 300 (Rn. 276).
\textsuperscript{859} BAG 12.4.1973 AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 300 (Rn. 277); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 197 (Rn. 476).
\textsuperscript{862} BAG 21.11.1996 AP BGB 626 Nr. 130 = NZA 1997, s. 478, i dr. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 299 (Rn. 272a).
\textsuperscript{863} BAG 26.1.1995 AP Nr. 32 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung i dr.
9.6.2.4. Nanošenje štete radnom odnosu (narušavanje interesa poslodavca)

Nanošenje štete radnom odnosu odnosno interesima poslodavca nije prijeklo potreban element otkaznog razloga, već se uzima u obzir prilikom odmjeravanja interesa. Naime, već je u samoj povredi (osnovne ili sporedne) ugovorne obveze sadržan neprihvatljiv stav prema radnom odnosu.\(^{864}\)

9.6.2.5. Nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika

U njemačkom i austrijskom pravu propisana je dodatna pretpostavka socijalne opravdanosti otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika, koju ne poznaju ostala analizirana zakonodavstva. Njome je djelomično olakšan položaj radnika koji povrijedi neku obvezu, a poslodavcu nametnut dodatni teret pri otkazivanju. Ta pretpostavka sastoji se u obvezi poslodavca da dokaže da premještajem radnika na drugo radno mjesto (\textit{Umsetzungs- und Versetzungsmöglichkeiten}) nije bilo moguće spriječiti poremećaj radnog odnosa (tzv. drugi stupanj dokazivanja socijalne opravdanosti otkaza).\(^{865}\) Ako postoji mogućnost prihvatljivog zaposlenja radnika na drugom radnom mjestu (\textit{Weiterbeschäftigung}) u istom pogonu, ili drugom pogonu istog poduzeća (čl. 1. st. 2. al. 3.b KSchG-a), otkazni razlog otpada. Na ovaj način radnik izjednačava s radnikom kojem je ugovor otkazan zbog osobnih razloga. U austrijskom pravu ovakva obveza poslodavca značajno je ograničena jer se odnosi samo na radnike koji su dulje zaposleni kao teški fizički radnici, u skladu s čl. 7. Zakona o teškom noćnom radu.\(^{866}\)

Mogućnost daljnjeg zaposlenja radnika ovisit će o brojnim okolnostima. Prema stajalištu njemačkog BAG-a treba uzeti u obzir uzroke i težinu povrede obveze, kao i zahtjeve novog radnog mjesta,\(^{867}\) ali, općenito, kod odlučivanja o prihvatljivosti daljnjeg zaposlenja radnika ne treba primijetiti prestrobe kriterije.\(^{868}\) Daljnje zaposlenje radnika doći će, prije svega, u obzir ako se povreda obveze sastoji u lošem obavljanju rada na određenom radnom mjestu. Nasuprot tome, kod poremećaja u, tzv., području povjerenja, kao i kršenja reda u pogonu (kršenje zabrane uporabe alkohola, obveze obavještavanja o nesposobnosti za rad, ili obveze točnosti) u pravilu ne treba dalje dokazivati mogućnost zaposlenja radnika na drugom radnom mjestu jer se smatra da bi i na tom radnom mjestu činio iste povrede obveze. U slučaju značajne povrede ugovorne obveze kao što je, primjerice, vrijedanje poslodavca,

\(^{864}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 195 (Rn. 469).

\(^{865}\) Ibíd., str. 195 (Rn. 470); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 299 (Rn. 273).


\(^{867}\) BAG 31.3.1993 AP Nr. 52 zu § 626 BGB Ausschlussfrist.

poslodavcu u pravilu nije prihvatljiv premještaj na drugo radno mjesto (u istom pogonu, ili drugom pogonu istog poduzeća).\textsuperscript{869}

Ova dodatna obveza koju poslodavac mora ispuniti prije otkazivanja radniku čini se zanimljivim rješenjem, koje se može predložiti i domaćem zakonodavcu \textit{de lege ferenda}. Njome se, s jedne strane, postiže značajna svrha, očuvanje radnog odnosa, sigurnost radnog mjesta. Ipak, njezinu je značenje relativno, jer, ovisno o okolnostima slučaja, poslodavac neće uvijek morati dokazivati mogućnost zaposlenja radnika na drugom radnom mjestu. Važnu ulogu u definiranju takvih okolnosti i kriterija ima, kao što je vidljiv iz njemačkog primjera, sudsko praksa, što stvara pravnu nesigurnost.

9.6.2.6. Odmjeravanje interesa

Odgovor na pitanje je li otkaz zbog skrivljenog ponašanja radnika socijalno opravdan, ovisit će i o rezultatu odmjeravanja interesa ugovornih strana. To je posljednji, treći stupanj u utvrđivanju socijalne opravdanosti otkaza. Sveobuhvatno odmjeravanje interesa treba pokazati je li poslodavcu još uvijek prihvatljiv nastavak radnog odnosa. Mjerodavan je subjektivni kriterij, a ne subjektivno stajalište određenog poslodavca.\textsuperscript{870} U njemačkoj judikaturi prihvaćeno je stajalište da kriteriji odmjeravanja interesa ne moraju biti tako strogi kao kod osobno uvjetovanog otkaza, jer o samom radniku ovisi hoće li postupati u skladu s ugovorom, što je posebno izraženo u slučaju teškog stupnja krivnje radnika.\textsuperscript{871} Socijalno opravdan je onako otkaz koji se razumnim ocjenjivanjem u okviru odmjeravanja interesa ugovornih strana čini pravičnim i primjerenim.\textsuperscript{872}

U njemačkoj judikaturi i doktrini prihvaćeni su sljedeći kriteriji za odmjeravanje interesa: vrsta, jačina povrede obveze i učestalost (upornost) povreda obveze, ranije povrede obveze, stupanj krivnje radnika, ranije ponašanje radnika, opasnost od ponavljanja povrede. U obzir treba uzeti i interes poslodavca da održi red u pogonu (\textit{betriebliche Ordnung}), odnosno radnu disciplinu i disciplinu u poduzeću.\textsuperscript{873}

\textsuperscript{870} BAG 21.11.1996 AP Nr. 130 zu § 626 BGB.
\textsuperscript{871} BAG 25.4.1991 AP Nr. 104 zu § 626 BGB zur außerordentlichen Kündigung; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 344 (Rn. 432).
\textsuperscript{873} Nedopuštena odsutnost radnika može dovesti do poremećaja mira u pogonu, što treba uzeti u obzir prilikom odmjeravanja interesa. U slučaju krađe robe u nekom trgovačkom poduzeću koju je počinio radnik kojem je roba bila povjerena poduzimanje oštrih mjera opravdano je radi zastrašivanja ostalih radnika. BAG 11.12.1983 AP Nr. 179 zu § 626 BGB; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 344 (Rn. 433); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 195 (Rn. 471).
Ipak, u literaturi se posebno ističe da **konkretna šteta** koju kršenje neke ugovorne obveze uzrokuje tijeku proizvodnje, odnosno poduzeću (kao što su imovinske štete, poremećaj procesa proizvodnje, štete koje nastanu zbog klevete i dr.) može biti važan čimbenik pri odmjeravanju interesa, ali ne i nužna pretpostavka opravdanosti otkaza. To posebice vrijedi ako je riječ o kršenju glavne ugovorne obveze, obveze obavljanja rada.\(^{874}\) Nasuprot tome, ako je otkaz izrečen zbog povrede neke sporedne obveze iz ugovora o radu, ali nije došlo do poremećaja u poslovanju, otkaz može biti ocijenjen kao socijalno neopravdan.

Važan kriterij jest i **duljina pripadnosti radnika poduzeću**. Sudska praksa pokazuje da se radniku koji je dulje zaposlen u nekom poduzeću i uvijek je savjesno obavljao posao, lakše može progledati kroz prste za neku pogrešku nego radniku koji je kraće zaposlen kod istog poslodavca.\(^{875}\) Jedan je od kriterija i krivnja, odnosno suodgovornost, poslodavca (*Mitverschulden des Arbeitgebers*), dok je od manjeg značenja dob radnika.

Prema stajalištu BAG-a, prilikom odmjeravanja interesa treba uzeti u obzir **obveze uzdržavanja** (*Unterhaltspflichten*) koje terete radnika jer su one značajne za socijalni položaj radnika.\(^{876}\) Ipak, u slučaju kada radnik opetovano, namjerno, krši važne obveze iz ugovora o radu, obveze uzdržavanja, koje su jedan od razloga zasnivanja radnog odnosa, nemaju veće značenje ili ih uopće ne treba uzeti u obzir. Treba zaključiti da su obveze uzdržavanja bitan kriterij kod odmjeravanja interesa samo ako postoji *pravno relevantna veza* između povrede ugovora i obveze uzdržavanja.\(^{877}\) To potvrđuje i stajalište literature da su obveze uzdržavanja značajne za odmjeravanje interesa samo ako su povezane s razlogom otkaza, kao što je to u slučaju radnika koji je zakasnio na posao jer se morao brinuti za bolesno dijete. Ozbiljnost otkaznog razloga neće biti manja zato što je radnik morao uzdržavati brojnu djecu.\(^{879}\)

Kod ocjene socijalne opravdanosti ove vrste otkaza posebno značenje imaju **ustavom zajamčena prava i slobode** koja ograničavaju pravo poslodavca na otkazivanje ugovora o radu, proširujući time prostor slobodnog djelovanja radnika (sloboda udruživanja, vjeroispovijesti, mišljenja, načelo jednakosti i dr.).\(^{880}\)

---


\(^{875}\) BAG 13.12.1984 AP Nr. 81 zu § 626 BGB i dr.


\(^{879}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 196-197 (Rn. 474).

\(^{880}\) Berkowsky, W., Die personen- und verhaltensbedingte Kündigung, op. cit., str. 47-50.
9.6.2.7. Opomena

Opomena kojom poslodavac upozorava radnika koji krši neku obvezu iz ugovora o radu i daje mu mogućnost da ispravi svoje ponašanje, jedna je od pretpostavki otkaza uvjetovanog skrivljenim ponašanjem radnika. Konvencijom br. 158 MOR-a zajamčeno je temeljno pravo radnika da se obrani od tvrdnji poslodavca. Preporuka br. 166 detaljnije uređuje da takve tvrdnje moraju biti u obliku odgovarajućeg pisanog upozorenja radniku, koje je jedna od pretpostavki valjanosti prestanka radnog odnosa zbog skrivljenog ponašanja radnika, dok su odgovarajuće upute i pisano upozorenje pretpostavke valjanosti otkaza zbog nezadovoljavajućeg obavljanja rada (čl. 7. i 8.). Svrha je takve opomene omogućiti radniku da popravi ponašanje ili izvršavanje rada prije izričanja ozbiljne sankcije otkaza ugovora o radu.

9.6.2.7.1. Pravna narav opomene

Po svojoj pravnoj naravi opomena može biti pretpostavka postupka prije otkaza i/ili disciplinska mjera protiv radnika. U hrvatskom, slovenskom, francuskom i britanskom pravu, u kojima je obveza opomene radnika prije otkaza izričito propisana zakonom, odnosno Kodeksom prakse (UK), te u njemačkom pravu, u kojem se opomena razvila kao poseban pravni institut kroz judikaturu i doktrinu, opomena predstavlja pretpostavku postupka koji prethodi otkazu. U francuskom i britanskom pravu ona je istovremeno i disciplinska mjera. U slovenskom pravu opomena može biti izrečena i kao disciplinska sankcija u disciplinskom postupku, ali takva opomena može imati utjecaja na radnopravni status radnika.

Prema odredbama hrvatskog i slovenskog zakona o radu poslodavac je obvezan pisano upozoriti radnika na obveze iz radnog odnosa i na mogućnost otkaza u slučaju...
ponovljenog kršenja tih obveza (čl. 83. st. 1. ZDR-a, čl. 111. st. 1. ZR-a). Francuski poslodavac mora u slučaju lakšeg prijestupa u pisanom obliku upozoriti radnika na ponašanje koje je poslodavcu neprihvatljivo.

U njemačkom pravu pravni temelj opomene kao pravnog instituta izvodi se, prije svega, iz odredbe o nemogućnosti ispunjenja ugovorne obveze (čl. 323. st. 1. BGB-a) i načela razmjenosti (načela ultima ratio). Iako se odredba BGB-a ne može izravno primijeniti na ugovor o radu, sadrži opće pravilo da vjerovnik mora prije poduzimanja oštrih mjera, kao što je raskid ugovora, upozoriti dužnika na posljedice protupravnog postupanja, što može vrijediti i za ugovor o radu. Prema načelu razmjenosti, otkaz nije socijalno opravdan ako postoji drugo blaži sredstvo kojim se može spriječiti ili ublažiti buduće kršenje ugovora. Obveza izricanja opomene prije otkaza ograničena je samo na slučajeve na koje se primjenjuju opća pravila o zaštiti od otkaza (odredbe KSchG-a).

U britanskom pravu pisano upozorenje radniku (written warning) uređuje ACAS Code of Practice on Disciplinary and Grievance Procedure (dalje: Kodeks prakse). Kodeks, čija je primjena ograničena, utvrđuje da poslodavac koji nakon provedene disciplinske rasprave (disciplinary meeting, hearing) utvrdi da je radnik počinio neki prijestup, ili slabije obavio rad, o tome može obavijestiti radnika u obliku pisanog upozorenja. Ponavljanje takvog ponašanja rezultira tzv. konačnim pisanim upozorenjem (final written warning).

887 Zbog prilagođavanja ugovornoj naravi radnog odnosa izmjenama ZDR-a brisane su formalne pretpostavke, koje su predviđale svrhovitu uporabu odredbi o disciplinskom postupku i u postupku prije otkaza ugovora o radu. Promjene su rezultat prihvaćanja stajališta sudske prakse da se radniku kroz pravo na obranu protiv navoda poslodavca omogućuje da sudjeluje i utječe na tijek i rezultat otkaza, te zbog toga zakon ne mora strogo oblikovati način ostvarenja ovog prava. Sadržaj, oblik, način i opseg prava ovise o volji radnika, a obveza poslodavca je omogućiti mu pravo na obranu. Belopavlović, N., Zakon o delovnih razmjerjih, op. cit., str. 50.


889 U pisanom

890 Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 451-452 (s. 5.125).
upozorenju radnika se obavještava o naravi prijestupa ili slabijeg obavljanja rada, potrebi da promijeni svoje ponašanje, razdoblju u kojem to treba učiniti te posljedicama ako nastavi s istim ponašanjem. Pisano upozorenje predstavlja, dakle, disciplinsku mjeru, a s druge strane pretpostavku za (budući) otkaz.\footnote{Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 455.}

9.6.2.7.2. Funkcije opomene


Oko drugih funkcija opomene podijeljena su stajališta njemačke doktrine i sudske prakse podijeljena. U doktrini se smatra da opomena ne bi smjela imati funkciju sankcije (\textit{Sanktionfunktion}) za radnika, već je svrha potaknuti radnika na ponašanje koje je u skladu s ugovorom o radu.\footnote{U njemačkoj judikaturi bilo je odluka kojima se odstupa od navedenog stajališta, primjerice, BAG 10.11.1988 AP Nr. 3 zu § 1 KSchG 1969 Abmahnung, kao i suprotnih stajališta u literaturi. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 200 (Rn. 482).}

Također, nije prihvatljiva funkcija zastrašivanja (\textit{Abschreckung}) opomenom ostalih radnika upozoravanjem da poslodavac neće tolerirati određena ponašanja, iako je i ovdje BAG zauzeo drukčije stajalište.\footnote{BAG 13.11.1991 AP Nr. 7 zu § 611 BGB Abmahnung.} Bez obzira na prihvaćena stajališta, jasno je da se sankcioniranje radnika opomenom i zastrašivanje ostalih radnika kao posredne posljedice opomene ne mogu u potpunosti isključiti. No, važno je izbjegavati svjesno korištenje opomene u te svrhe, što se događa u praksi. Uz to, važno je i pitanje dopustivosti pobijanja, odnosno sudskog ispitivanja opravdanosti opomene, o kojem će biti riječ u nastavku rada.

Opomena ima još jednu funkciju, koju bi se moglo nazvati funkcijom razjašnjenja: njome se mogu otkloniti i eventualni nesporazumi o obvezama radnika iz radnog odnosa, koji bi mogli proizaći iz sažetih odredbi ugovora o radu o tim obvezama.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 392.}

U \textit{britanskom} i \textit{francuskom} pravu snažno je izražena funkcija sankcije za utvrđeni prijestup ili slabije obavljanje rada, što je posljedica i disciplinske naravi opomene.
9.6.2.7.3. Obveznost opomene i pravne posljedice izostale opomene

U hrvatskom pravu obveza poslodavca da prije izričanja otkaza opomene radnika u pisanom obliku relativne je naravi. Naime, poslodavac nema tu obvezu ako „postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati od poslodavca da to učini“. Iako je poslodavac na taj način osloboden obveze prethodno opomenuti radnika, na njemu je teret dokazivanja postojanja „posebnih okolnosti slučaja koje su takve da opravdavaju redoviti otkaz ugovora o radu, bez prethodnog upozorenja“. Ovo stajalište može se prihvatiti jer dokazivanje posebnih okolnosti ulazi u okvir dokazivanja opravdanosti razloga za otkaz, a to je prema odredbi čl. 131. st. 3. ZR-a na poslodavcu.

Vrhovni sud RH u nekoliko je svojih odluka zauzeo stajalište u vezi s prethodnim upozorenjem radnika. U jednoj je odluci ocijenio da je propust prethodnog upozorenja radnika pravno relevantan samo ako je utjecao na donošenje odluke o otkazu, što je u skladu s relativnom naravi obveze prethodnog upozorenja. U situaciji kada je tužitelj već drugi put privremeno odlukom osuđen za krađu imovine poslodavca, od poslodavca nije opravdano očekivati da tužitelja ponovno upozori na obveze iz radnog odnosa i mogućnost otkaza ako nastavi s kršenjem tih obveza.

Zakonska odredba hrvatskog prava slijedi rješenja njemačkog prava, u kojem opomena nije apsolutno obvezna pretpostavka. Ona je obvezna ako je ispunjeno nekoliko bitnih kriterija utvrđenih praksom BAG-a, i koja se značajno mijenjala pod utjecajem doktrine. Prema najnovijem stajalištu BAG-a, iz 2006. opomena je obvezna ne samo prije otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika nego i osobno uvjetovanog otkaza. Obveza poslodavca postoji ako su ispunjene dvije pretpostavke: ako je riječ o ponašanju koje radnik može kontrolirati (steuerbare Fehlverhalten) i ako se može očekivati ponovno uspostavljanje

896 Loc.cit.
897 Ibid., str. 392-393.
898 Ako se propust poslodavca da opomene radnika promatra kao neispunjavanje procesne pretpostavke za dopuštenost odluke o otkazu, onda bi se u slučaju kada radnik zbog takvog razloga pobija odluku o otkazu, moglo prihvatiti (odnosno analogijom proširiti) argumentaciju da nepostojanje tog propusta mora dokazati poslodavac prema općim pravilima o teretu dokazivanja. To su najčešće pravila o pribavljanju isprava koje se nalaze kod druge strane. Prema jednom od pravila stranka je dužna sama podnijeti ispravu na koji se poziva za dokaz svojih navoda. Ipak, doseg ovog pravila ograničen je samo na okolnosti koje se mogu dokazati ispravama, a dokazivanje svih okolnosti koje se ne mogu dokazati ispravama i dalje bi padalo na teret radnika. Gović, Iris, Teret dokazivanja u sporovima radi utvrđivanja nedopuštenosti odluke o otkazu ugovora o radu, PaG. br. 5, 2003., str. 71-72.
903 Isto rješenje sadrže i Konvencija MOR-a br. 158, kao i Preporuka br. 166.
povjerenja (Wiederherstellung des Vertrauens). Opomena je potrebna i radi kasnije negativne prognoze na kojoj će se utemeljiti socijalno opravdani otkaz, jer tek nakon opomene može se govoriti o vjerojatnosti da radnik ni ubuduće neće poštivati ugovor.\(^904\)

Opomena čini element stvarne utemeljenosti otkaza, pa je otkaz nevaljan ako je opomena neopravdano izostala. U slučajevima u kojima je opomena neophodna, riječ je o činjeničnom stanju koje će biti relevantno za otkaz samo ako je potpuno, odnosno ako je opomena prethodila onom elementu (razlogu) koji dovodi do raskida ugovora o radu. To je, tzv., sukonomstitutivnost opomene za otkazni razlog (die Abmahnung ist mitkonstitutiv).\(^905\) Ovo obilježje proizlazi arg. a contrario iz odredbe čl. 111. st. 1 ZR-a.

Kao što je rečeno, opomena nije potrebna kod izvanrednog otkaza, jer je razlog za takav otkaz toliko ozbiljan da poslodavcu ne samo da nije prihvatljiv nastavak radnog odnosa uopće, nego mu nije prihvatljiv nastavak radnog odnosa ni do isteka otkaznog roka (tzv. dvostruka neprihvatljivost, doppelte Unzumutbarkeit). Razlog otkaza je toliko važan da nije bitno je li ranije izrečena opomena, budući da se opomenom ne može otkloniti nastala šteta.\(^906\)

O obveznosti opomene u njemačkom se pravu raspravljalo i u kontekstu otkaza zbog ponašanja radnika izvan rada. U takvom ponašanju doktrina vidi povredu sporedne obveze iz ugovora o radu; ponašanje radnika izvan rada može biti opravdani razlog otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika samo ako se istovremeno radi o ponašanju suprotnom ugovoru o radu. Takvo stajalište prihvatio je i BAG.\(^907\)

U slovenskom je pravu obvezna pisana upozorenja apsolutna pretpostavka redovitog otkaza. Naime, poslodavac ne može radnika otpustiti već pri prvom kršenju obveza, nego tek pri ponovljenom kršenju obveza (čl. 83. st. 1 ZDR-a), pa se opomena javlja kao nužna pretpostavka u postupku prije otkazivanja.\(^908\)

Prema britanskom Kodeksu prakse pisano upozorenje radniku nije obvezno samo kada su ispunjeni razlozi za izvanredni otkaz (teški prijestup, gross misconduct). U svim drugim slučajevima propuštanje davanja pisanog upozorenja radniku, koje je dio zakonskog postupka otkazivanja, predstavlja kršenje pravila postupka. Ipak, posljedice propuštanja blaže su nego u slovenskom pravu, jer je sud, ako utvrdi da je bilo „nerazumnog“ propuštanja

\(^{904}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 200-201 (Rn. 485); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 327 (Rn. 370).

\(^{905}\) Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 321 (Rn. 347).

\(^{906}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 201-202 (Rn. 488).


\(^{908}\) Belopavlović, N., Postopek redne odpovedi, op. cit., str. 562.
primjene pravila, ovlašten, prema svojoj ocjeni, povećati ili smanjiti za 25 % eventualnu naknadu štete radniku.¹⁰⁰⁹


9.6.2.7.4. Razmjernost opomene

Pretpostavka za izricanje opomene jest njezina razmjernost počinjenoj povredi obveze (načelo razmjernosti). Opomenom izrečenom prije otkaza dovodi se u pitanje sigurnost konkretnog radnog odnosa i postojeći pravni položaj radnika. Zbog toga povreda radne (ugovorne) obveze za koju se izriče opomena mora biti određenog intenziteta, a opomena razmjerna reakcija na takvo ponašanje radnika.¹⁰¹⁰

Vezivanje dopuštenosti opomene uz pretpostavku razmjernosti otvara niz problema, prije svega pitanje kako definirati razmjernost. U njemačkoj sudskoj praksi i pravnoj literaturi, s jedne strane, nalazimo ocjenu da opomena izrečena zbog jednokratne i neznatne povrede obveze (einmalige und geringfügige Verstöße), kao što je, primjerice, prekoračenje pauze za nekoliko minuta, nije razmjerna počinjenoj povredi, dok bi ponavljanje takvih sitnih povreda, kao što je višekratno prekoračenje pauze, bilo dovoljno za izricanje opomene.¹⁰¹¹ Prijetnja koju opomena predstavlja radnom odnosu opravdana je samo ako bi povreda koja je ponovljena nakon izricanja opomene mogla predstavljati razlog otkaza.¹⁰¹² Prema drugom mišljenju, je li neka povreda obveze neznatna u odnosu na uredno ispunjavanje obveza iz ugovora o radu, treba


utvrđivati na temelju načela na kojima počiva pravo ugovornih strana na stavljanje prigovora (čl. 320. st. 2. BGB-a). Glavna ugovorna obveza radnika jest obveza obavljanja rada pa je povreda te obveze po svojoj naravi značajna, a samo iznimno može se smatrati neznatnom.914

Ranija verzija britanskog Kodeksa prakse predlagala je da se u slučaju manjeg prekršaja ili nezadovoljavajućeg izvršavanja rada postupa neformalno: „tiha riječ“ (quiet word) jedino je što je potrebno; u slučaju težeg prijestupa neformalna aktivnost neće biti korisna, pa je potrebno formalno pisano upozorenje u kojem će se navesti narav prekršaja, posljedice ako radnik ne promijeni ponašanje te istaknuti da je to dio formalnog disciplinskih postupka (čl. 21., 22.).915 Stajalište je sudova da sankcija treba biti razmjerna naravi prijestupa (proportionate to the nature of the offence).916 Osim toga, sankcija mora biti relativno dosljedna ranijoj praksi poslodavca u sličnim slučajevima.917 Ipak, od suda se zahtijevalo da s posebnom pažnjom ispitaju suprotne argumente i vode brigu o tome da je konačno pitanje na koje trebaju odgovoriti je li otkaz izrečen u konkretnom slučaju razumnio odgovor na prijestup radnika.918

Razmjernost opomene važno je pitanje, jer se opomena unosi u personalni dosje radnika, pa bi poslodavac trebao u svakom konkretnom slučaju pažljivo razmotriti je li uputno i korisno izreći upravo opomenu ili se svrha može postići i nekom blažom mjerom. To je bitno i s obzirom na prihvaćen u praksi naših sudova koja ne dopušta radniku ispitivanje opravdanosti opomene pred sudom. Primjer dobro uređene pravne zaštite radnika od neutemeljene opomene i drugi oblici zaštite uređeni su u njemačkom pravu (razmatraju se kasnije u ovom poglavlju).

---


9.6.2.7.5. Sadržaj opomene

Opomena mora sadržavati ozbiljno upozorenje poslodavca radniku, zahtjev da odustane od precizno naznačenog ponašanja (kršenja obveza) ili ga promijeni, kao i prijetnju posljedicama po sadržaj i postojanje radnog odnosa u slučaju ponavljanja takvog ponašanja.\textsuperscript{919}

Vrlo detaljan sadržaj pisanih upozorenja propisuje britanski Kodeks prakse. U upozorenju je potrebno naznačiti narav prijestupa ili slabijeg obavljanja rada, zahtjev radniku da promijeni ponašanje, ili bolje obavlja rad, kao i vremenski raspored (timescale) u kojem se te promjene trebaju dogoditi. Nadalje, radnika treba obavijestiti o tome koliko će pisano upozorenje biti na snazi te o posljedicama ako nastavi s prijestupima, ili slabijim obavljanjem rada u razdoblju nakon konačnog pisanog upozorenja (čl. 20., 21.).\textsuperscript{920}

Svi elementi sadržaja trebali bi u opomeni biti jasno naznačeni kako bi se spriječile nejasnoće i postigla pravna sigurnost\textsuperscript{921} (tzv. određenost sadržaja).\textsuperscript{922}

9.6.2.7.6. Saslušanje radnika prije opomene i disciplinski postupak

Saslušanje radnika prije izricanja opomene čini postupak otkazivanja složenijim, strožijim i skupljim. Ipak, ono može imati niz prednosti. To pokazuje praksu u zakonodavstvima u kojima je taj postupak prihvaćen. U njemačkom pravu saslušanje radnika uređuje se \textit{kolektivnim ugovorom}. Kolektivni ugovor za javne namještenike predviđa pravo namještenika da bude saslušan prije izricanja opomene koja se odnosi na njegovo ponašanje.\textsuperscript{923} Namještenik ima pravo iznijeti svoje mišljenje i ispitivati sadržaj opomene, i ta mu se prava ne smiju uskratiti. Ako je opomena izrečena bez prethodnog saslušanja, formalno je nevaljana, ali ipak djeluje upozoravajuće. Isto vrijedi i za usmeno izrečenu opomenu, koja je također dopuštena ovim kolektivnim ugovorom. Za razliku od javnih namještenika, radnicima u području privatnog sektora kolektivnim ugovorima nijje zajamčeno pravo na prethodno saslušanje.\textsuperscript{924} Ipak, poslodavcu se zbog praktičnih razloga preporučuje da prije izricanja opomene raspoloži radnika. On, naime, u takvom postupku može saznati za okolnosti

\textsuperscript{919} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 204 (Rn. 495); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 321 (Rn. 348).

\textsuperscript{920} Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 455.

\textsuperscript{921} Usp. Protection against unjustified Dismissal, op. cit., str. 63.

\textsuperscript{922} Više Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 204 (Rn. 496-497); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 322 (Rn. 348-349).

\textsuperscript{923} Bundes-Angestelltentarifvertrag (BAT), čl. 13 st. 2 BAT - \textit{Anhörung der Angestellte}.

\textsuperscript{924} BAG 23.3.1972, 18.9.1997, AP Nr. 63, Nr. 138 su § 626 BGB. v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 204-205 (Rn. 499).
koje idu u prilog radniku, a potreba izricanja opomene može u potpunosti otpasti. U Njemačkoj se davanje mogućnosti radniku da iznese svoje stajalište smatra izrazom poduzetničke kulture, kadrovske politike, odnosno ophođenja s radnicima.

Kao što je navedeno, u britanskom pravu pisano upozorenje izriče se kao sankcija nakon provedenog disciplinskog postupka. Pokretanju tog postupka prethodi stadij istrage (investigation) u kojoj poslodavac utvrđuje je li u konkretnom slučaju riječ o „potencijalno disciplinskoj stvari“ (potentialy disciplinary matters). O provođenju disciplinskog postupka poslodavac mora u pisanom obliku obavijestiti radnika te mu dati dovoljno informacija o njegovu navodnom prijestupu ili slabijem obavljanju rada, kao i mogućim posljedicama, kako bi se radnik pripremio za odgovor na navode na disciplinskoj raspravi. Na raspravi poslodavac mora objasniti svoje prigovore protiv radnika i obrazložiti dokaze koje je prikupio. Radniku se mora omogućiti da se izjasni o slučaju, dade odgovor na navode te primjereno okolnostima odgovori na pitanja, iznese dokaze, pozove svjedoke i raspravi informacije koje su iznijeli svjedoci (čl. 12). Na vođenje rasprave primjenjuju se, osim temeljnih načela Kodeksa, i opći standardi pravičnosti.


---

926 Čl. 9.-12., 24. Kodeksa prakse.
929 Najčešće je to neki radni kolega, radnički predstavnik, ili, ako u poduzeću nema radničkih predstavnika, osoba izvan poduzeća. O pravu na pratnju radnik mora biti upozoren u pismu - pozivu. Čl. L. 1232-4 CT-a.
930 Prema stajalištu judikature rasprava se mora održati na jeziku koji obje strane razumiju, u slučaju potrebe poziva se prevoditelj, oko kojeg se moraju sporazumjeti obje strane. Poslodavac mora iznijeti razloge namjeravanog otkaza, a u kasnijem postupku pred sudom može se pozvati i na razloge koje nije iznio na disciplinskoj raspravi. Lyon-Caen/Péliassier/Supiot, op. cit., str. 422.
9.6.2.7.7. Rok za izricanje opomene, oblik i dostava opomene

Slovenski ZDR propisuje rok za davanje pisanog upozorenja radniku (čl. 83. ZDR-a). Ono mora uslijediti najkasnije u roku od 60 dana od utvrđenja kršenja obveze te najkasnije u roku od 6 mjeseci od nastanka kršenja. Na to se nadovezuje i drugi rok, rok u kojem se mora ponoviti kršenje obveze zbog koje je moguće izreći otkaz. Ono se mora dogoditi u roku od jedne godine od primitka pisanog upozorenja, osim u slučaju ako je kolektivnim ugovorom utvrđeno drukčije, a najkasnije u roku od dvije godine. Ovi rokovi uvedeni su zbog prihvaćene sudske prakse da rok za izricanje otkaza počinje teći tek od dana kada je radnik dao izjavu (obranu), pa je poslodavac tek na temelju izjave utvrdio utemeljenost otkaznog razloga.\(^932\)

Prema navedenom rješenju poslodavac, dakle, ne može otkazati ugovor o radu radniku već pri prvom kršenju nego tek pri drugom, dakle, *ponovnom kršenju obveza*. Nakon ponovljenog kršenja obveze poslodavac je obvezan radniku omogućiti obranu u razumnom roku, ne kraćem od tri radna dana, osim ako postoje okolnosti zbog kojih bi to bilo neopravdano očekivati od poslodavca,\(^933\) ili kada radnik to izričito odbije, ili se neopravdano ne odazove pozivu na iznošenje obrane.\(^934\) Poslodavac mora dati otkaz najkasnije u roku od 60 dana od utvrđenja opravdanog razloga, a najkasnije u roku od 6 mjeseci od nastanka tog razloga (čl. 88. st. 6.).\(^935\)

U hrvatskom pravu poslodavac nije vremenski ograničen u pravu na izricanje opomene. Isto u pravilu vrijedi i za njemačko pravo jer ne postoji rok u kojem bi poslodavac morao izreći opomenu (tzv. *Regelausschlussfrist*).\(^936\) Nepostojanje roka stvara pravnu nesigurnost, što dokazuju različita stajališta njemačke doktrine o ovom pitanju. Prema jednom mišljenju sâm protek vremena nije dostatan za gubitak prava na izricanje opomene.\(^937\) Ipak, opomena izrečena duže vrijeme nakon nastalog kršenja obveze imat će slabije djelovanje, posebice kada je riječ o njezinoj funkciji upozorenja. S druge strane, prihvaćeno je i stajalište da poslodavac može izgubiti pravo na izricanje opomene, ako je radnik na temelju njegova

\(^932\) Belopavlović, N., Postopek redne odpovedi, op. cit., str. 562.
\(^933\) U Zakonu se primjerično navode dva slučaja neopravdanog očekivanja: kada je poslodavac žrtva takvog kršenja obveze te neuspješno obavljeni probni rad (čl. 83. st. 2. ZDR-a).
\(^934\) Na poziv na iznošenje obrane primjenjuju se pravila koja vrijede za postupak otkaza zbog nesposobnosti radnika, kao i ona u vezi s obvezom obavješćivanja i sudjelovanja sindikata u postupku povodom otkaza (čl. 83. st. 3. ZDR-a).
\(^935\) Ako otkazni razlog ima obilježja kaznenog djela, poslodavac može izreći otkaz u roku od 60 dana od trenutka kad je ustanovio skriveni razlog za redoviti otkaz i počinitelja, za cijelo vrijeme dok je moguće kazneni progon. U tom slučaju poslodavac može radniku zabraniti obavljanje rada za vrijeme trajanja kaznenog postupka (čl. 88. st. 6. i 7. ZDR-a).
\(^936\) BAG 15.1.1986 AP Nr. 96 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht = NZA 1986, 421 i dr.
ponašanja mogao zaključiti da ovaj neće pribjeći opomeni. U razdoblju nakon kršenja obzeve radnik se, naime, može ponašati u skladu s ugovorom i vratiti povjerenje, tako da otkaz više ne mora dolaziti u obzir.

U nekoliko odluka zemaljski sudovi zauzeli su stajalište da u slučaju kada poslodavac zna da je radnik prekršio neku obvezu, ali mu na to ukaže tek nakon 6 mjeseci, na saslušanju koje je pretpostavka za izricanje opomene, kao što je to predviđeno za javne službe, opomena se može temeljiti samo na istovrsnoj novoj povredi ugovora. Poslodavac je, naime, svojim čekanjem pokazao kako smatra da povredu ugovorne obzeve radnika ne treba sankcionirati. U hrvatskom, slovenskom, francuskom i britanskom pravu upozorenje radniku mora biti u **pisanom obliku**. U njemačkom pravu ne postoji obveza posebne forme: opomena može biti pisana ili usmena, ako nešto drugo nije ugovoreno pojedinačnim ili kolektivnim ugovorom o radu. Ipak, prednost je pisane forme lakše dokazivanje.

Da bi opomena bila valjana, mora biti **dostavljena** radniku. O pravilima dostave bilo je riječ u posebnom poglavlju, na koje upućujemo. Čini se bitnim istaknuti dva stajališta iz prakse njemačkog BAG-a, kojima su izraženi osnovni postulati dostavljanja opomene radniku. Prema prvom stajalištu dostava je valjana ako je primatelj (radnik) stvarno saznao za sadržaj opomene. Drugim stajalištem Sud je prihvatio presumpciju da je radnik saznao za sadržaj opomene, iako tome nije tako, ako je to u skladu s načelom savjesnosti i poštenja.

---

Opomena može biti sadržajno neodređena ili utemeljena na netočnim tvrdnjama o činjeničnom stanju, što može naštetiti pravnom položaju i profesionalnom napredovanju radnika, ali i povrijediti njegova prava osobnosti te nepovoljno utjecati na druge asekte radnikova života. Otklanjanje negativnih posljedica pogrešne opomene u najvećoj mjeri ovisi o tome predviđa li zakonodavstvo zaštitne mehanizme za takve slučajeve i, ako da, uključuje li to i sudsku zaštitu prava. Među zakonodavstva koja ne predviđaju sudsku zaštitu radnika od neutemeljenog pisanog upozorenja spada i hrvatsko zakonodavstvo. Jedan od razloga za to sigurno je potreba da se spriječe postupci koji bi se zbog neutemeljenih upozorenja vodili najprije kod poslodavca, a zatim pred sudom. Iako je riječ o snažnom argumentu, još je uvjerljiviji argument da za radnika takvom opomenom nastaje šteta koja se može utvrditi i koju treba otkloniti.

Kao jedan od pozitivnih primjera ističe se njemačko pravo, u kojem su razvijeni učinkoviti načini pravne zaštite radnika od neutemeljene opomene. Oni obuhvaćaju internu zaštitu kod poslodavca te sudsku zaštitu prava. Pravne temelje imaju u izričitim zakonskim odredbama, odredbama kolektivnih ugovora ili tumačenju sudske prakse. Sudska praksa priznala je i nevaljanost opomene zbog proteka vremena, koja je predmet sljedećeg poglavlja.


Temelj za priznavanje prava na sudsku zaštitu od neutemeljene opomene doktrina i judikatura pronalaze u ideji o povezanosti opomene i prava osobnosti (Persönlichkeitsrecht), korištenjem tzv. obveze brige poslodavca (Fürsorgepflicht). Unošenje neutemeljene


opomene u osobni dosje radnika smatra se kršenjem općeg prava osobnosti. Poslodavcu je ustavom zajamčeno pravo na slobodno izražavanje mišljenja o radniku (čl. 5. st. 1. GG-a). Granice tog prava sežu do zaštićene pravne sfere radnika. Posljedično tome, poslodavac je, zbog obveze brige prema radniku, obvezan brinuti o općem pravu osobnosti radnika: ugledu, društvenom priznanju i profesionalnom napredovanju, koje može biti povrijeđeno netočnim tvrdnjama o radniku. Sudska praksa priznaje interes radnika za pravnom zaštitom (Rechtsschutzinteresse) jamčeći mu pravo na zahtjev za uklanjanje opomene iz osobnog dosjea (Entfernung aus der Personalakte) i opoziv opomene (Widerruf der Abmahnung).

Prema dosta širokoj formulaciji koju je dao BAG, radnik može tražiti uklanjanje opomene „kada je njezin oblik ili sadržaj takav da može štetiti pravnom položaju (radnika)“, što prema tumačenju nižih sudova obuhvaća ne samo opomene koje sadrže netočne činjenične navode nego i one koje sadrže samo netočne ocjene. Za javne službe postoji kolektivnim ugovorom propisana obveza saslušanja radnika prije izricanja opomene i njenog unošenja u osobni dosje, a propust da se to učini razlog je zbog kojeg radnik može postaviti (obveznopravni) zahtjev za uklanjanje opomene iz osobnog dosjea. Osim toga, radnik ima i pravo na protuočitovanje i mogućnost pobijanja očitovanja poslodavca pred sudom. Značajne dvojbe izaziva pitanje je li radnik vremenski ograničen u postavljanju zahtjeva za uklanjanje opomene iz osobnog dosjea. Prema stajalištu BAG-a takav zahtjev ne može biti vremenski ograničen prekluzivnim rokovima iz kolektivnih ugovora jer ni poslodavac pri izricanju opomene nije ograničen nekim rokom. Povreda prava osobnosti nije vremenski ograničena samo na trenutak dostave opomene, nego predstavlja trajno činjenično stanje. Nadalje, radniku je, u pravilu, priznato pravo na tužbu za uklanjanje opomene iz osobnog dosjea i nakon prestanka radnog odnosa, ali samo iznimno, ako postoje objektivni podaci o tome da mu i nakon prestanka radnog odnosa zbog takve opomene može nastati

---

946 Linek, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 211 (Rn. 519).
948 Ako se opomena odnosi na više različitih povreda obveze, a utvrdi se da je netočno utvrđena barem jedna od njih, poslodavac mora udovoljiti zahtjevu za uklanjanje opomene iz osobnog dosjea radnika. Ibid., str. 339 (Rn. 416).
949 Propuštanje poslodavca da provede saslušanje radnika ima obilježja povrede sporedne obveze iz kolektivnog ugovora o radu.
950 Cl. 13. st. 2. t. 2. BAT (Gegendarstellung).
šteta. Teret dokazivanja je na radniku. Ovo pravo ima posebnu važnost za rad u javnim službama, u kojima se od radnika često traži da protumači podatke koje je u njegov osobni dosje unio prijašnji poslodavac.

Njemačkom radniku jamči se i spomenuto pravo da pred sudom traži opoziv opomene koja je neopravdana i unesena u osobni dosje, ako to može naštetiti njegovom pravnom položaju, te pravo na uklanjanje štete (Beseitigung der Beeinträchtigung). Zahtjev za opoziv opomene radnik može postaviti i nakon što je opomena uklonjena iz njegova osobnog dosjea. Tužba za opoziv (Klage auf Widerruf) smatra se utemeljenom samo ako je opomena bila pogrešna, ako time urozkovana povreda prava radnika još traje i ako može biti uklonjena traženim opozivom.

Analizirani mehanizmi zaštite radnika od neutemeljene opomene u njemačkom pravu potiču na razmišljanje o mogućoj primjeni u hrvatskom pravu. U domaćoj sudskoj praksi i doktrini sporno je date upozorenja radniku na obveze iz radnog odnosa pobijati pred sudom. Prema stajalištu Ž. Potočnjaka upozorenje se ne može pobijati u sudskom postupku, jer samo po sebi ne izaziva nikakvu promjenu u pravima i obvezama iz ugovora o radu.

Zastupnici suprotnog stajališta ističu kako je donošenjem neosnovane odluke o upozorenju na kršenje obveza poslodavac povrijedio „pravo radnika da prije otkaza prouzročenog njegovim skrilljenim ponašanjem prethodno bude (osnovano) upozoren…“, da to ponašanje nije prihvatljivo poslodavcu koji mu zbog toga može otkazati ugovor o radu, te da izbjegne ponavljanje kršenja obveza. Pravni temelj ovako formuliranog prava jest odredba čl. 129. ZR-a (internoj i) sudskoj zaštiti prava iz radnog odnosa. Ista odredba predstavlja temelj dopuštenosti tužbe radi utvrđenja, jer se ona, u skladu s čl. 187. st. 2. ZPP-a, može podnosi uvijek kada to posebni propisi previdaju, a u ovom slučaju to je čl. 129.

954 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 211 (Rn. 520).
955 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 392., bilj. 951.
957 Gović, I., Teret dokazivanja op. cit., str. 73.
ZR-a. Dopusćenost ovakve tužbe može se utemeljiti i na drugom pravilu iste odredbe, prema kojoj je tužba dopuštena kada tužitelj ima neki pravni interes za podizanje takve tužbe.959

Nesporno je da neutemeljena opomena izrečena radniku dovodi do povrede prava osobnosti radnika. Ugled i čast radnika, ali i njegov psihički i tjelesni integritet mogu biti povrijeđeni opomenom u kojoj činjenično stanje na kojem se temelji nije točno utvrđeno, ili je nepotpuno utvrđeno, ili su iz točno i potpuno utvrđenog činjeničnog stanja izvedene netočne ocjene. Ne ulazeći u područje prava osobnosti i obveznopraavne zaštite takvih prava prema općim pravilima obveznog prava, mislimo da radnik ima pravni interes da se utvrdi neutemeljeno opomena u sudskom postupku. Može li temelj predstavljati odredba čl. 5. st. 5. ZR-a, kojom se izričito utvrđuje obveza poslodavca da štiti dostojanstvo radnika za vrijeme obavljanja rada, od postupanja drugih osoba (nadređenih, suradnika i osoba s kojima redovito dolazi u doticaj pri obavljanju rada), ako je takvo postupanje neželjeno i ako je u suprotnosti s posebnim zakonima? Opomena izrečena radniku predstavlja očitovanje, odnosno postupanje druge osobe. Radnik ne želi dobiti neutemeljenu opomenu. Neutemeljenom opomenom krše se prava osobnosti, pa je takva opomena suprotna ZOO-u, koji jamči zaštitu prava osobnosti.

U zakonodavstvima koja predvidiju disciplinski postupak radnik ima pravo na žalbu protiv odluke (o opomeni) donesene u tom postupku. Prema britanskom pravu postupak povodom žalbe radnika treba se održati bez neopravdanog odgađanja, a žalbu treba po mogućnosti ocijeniti osoba koja nije ranije sudjelovala u istom slučaju. Radnik mora pisano biti obaviješten o rezultatima žalbe, u što kraćem roku.960

9.6.2.7.9. Nevaljanost osnovane opomene zbog proteka vremena

Prema **njemačkom** pravu radnik kojemu je izrečena opomena uživa još jedan oblik pravne zaštite prihvaćen u sudskoj praksi. Riječ je o nevaljanosti **osnovane** opomene zbog proteka vremena (**infolge Zeitablaufs**). Rok u kojem opomena postaje nevaljan ne može biti unaprijed određen, što su zagovarali niži sudovi,961 nego se određuje na temelju ocjene svih okolnosti pojedinačnog slučaja, posebice težine povrede ugovora zbog kojeg je opomena izrečena.962

961 Niži sudovi zastupali su stajalište da opomena za lakše povrede obveza gubi svoju valjanost protekom dvije godine, a opomena za teže povrede protekom tri godine od njezina izricanja.
962 Ako je radnik nakon duljeg vremena ponovno počinio tešku povredu obveze zbog koje je bio opomenut, poslodavac mu može izreći otkaz i bez ponovne opomene. Činjenica da su od izricanja opomene prošle 3 i pol godine ne čini opomenu nevaljanom. BAG 10.10.2002 EzA § 626 BGB Unkündbarkeit Nr. 1 = NZA 2003, 1295
Uz ovo pravo vezuje se i pravo radnika da se podatak o izrečenoj osnovanoj opomeni ukloni iz njegovog osobnog dosjea, koje u svojim odklakama zastupa BAG.\textsuperscript{963} No u doktrini ima i suprotnih stajališta, o ovlaštenju poslodavca da podatak o opomeni zadrži u osobnom dosjeu radnika.\textsuperscript{964} Ovo stajalište izloženo je kritici da je zbog potrebe pravne jasnoće (Rechtsklarheit) potrebno dopustiti uklanjanje opomene iz osobnog dosjea.\textsuperscript{965}

Ranija verzija britanskog Kodeksa prakse utvrđivala je rok u kojem je pisano upozorenje gubilo važnost: poslodavcu se predlaže da to bude šest mjeseci za prvo formalno upozorenje, a dvanaest za konačno pisano upozorenje. Novi je Kodeks blaži, uvažavajući odluku Apelacijskog suda u slučaju Airbus UK v. Webb.\textsuperscript{966} U tom slučaju Sud je zaključio da u odredbi Kodeksa (čl. 98 (4)) nema ničega što bi propisivalo poslodavcu da ne smije uzeti u obzir okolnost ranijeg prijestupa radnika. „Pisano upozorenje koje više ne vrijedi ne čini raniji prijestup nevažnom okolnošću.“ Usprkos ovakvom stajalištu suda u doktrini se ističe da odluka u slučaju Webb ne bi smjela poticati oslanjanje na pisana upozorenja kojima je isteklo važenje kao nešto što je samorazumljivo.\textsuperscript{967}

Podsjetimo da je i u slovenskom pravu, propisivanjem roka u kojem se mora ponoviti povreda obveze da bi bilo moguće izreći otkaz, ustvari ograničeno važenje prethodnog pisanog upozorenja (1 godina, odnosno drugi rok utvrđen kolektivnim ugovorom, a najdulje 2 godine).

Bez obzira na to vezuje li se valjanost opravdane opomene uz rok koji je unaprijed propisan, ili njegovo trajanje utvrđuje sud, mislimo da valjanost izrečene opravdane opomene treba biti vremenski ograničeno ne neki razumni rok, radi razloga pravne sigurnosti i sprječavanja zloupotreba od strane poslodavca. Relevantna je pritom i ocjena je li riječ o istovrsnosti ranije i kasnije povreda obveze, tj. odnosu opomene i otkaza.

\textsuperscript{963} BAG 27.1.1988 i dr.
\textsuperscript{964} Opravdani je interes poslodavca da ima cjelovitu sliku o radniku, s profesionalnog i osobnog aspekta, koja uključuje svjedodžbe i druge pojedinačne odluke, kao što je i ona o otkazu. Podatak o izrečenoj opomeni može biti koristan poslodavcu za donošenje neke kasnije odluke, pa tako i one o namjeravanom unaprijedjenju radnika. Linck, u: v. Honyingen-Huene/Linck, op. cit., str. 212 (Rn. 527) i tamo navedeni autori.
\textsuperscript{967} Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 455-456.
9.6.2.8. Daljne povrede obveza (odnos opomene i otkaza)

Otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika bit će socijalno opravdan ako radnik, nakon što je upozoren na obveze iz radnog odnosa, nastavi kršiti te obveze. Opravdanost otkaza ovisi o tome kako tumačiti ovu zakonsku sintagmu. Naš je zakonodavac slijedio njemačko pravo i stariju sudsku praksu, u kojoj je bio prihvaćen vrlo strogi kriterij istovrsnosti povreda obveza. S tog stajališta značajno je ukazati na novija rješenja u njemačkom pravu.

Za socijalnu opravdanost otkaza relevantno je da je radnik ponovio, odnosno počinio, istovrsnu ili sličnu (gleichartig, einschlägig) povredu obveze. U tom slučaju opomena nije ostvarila svoju funkciju upozorenja, odnosno podsjećanja. Kriterij istovrsnosti danas se shvaća u širem smislu, pa je za otkaz relevantna nova povreda obveze koja počiva na istom 'području povrede' kao i ranija povreda zbog koje je izrečena opomena. Povrede obveza istovrsne su, ako se mogu obuhvati jedinstvenim kriterijem. BAG upotrebljava i kriterij (termin) nepouzdanosti radnika (Unzuverlässigkeit des Arbeitnehmers), pri čemu nije u potpunosti isključena usporedba počinjenih povreda obveza, odnosno ocjena sličnosti tih povreda u kontekstu negativne prognoze.

Ovo u praksi znači da se opomena izrečena radniku zbog kašnjenja i ona izrečena zbog povrede obveze obavješćivanja poslodavca o odsutnosti s rada zbog nesposobnosti za rad odnose na istovrsne povrede, jer su obje izraz specifične nepouzdanosti radnika. Isto vrijedi i za činidbu rada izvršenu sa zakašnjenjem, netočnu, ili nepouzdanu činidbu: istovrsnim se povredama smatra neobavještavanje poslodavca o odsutnosti s rada zbog bolesti i kasnije neodazivanje razgovoru s nadređenim za radnoga vremena; kao i višestruko kasnije dolaženje i ranije odlaženje s posla, ranije napuštanje građevine i igranje karata za radnoga vremena.

Kako je to ocijenio LAG Berlin, različite povrede obveza dovode do sličnih poremećaja u radnom odnosu (vergleichbaren Störungen des Arbeitsverhältnisses).

---

968 BAG 27.2.1985 RzK I 1 Nr. 5 i dr.
971 Ovo pokazuje da točno dolaženje na posao i obavještavanje poslodavca o odsutnosti radnik ne smatra obvezom već neobveznim prijedlogom, kojeg se ne mora uvijek pridržavati. BAG 16.9.2004 AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, op. cit.
9.6.2.9. Teret dokazivanja

U sudskom postupku teret dokazivanja skrивljenog ponašanja, odnosno povrede obveze radnika te njihovog utjecaja na poduzeće, snosi poslodavac. Poslodavac će morati dokazati i one okolnosti na koje se kao bitne radnik pozvao u postupku, a koje opravdavaju takvo ponašanje radnika. Poslodavac ima i teret dokazivanja opravdanosti opomene i da je učinjena u propisanom obliku. Također, mora dokazati da je radnika opomenuo na opasnost po sigurnost i sadržaj radnog odnosa zbog nekog nedostatka u činidbi rada ili da iznimno nije bilo potrebe opomenuti radnika. On mora dokazati i protupravnost povrede obveze, pri čemu treba detaljnno opisati vrijeme, predmet, kao i djelovanje povrede na poduzeće.

U vezi s pitanjem dokazivanja radnikova ponašanja kojim krši neku obvezu te sve raširenijim korištenjem tehničkih sredstava nadzora radnika, primjerice videokamera, nameće se i problem valjanosti takvih dokaznih sredstava, odnosno zadiranja u opća ljudska prava.

9.7. Poslovno uvjetovani otkaz

9.7.1. Pojmovno određenje (pretpostavke poslovno uvjetovanog otkaza)

Poslovno uvjetovani otkaz (engl. *economic dismissal*, *dismissal for economic grounds*; njem. *betriebsbedingte Kündigung*; franc. *licenciement économique*, *licenciement pour motifs éconómique*; slov. *odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga*) definira se u teoriji kao otkaz koji omogućuje poslodavcu da svoje obveze iz ugovora o radu uskladi s promijenjenim okolnostima, posebice s izmijenjenim potrebama za radom određenog radnika. Otkazom poslodavac usklađuje brojno stanje svog osoblja sa smanjenim potrebama za radnicima. Poslovno uvjetovani otkaz česta je mjera kojom poduzetnici smanjuju troškove rada, posebice troškove za plaće, i time odgovaraju na uvjete globaliziranog gospodarstva i tržišnog natjecanja. Za razliku od osobno uvjetovanog otkaza i otkaza uvjetovanih skrивljenim ponašanjem radnika, razlozi za otkaz nalaze se na strani poslodavca. To su okolnosti ili događaji u vezi s poslovanjem koji su neovisni o osobi radnika kojem se otkazuje ugovor o radu.

---

975 Nije dovoljno pozivanje na „rad koji nije uvijek ispravan“, „radi samostalno, ali mu je potrebno redovito vodstvo i kontrola“ i sl. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 346 (Rn. 440).
977 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 382.
Prema hrvatskom ZR-u poslodavac može otkazati ugovor o radu ako ima opravdani razlog, u slučaju „ako prestane potreba za obavljanje određenog posla zbog gospodarskih, tehničkih ili organizacijskih razloga“ (čl. 107. st. 1.). Slovenski ZDR nešto je precizniji te govori o prestanku potrebe za obavljanjem određenog rada pod uvjetima iz ugovora o radu, a sadrži i veći broj razloga za otkaz: uz one poznate u hrvatskom pravu, još i 'strukturne' te 'slične razloge na strani poslodavca' (čl. 88. st. 1.). Prema odredbi njemačkog KSchG-a poslovno uvjetovani otkaz je otkaz uvjetovan neotklonjivom poslovnom potrebom koja onemogućuje daljnje zapošljavanje radnika u tom pogonu (čl. 1. st. 2.), a gotovo identičnu definiciju sadrže i odredbe austrijskih zakona (govore o „ekonomskim potrebama pogona“, čl. 105. st. 3. t. 2. ArbVG-a i čl. 210. st. 3. t. 2. LandArbG-a).

Prema odredbi čl. L.321-1 francuskog Code du travail poslovno uvjetovani otkaz jest otkaz poslodavca radniku zbog jednog ili više razloga koji nisu u vezi s radnikom i koji su rezultat ukidanja, ili promjene radnog mjesta ili izmjene nekog bitnog elementa ugovora o radu koju je radnik odbio, a u vezi su s ekonomskim poteškoćama ili tehnološkim promjenama. Razlog otkaza mora biti ozbiljan i stvaran.

U Velikoj Britaniji poslovno uvjetovani otkaz (economic dismissal) postoji ako je radnik otpušten zbog razloga koji su u cijelости ili uglavnom vezani uz dvije situacije: a) 'zatvaranje poduzeća' (poslodavac je prestao, ili namjerava prestati: (i) obavljati posao zbog kojega je radnik bio kod njega zaposlen; ili (ii) obavljati posao u mjestu gdje je radnik bio zaposlen) ili b) 'prestanak potrebe za radom radnika' (potrebe posla: (i) da radnici obavljaju rad određene vrste, ili (ii) da radnici obavljaju rad određene vrste u mjestu gdje je radnik bio zaposlen kod poslodavca prestale su, ili su se smanjile, ili se očekuje da prestanu ili se smanje) (čl. 139., ERA (1996)).

Jedna od pretpostavki opravdanosti poslovno uvjetovanih otkaza obveza je poslodavca da prije otkaza pokuša radnika zaposliti na drugim poslovima, odnosno pokuša ga osposobiti ili obrazovati za rad na drugim poslovima.

Iz navedenih pojmovnih određenja poslovno uvjetovanih otkaza mogu se utvrditi pretpostavke za takav otkaz: a) odluka poslodavca, kao posebna pretpostavka u njemačkom pravu; b) gospodarski, tehnički, organizacijski i drugi razlozi (hrvatsko, slovensko, austrijsko i francusko pravo), odnosno neotklonjiva poslovna potreba (karacteristična za njemačko pravo) i prestanak obavljanja posla (britansko pravo); c) prestanak potrebe za radom radnika (hrvatsko, slovensko i britansko pravo), odnosno prestanak mogućnosti zaposlenja radnika

980 Preuzeta iz Direktive 75/129/EEZ o kolektivnim viškovima.
(njemačko pravo); d) nemogućnost daljnjeg zaposlenja radnika; e) odmjeravanje interesa; te f) obveza socijalnog izbora.

Kako ističu britanski teoretičari, otkaz zbog ekonomskih razloga zadire, s jedne strane, u ključno područje, tzv., managerial prerogatives, prava poslodavca da daje upute, upravlja organizacijom rada, a, s druge, potiče zahtjeve radnika za 'vlasništvom radnog mjesta' (job property).\footnote{982 Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 481.}

Iako ustavi jamče slobodu rada, pravo na rad, kao i slobodu poduzetništva, utvrđivanje granica dopuštenosti poslovno uvjetovanog otkaza ostavljeno je zakonodavcu, čija je legislativna sloboda uređivanja zaštite od otkaza ograničena upravo ustavnim pravima nositelja međusobno suprotnih prava. Zakonodavac mora voditi brigu o slobodi poduzetništva poslodavca, s jedne strane (tzv. Übermaßverbot, zabrana prekomjernosti), te s druge strane, efikasnoj zaštiti radnog mjesta radnika (tzv. Untermaßverbot, zabrana ići ispod minimuma).\footnote{Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 349 (Rn. 444).}

Poslovno uvjetovani otkaz ugovora o radu temelji se na pravu poslodavca da kao jedna od stranaka radnog odnosa taj trajni dvostranoobvezni odnos raskine kada mu rad radnika nije potreban zbog promjene okolnosti, odnosno utjecaja vanjskih i unutarnjih čimbenika.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 382.}

Odluka poslodavca da raskine radni odnos ne smije biti isključeno ili nerazmjerno ograničeno jer bi to predstavljalo nedopustivo zadiranje u ustavom zajamčenu slobodu zanimanja poslodavca, koja uključuje poduzetničku slobodu (Unternehmerfreiheit). Poduzetnička sloboda znači slobodu osnivanja i vođenja poduzeća, odlučivanja o njegovim zadacima, veličini, kao i tehničkoj i organizacijskoj usmjerenosti te mogućnost odlučivanja o tome koje će i koliki broj radnika zaposliti ovisno o svojim potrebama.\footnote{O načelima na kojima počiva zaštita radnika u slučaju poslovno uvjetovanog otkaza u njemačkoj doktrini i judikaturi opsežno, Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 349-351 (Rn. 445-448).}

Kod ocjene minimuma zaštite valja voditi brigu o tome da kod poslovno uvjetovanog otkaza poslodavac sám svojim poduzetničkim konceptom uzrokuje otkaz, za razliku od osobno i ponašanjem radnika uvjetovanog otkaza, gdje uzroci za otkaz proizlaze iz sfere radnika.\footnote{Ibid., str. 351 (Rn. 448).}

9.7.2. Odluka poslodavca

Prema stajalištu njemačke doktrine jedna od pretpostavki svakog poslovno uvjetovanog otkaza jest autonomna odluka poslodavca, kojom odgovara na određenu makroekonomsku situaciju ili ekonomsku situaciju u poduzeću. Neotklonjiva potreba
izricanja otkaza ne nastaje kao neposredan rezultat određenih gospodarskih kretanja, nego upravo pod utjecajem takvih okolnosti poslodavac donosi određenu organizacijsku odluku.\textsuperscript{987} Okolnosti (razlozi) mogu biti vanjske ili unutarnje naravi. Razloge za poduzetničku odluku treba, dakle, uvijek razlikovati od same odluke. Razlozi su povod organizacijskim mjerama u pogonu, u kojima je sadržana odluka poslodavca.\textsuperscript{988}

S obzirom na zajamčenu slobodu poduzetništva sudovi ne smiju ispitivati je li namjeravana mjera gospodarski svrhovita (\textit{wirtschaftlich sinnvoll}), odnosno kontrolirati učinkovitost postupanja poslodavca (\textit{Effizienzkontrolle}).\textsuperscript{989} Kako ističe Ž. Potočnjak, sudsko utvrđivanje razloga za otkaz u svakom pojedinačnom slučaju „ne smije dovesti do takvog ograničenja slobode poduzetništva koje bi pretvorilo suce u osobe koje odlučuju o poslovnoj politici poduzeća u svezi s radnicima.”\textsuperscript{990}

Ograničena mogućnost kontrole poduzetničke odluke ima za posljedicu da sudovi ne smiju vršiti opće odmjeravanje interesa, odnosno utvrđivati odnos između prednosti koje otkaz donosi poslodavcu i štetnih posljedica otkaza za radnika.\textsuperscript{991}


\textsuperscript{988} To se posljedično odražava i na teret dokazivanja u sudskom postupku povodom otkaza, pa poslodavac mora dokazati sadržaj poduzetničke odluke i njezinu djelovanje na pogon, odnosno postojanje 'poslovne potrebe'. BAG 16.12.2004, AP Nr. 133 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.


\textsuperscript{990} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 384.

\textsuperscript{991} Odluka poslodavca čiji je cilj daljnje povećanje dobiti poduzeća ne smatra se samovoljnom, jer je ostvarivanje dobiti jedna od ustavom zaštićenih svrha poduzetništva. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 267 (Rn. 702).

\textsuperscript{992} Nevaljan je poslovno uvjetovani otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu ako previdja takav raspored radnog vremena, točnije rad subotom, koji je protivan odredbama kolektivnog ugovora o rasporedu radnog vremena. BAG 18.12.1997, AP Nr. 46 zu § 2 KSchG 1969.
Poduzetnička odluka podvrgnuta je i **kontroli zloporabe** (*Missbrauchkontrolle*). Sudovi ispituju je li namjeravana mjera očito neodgovarajuća (*unsachlich*), nerazborita (*unvernünftig*) ili proizvoljna (*willkürlich*).\(^{993}\)

U jednoj odluci VS Slovenije utvrdio je da poslodavac mora dokazati da postoje ekonomski, organizacijski … ili prikladni razlozi te da su oni *istiniti, a ne fiktivni*.\(^{994}\) Rezultati 10-ogodišnje prakse primjene ZR-a pokazuju da su i hrvatski sudovi, u ocjeni dopuštenosti otkaza, orijentirani na sprječavanje poslodavaca da zloupotrebljavaju ovlasti u vezi s otkazom ugovora o radu.\(^{995}\)

U nizu odluka BAG se bavio pitanjem pravne zloporabe u odluci o prijenosu poslova poduzeća na treće osobe. Prema stajalištu BAG-a zloporaba postoji u slučaju kada poslodavac stvaranjem odvojenih organizacijskih dijelova dijeli poduzeće na više dijelova kako bi radnike lišio pravne zaštite za slučaj otkaza i bio „slobodan“ otpustiti ih.\(^{996}\) U pravnoj literaturi posebno se ističe jedna od novijih presuda BAG-a kojom je taj sud utvrdio nevaljanom poduzetničku odluku da dio poduzeća, odjel servisnih službi klinike za reumatske bolesti, nastavi raditi kao posebno društvo (korporacija, *Organgesellschaft*) koje tek treba osnovati, i koje će financijski, ekonomski i organizacijski biti potpuno inkorporirano u to poduzeće, ali s novim radnicima koje treba zaposliti. Zloporabom je ocijenjen izbor novog poduzetničkog koncepta kojim se smanjuju troškovi, ali se ne mijenja ništa u proizvodnom procesu, nego uzrokuje gubitak radnih mjesta, za kojima će kasnije postojati potreba, iako u nešto manjem opsegu. Sud je ocijenio da je cilj takve organizacijske promjene bio izbjegavanje primjene pravila o zaštiti od otkaza te slobodno otpuštanje radnika, kako bi se kasnije zaposlili novi, slabije plaćeni radnici.\(^{997}\)

Kako otkaz sam po sebi ne predstavlja slobodnu poduzetničku odluku, već je samo posljedica provedbe takve odluke u okviru poduzeća, u slučaju kada se odluka o organizacijskoj promjeni i odluka o otkazu praktično poklapaju, smatra se da poduzetnička odluka nije utemeljena na stvarnim razlozima. Zbog toga poslodavac koji je donio poduzetničku odluku čiji se sadržaj odnosi isključivo na smanjenje broja radnika mora, prema

\(^{993}\) Teret dokaza da je poduzetnička odluka neodgovarajuća, nerazborita, ili proizvoljna, snosi radnik.


\(^{995}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 384.

\(^{996}\) BAG 12.2.2004, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969.

mišljenju BAG-a, dokazati u kojem opsegu planira smanjiti osoblje a da ih se ne optereti prekovremenim radom iznad propisanih obveza.998

Ovakvo stajalište nalazimo i u odlukama britanskih sudova. Pri tumačenju zakonske odredbe o ekonomskom otkazu (čl. 139(1) ERA (1996.)) sudovi poštuju pravo poslodavca da odluči o stvarima koje se odnose na veličinu, svrhu i upravljanje poduzećem. Test kojim se utvrđuje postojanje „prestanka obavljanja posla“ ne bavi se širom svrhom koju ima takva odluka poslodavca. Nije stvar sudova ispitivati motive menadžmenta da zatvori poduzeće,999 odnosno ispitivanje ispravnosti ili neispravnosti takve odluke. Sudovi ispituju je li poslodavac u trenutku otkaza imao važan razlog za to; poslodavac to treba dokazati u postupku. Ako sud utvrdi da su postojali dobri objektivni razlozi za otpuštanje radnika, otkaz je zakonit.1000

9.7.3. Prestanak potrebe za obavljanjem posla zbog određenih razloga

Poslovno uvjetovani otkaz bit će valjan ako je zbog određenih razloga prestala potreba za daljnjim obavljanjem rada radnika. Prestanak potrebe utvrđuje poslodavac koji provodi poduzetničku odluku.

Sudovi u postupku ispituju je li poslodavac stvarno donio odluku koja dovodi do smanjenja broja radnika, postoje li razlozi na koje se u odluci poziva te jesu li mjere koje poduzima uzrok smanjenju radnih mjesta.1001

9.7.3.1. Razlozi za otkaz

Razlozi za otkaz ugovora o radu kod poslovno uvjetovanog otkaza nalaze se na strani poslodavca.

Hrvatski ZR ograničava razloge na tri grupe: gospodarske, tehničke ili organizacijske razloge. Slovenski ZDR propisuje dodatne dvije grupe razloga: strukturne, ali i slične razloge na strani poslodavca, čime je otvorena mogućnost šireg tumačenja razloga za otkaz. U njemačkom pravu razlozi za poslovno uvjetovani otkaz nisu određeni zakonom. Zakon koristi sintagmu neotklonjiva poslovnna potreba (dringende betriebliche Erfordernisse) za

izricanje otkaza, koja onemogućuje daljnje zapošljavanje radnika (die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmer in diesem Betrieb gegenstehen), a vezuje se uz provođenje poduzetničke odluke. U judikaturi je nastalo, danas općeprihvaćeno, razlikovanje dviju skupina razloga za otkaz: razloga unutarnje i vanjske naravi (razlozi unutar i izvan poduzeća; innerbetriebliche und außerbetriebliche Gründe).

Otkazne razloge za ovu vrstu otkaza prihvatljivije je, zbog zajamčene slobode poduzetništva, šire tumačiti, pa bi postojeću zakonsku formulaciju iz ZR-а trebalo u tom smislu izmijeniti. Na to upućuje i usporedba otkaznih razloga iz ZR-а s određenjem razloga u njemačkoj sudskoj praksi: razlozi utvrđeni ZR-om predstavljaju razloge unutarnje naravi, što znači da postojećom zakonskom formulacijom nisu obuhvaćeni razlozi vanjske naravi.

Prema stajalištu BAG-a pojmom 'razloga unutar poduzeća' obuhvaćene su sve poslovne mjere (betriebliche, betriebsorganisatorische Maßnahme) koje su tehničke, organizacijske ili gospodarske naravi, kojima poslodavac, uzimajući u obzir tržište ili organizaciju poduzeća, ostvaruje svoju odluku o poduzetničkoj politici koja je temelj upravljanja poduzećem, a koje utječu na potrebu za radom radnika u pogonu. To su mjere koje se odnose na racionalizaciju poslovanja, promjenu radnih ili proizvodnih postupaka, gašenje ili smanjivanje poduzeća, ustupanje radnika, promjenu bijerarhije unutar poduzeća i sl. Posljedica je primjene ovakvih mjera prestanak potrebe za radom radnika. Razlozi unutar pogona podudaraju se s poduzetničkom odlukom. Sud treba utvrditi postoji li stvarno takva odluka i prestaje li njezinim provođenjem potreba za radom pojedinog radnika (tzv. ograničena kontrola zloporabe).

1002 Vidi Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 382.
1004 Kako opravdano ističe Ž. Potočnjak, riječ je o nekritičkom preuzimanju odredbi iz slovenskog prava, odnosno Konvencije br. 158 MOR, koja se odnosi na kolektivne viškove radnika. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, str. 383., bilj. 907.
1008 Preis, U., Autonome Unternehmerentscheidung, op. cit., str. 244; BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu §1 KSchG 1969. U literaturi se razlikovanje unutarnjih i vanjskih razloga uspoređuje, ponajprije, s razlikovanjem otkaza na temelju obvezujuće poduzetničke odluke i poslovno uvjetovanog otkaza koji je neposredno uzrokovan promjenama čimbenika izvan poduzeća.
Razlozi izvan pogona obuhvaćaju okolnosti koje ne ovise o ustroju i upravljanju poduzećem, u određenoj su vezi s poduzećem i utječu na radne odnose. To su, primjerice, pad narudžbi i prometa, ubicanje subvencija, nedostatak sировina ili energije i dr. Smanjenje broja radnih mjesta samo je jedna od mjera kojom poslodavac može ukloniti poteškoće nastale zbog ovih razloga. Pritom mora voditi brigu da broj radnika smanji u onoj mjeri u kojoj će ostvariti postavljeni cilj. U ovu grupu razloga ne ulaze: aspekti tržišta rada, zapošljavanja ili socijalnopolitički aspekti koji mogu utjecati na poslodavca da na drugačiji način popuni radno mjesto.

Ovdje je važno istaknuti da u njemačkom pravu dopuštene razloge za otkaz predstavljaju i planirane poduzetničke odluke odnosno mjere, te buduće i previdive okolnosti, u skladu s prihvaćenim načelom prognoze. Potreba za radom radnika ne mora prestati već u trenutku izricanja otkaza. Prihvatljivi su argumenti da je dovoljno da je poduzetnička odluka već poprimila konkretno oblike i da se na temelju razumnog i poslovno-ekonomskog razmatranja može dati prognoza da će do proteka otkaznog roka planirane mjere biti provedene, a radnik time postati višak.

9.7.3.2. Rad koji se obavlja u poduzeću (ili u pagonu)

Kod utvrđivanja je li prestala potreba za radom radnika, potrebno je uzeti u obzir da je rad koji radnik obavlja vezan uz određeno poduzeće. U njemačkom pravu prestanak potrebe za radom radnika treba procjenjivati, prije svega, s obzirom na pagon u kojem je odluka o otkazu donesena, jer je KSchG prema svojoj izvornoj koncepciji vezan uz odnose 'u pagonu'. No kako se zbog kasnijih izmjena ovaj zakon odnosi i na poduzeće, odnosno na poslodavca (unternehmenbezogen bzw. Arbeitgeberbezogen), potrebu za radom radnika treba procjenivati i s obzirom na poduzeće, odnosno poslodavca. Kod javnih službi u obzir se uzima određena služba (Dienstelle). Zbog toga se ocjenjivanje potrebe za radom radnika ne smije ograničiti na dio pagona (Betriebsteils) jer bi to bilo suprotno zakonskoj odredbi,

---

odnosno sustavu KSchG-a, koji je u pravilu oblikovan s obzirom na pogon. Kao rezultat takvog shvaćanja zatvaranje dijela pogona nema nužno za posljedicu otkaz radniku zaposlenom u tom dijelu, ako je istog radnika moguće zaposliti u drugom dijelu pogona. Isto vrijedi i za socijalni izbor.1015

U britanskom pravu slika je bitno drukčija. Prema zakonu ERA (1996) prestanak (smanjenje) potrebe za obavljanjem rada radnika određuje se prema 'mjestu gdje je radnik bio zaposlen kod poslodavca'. No budući da stranke u ugovor unose tzv. klauzule o mobilnosti (contractual mobility clauses), za ocjenu prestanka potrebe za radom radnika važno je tumačenje tih klauzula. Razvijena je bogata sudska praksa. U slučaju zatvaranja poduzeća ocjena postojanja viška radnika ovisit će o sadržaju ugovora o radu. Naime, ako ugovor o radu sadrži izričitu ili implicitnu klauzulu o mobilnosti, od radnika se može zahtijevati da ode raditi u novo mjesto, čime se može spriječiti otkazivanje.1016 Ipak, za ovo pitanje važno je stajalište sudova da ugovor o radu smije biti isključiv test za određivanje mjesta u kojem radnik radi kao kriterija za utvrđenje je li radnik višak. To posebice vrijedi za slučaj ako je poslodavac u ugovor unio klauzulu mobilnosti ili fleksibilnosti, koja je posebno široka i na koju se nije ranije poziva. Spriječavanjem širokog tumačenja klauzula mobilnosti želi se spriječiti poslodavce u zaobilaženju odredbi o isplati otpremnine, vezane uz ekonomski otkaz.1017

9.7.3.3. Vremensko određenje prestanka potrebe za obavljanjem posla (trajni, ili privremeni)

U njemačkom pravu prihvaćeno je načelo prema kojem provođenje poduzetničke odluke mora imati za posljedicu trajan prestanak potrebe za radom radnika.1018 Izuzetno, kada je donesena odluka da pogon privremeno prestane s radom, potreba za radom radnika može samo privremeno prestati, ali se otkaz smatra socijalno opravdanim.1019

Prema britanskom zakonu ERA (1996) prestanak (smanjenje) potrebe za radom radnika može biti trajno, ili privremeno (‘i zbog bilo kojeg razloga’) (čl. 139. st. 6.).

1016 Sudska tumačenja obveza koje za poslodavca proizlaze iz tih klauzula razlikuju se s obzirom na vrstu klauzula. Ako je riječ o izričitoj klauzuli, od poslodavca se zahtijeva da radniku dade razumni rok za preseljenje, a ako je riječ o implicitnoj klauzuli, poslodavac ne bi od radnika smio zahtijevati preseljenje koje je nerazumno daleko od njegova doma. Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 482-483. i tamo navedena sudska praksa.
1018 BAG 7.5.1998, AP Nr. 94 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung i dr.
U slovenskoj judikaturi nalazimo odluku Vrhovnog suda koji je utvrdio da za postojanje utemeljenog poslovnog razloga ZDR ne propisuje minimalno trajanje prestanka potrebe za radom radnika te presudio da otkaz ugovora o radu nije nezakonit ako se nekoliko mjeseci poslije izrečenog otkaza javila potreba za zapošljavanjem novih radnika.1020

U domaćoj judikaturi nismo našli stajališta o ovom pitanju. Kao kriterij za određivanje kakve naravi mora biti prestanak potrebe za radom radnika da bi otkaz bio opravdan, mogla bi poslužiti zabrana poslodavcu koji je zbog poslovno uvjetovanih razloga otpustio radnika, a da u razdoblju od 6 mjeseci nakon otkaza na istim poslovima zaposli drugog radnika. Ako u tom razdoblju nastane potreba zapošljavanja zbog obavljanja istih poslova, poslodavac mora ponuditi sklapanje ugovora o radu radniku kojem je otkazao ugovor zbog poslovno uvjetovanih razloga (čl. 107. st. 7 i 8. ZR-a).

9.7.3.4. Višak radne snage

Za opravdanost poslovno uvjetovanih otkaza bitno je da provođenje poduzetničke odluke utječe na mogućnosti zapošljavanja (Beschäftigungsmöglichkeiten) otpuštenog radnika.1021 Neotklonjiva poslovna potreba ne mora voditi ukinjanju određenog radnog mjesta (zum Wegfall eines bestimmten Arbeitsplatzes), već je dovoljno utvrditi višak radne snage, čime neposredno ili posredno nestaje potreba za daljnjim radom jednog ili više radnika.1022

U domaćoj sudskoj praksi prihvaćeno je isto stajalište. Vrhovni sud RH utvrdio je da je osnovni uvjet za izricanje poslovno uvjetovanog otkaza radniku prestanak potrebe za obavljanjem posla kojeg obavlja taj radnik1023 te nije potrebno da radno mjesto bude ukinuto, nego je dovoljno i smanjenje broja izvršitelja koji rade na određenom radnom mjestu.1024

U praksi BAG-a stvoren je i dodatni kriterij na koji je korisno ukazati. Potreba obavljanja posla prestaje kada u pogonu više ne postoji nikakva mogućnost daljnjeg rada radnika u skladu s ugovorom o radu (vertragsgemäßer Weiterbeschäftigung). U slučaju radnika koji je radio kao soboslikar u u poduzeću za gradnju stanova i koji je postao višak jer

je to poduzeće odlučilo da soboslikarske radove više neće izvoditi samo, prestalo je ugovorno područje rada tog radnika (vertragliche Beschäftigungsbereich des Arbeitnehmers).1025

Na poslodavcu je teret dokazivanja na koja se radna mjesta i u kojem opsegu odnosi poduzetnička odluka o smanjenju broja radnika.1026

Prestanak potrebe za radom radnika ne postoji samo u slučaju kada se radno mjesto u potpunosti ukine nego i kada prestane istovjetnost i kontinuitet (Identität und Kontinuität) radnog mjesta.1027 Prema stajalištu BAG-a nije važno treba li na dotadašnjem radnom mjestu uopće obavljati kakav rad, nego predstavlja li rad koji treba obavljati na radnom mjestu 'u značajnoj mjeri istovjetan rad'.1028 Poslodavac ima u načelu potpunu slobodu oblikovati radno mjesto, preblikovati ga, utvrđivati potrebnu kvalifikacijsku strukturu na tom radnom mjestu i sl. Ako se zbog poduzetničke odluke o zatvaranju odjela poduzeća i reorganizaciji poslovanja poslovi iz tog odjela prenose na nova radna mjesta drugog odjela istog poduzeća, ne prestaje istovjetnost radnih mjesta i potreba za radom radnika ranije zaposlenih u odjelu koji je restrukturiran. No njihov identitet i kontinuitet mijenja se s uvodenjem novih radnih zadataka, ali i bolje plaće.1029

Istovjetnost radnog mjesta jedan je od ključnih kriterija opravdanosti otkaza zbog ekonomskih razloga i u britanskom pravu. Tumačenje pojma „rad određene vrste“ (work of a particular kind) dvojbeno je. Sudovi razlikuju, s jedne strane, zahtjev poslodavca da radnik izvrši određenu količinu posla te, s druge strane, potrebu da ta količina posla bude izvršena na poseban način ili uz posebne uvjete. Najopćenitije rečeno, razvila su se dva testa, test funkcije radnog mjesta (job function test) i ugovorni test (contract test). Sudovi primjenjuju „osjetljivu mješavinu oba testa“.1030 Ako se radno mjesto promijenilo, radnik postaje višak, a ako se promijenio samo način obavljanja posla na tom radnom mjestu, dakle funkcija radnog mjesta (job function) ostala je ista, u pitanju je prilagođavanje radnika (adaptability).1031

---

1028 BAG 10.11.1994, AP Nr. 65 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung i dr.
1031 Employment law, op. cit., str. 103.
9.7.3.5. Teret dokazivanja

U sporu o dopuštenosti otkaza na poslodavcu je teret dokazivanja činjenica koje su pretpostavka postojanja poslovne potrebe, odnosno razloga za otkaz. Na temelju takvih činjenica sud utvrđuje je li u trenutku započinjanja otkaznog roka nepobitno da će potreba za radom otpuštenog radnika prestati do proteka tog roka. Poslodavac zato treba dokazati na kojim je razlozima utemeljio svoju poduzetničku odluku i kako odluka djeluje na brojčano stanje radnika u poduzeću.

Kada se poziva na razloge izvan poduzeća, poslodavac ih mora detaljno obrazložiti, čime istovremeno obrazlaže i svoj poduzetnički koncept. Prema stajalištu BAG-a nije dovoljno pozivanje na 'nedostatak posla', 'pad prodaje', 'gubitke' jer to nije dostatno za otpuštanje radnika. Kada je riječ o odluci zbog unutarnjih razloga, mora obrazložiti način na koji se ona odražava u poduzeću, primjerice, kako će preostali radnici obavljati potreban rad bez da im se nametnu dodatne obveze rada. Poslodavcu je, u pravilu, lakše dokazivati svoju odluku pozivanjem na razloge izvan pogona, nego razloge unutar pogona.

Poslodavac ne mora obrazlagati svrhovitost svoje odluke. Na radniku je pobijanje odluke i teret dokazivanja da je odluka neodgovarajuća, nerazumna i samovoljna.

9.7.4. Načelo razmjernosti otkaza (načelo Ultima Ratio)

Razmjernost otkaza jedna je od pretpostavki socijalne opravdanosti poslovno uvjetovanog otkaza. Otkaz je razmjeran ako ga poslodavac mora nužno dati radniku kako bi proveo svoju poduzetničku odluku jer ne postoji blaže sredstvo koje je jednako prikladno da bi se postigao postavljeni poduzetnički cilj (načelo Ultima Ratio). U obzir dolaze samo takva, za radnika lakša, sredstva zbog kojih poslodavac ne mora mijenjati poduzetničku odluku jer je to smjernica koju treba poštovati.

Druge, blaže, mjere mogu biti tehničke, organizacijske, ili gospodarske naravi, odnosno prilagođavanje uvjeta rada u radnom odnosu. Ipak, prilagođavanje, odnosno izmjene ugovora o radu, čini se da su stavljenje u drugi plan. Jedan od razloga za to vidi se u

1033 BAG 20.2.1986, AP Nr. 11 zu § 1 KSchG 1969.
1034 BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG Betriebesbedingte Kündigung; Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 394 (Rn. 558); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 274 (Rn. 724).
nepostojanju kodifikacije ugovornog radnog prava kojom bi se instrumentarij za izmjene ugovora pretvorio u usklađeni cjeloviti koncept.\textsuperscript{1036}

**Austrijska** judikatura prepoznaje u načelu razmjernosti obvezu poslodavca da stvari uredi na socijalno prihvatljiv način, odnosno vodi brigu o socijalnom elementu, tzv. \textit{soziale Gestaltungspflicht}.\textsuperscript{1037} U **Njemačkoj** je ova ideja dobila i zakonski oblik u okviru Socijalnog zakonika, Knjiga III. Od 1998. g. postoji, naime, zakonska obveza poslodavca da „pri donošenju odluka \textit{odgovorno} uzme u obzir njihovo djelovanje na zaposlenje radnika i na nezaposlene, te s time povezano korištenje potpora (pomoći) za radnike (\textit{Arbeitsförderung}). Korištenje potpora za radnike kao i otkazivanje radnicima moraju se izbjegavati prvenstveno korištenjem mjera unutar pogona.“\textsuperscript{1038} Njemački je zakonodavac na ovaj način pokušao korigirati praksu otkazivanja, obvezujući poslodavca da, kod odlučivanja o primjeni blažih mjera kojima se izbjegava otkaz, uzme u obzir ne samo svoje poduzetničke interese, nego i socijalnoprawne, odnosno interese radnika.\textsuperscript{1039} Rješenje se čini zanimljivim s više aspekata. Osim što potvrđuje načelo \textit{ultima ratio} otkaznoga prava, zakonodavac ovom normom ostvaruje ideju jedinstvenog pravnog poretka, priznajući međuovisnost radnopravne zaštite sigurnosti radnog odnosa i prava radničkih potpora što pripada socijalnom pravu. Ipak, doseg ovog pravila, koje prema našem mišljenju pripada budućnosti, ograničen je, jer ono ima supsidijarni karakter u odnosu na posebne odredbe SGB-a i otkaznoga prava.\textsuperscript{1040}

Kao najčešće blaže mjere umjesto otkaza primjenjuju se u praksi: ukidanje (često dugotrajnog) prekovremenog rada; ukidanje rada ustupljenih radnika; uvođenje kraćeg radnog vremena; rastezanje posla; proizvodnja zaliha; zaključivanje ugovora o radu s nepunim radnim vremenom (umjesto dotadašnjeg ugovora o radu s punim radnim vremenom).

U vezi s primjenom načela razmjernosti otkaza valja upozoriti na, vrlo osjetljivo, ranije razmatrano pitanje sudske kontrole poduzetničke odluke. Kada u pojedinačnom slučaju ispituje opravdanost primjene određenih alternativnih mjera umjesto otkaza, sud neizbježno provodi kontrolu poduzetničke odluke. Prosuđujući je li ta odluka bila organizacijski svrhovita, sud ustvari svojom odlukom zamjenjuje poduzetničku, što nije prihvatljivo sa...


\textsuperscript{1037} Floretta/Spielbüchler/Grillberger, op. cit., str. 388.; Marhold, Franz, Kündigung und Kündigungsschutz nach österreichischem Recht (Eine rechtsvergleichende Kurzdarstellung zum deutschen Recht), NZA, Sonderbeitage zu H. 21, 2003, str. 27.

\textsuperscript{1038} Čl. 2 st. I al. 1 i 2 SGB III. Više Preis, U., \textit{Die Verantwortung}, op. cit., str. 454.

\textsuperscript{1039} Preis, U., \textit{Die Verantwortung}, op. cit., str. 455.

\textsuperscript{1040} Zbog toga se može prihvatiti stajalište da je riječ o programskom načelu, iako u njemačkoj radnopravnoj literaturi postoje i posve suprotna stajališta. Više ibid., str. 451. i d.
stajališta ograničene mogućnosti kontrole poduzetničkih odluka, o kojoj je ranije bilo riječi. Upravo zbog toga valja prihvatiti stajalište da je sudsko prosuđivanje opravdanost alternativnih mjera nadasve upitno, te da ono nikako ne treba ugroziti poduzetnički koncept.\textsuperscript{1041}

9.7.5. Nemogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima

Poslovno uvjetovani otkaz opravdan je samo ako poslodavac nije bio u mogućnosti zaposliti radnika koji je višak na „drugim poslovima“. Obveza poslodavca da prije otkaza pokuša radniku osigurati drugi posao u skladu je s načelom \textit{ultima ratio}, a za razliku od drugih, blažih mjera, izričito je propisana zakonom u svim analiziranim zakonodavstvima, osim austrijskog.

U hrvatskom se pravu obveza poslodavca da pokuša zaposliti radnika na „nekim drugim poslovima“ ne odnosi na male poslodavce (čl. 106.\(113.\) st. 2. ZR-a). Isto vrijedi i za slovensko pravo, u kojem zaštitu zapošljavanjem „pod izmijenjenim uvjetima, ili na drugim poslovima“ ne uživaju ni radnici čiji ugovor o radu traje kraće od 6 mjeseci (čl. 88. st. 3. i 4. al. 1. ZDR-a). U Njemačkoj se obveza dalnjeg zapošljavanja radnika odnosi na „drugo radno mjesto u istom pogonu (Betrieb) ili drugi pogon istog poduzeća (Unternehmen)“.\textsuperscript{1042} (čl. 1. st. 2. al. 2. KSchG-a). Francuski poslodavac obvezan je ispitati mogućnost zapošljavanja radnika koji je višak na drugom radnom mjestu iste, ili niže kategorije zanimanja unutar poduzeća ili grupacije (čl. L. 321-1 CT-a).\textsuperscript{1043} Prema britanskom zakonu ERA (1996) poslodavac je dužan ponuditi radniku novo, ili alternativno zaposlenje (čl. 138.\(141.\)). Obveza poslodavca da pokuša zaposliti radnika na nekom drugom slobodnom radnom mjestu prihvaćena je u austrijskoj sudskoj praksi.\textsuperscript{1044}

Zapošljavanje radnika na drugim poslovima važna je odluka o položaju radnika, pa u njezinom donošenju sudjeluje radničko vijeće.\textsuperscript{1045}

\textsuperscript{1042} Za radnike u poduzećima i službama javnog prava na „drugo radno mjesto u istoj službi ili drugoj službi istog upravnog odjela u istom mjestu službe uključujući i područja kojima gravitira (Einzugsgebietes)“.\textsuperscript{1043} Poslodavac mora dokazati da je poduzeo sve kako bi takvog radnika zaposlio na drugom radnom mjestu (primjerice, pisma kojima traži listu slobodnih radnih mjesta unutar grupacije, pisane ponude za zapošljavanje koje je slao radnicima). Ove mjere poslodavac mora poduzeti prije obavještavanja radnika o otkazu. Poslodavac dokazuje i da nije bilo slobodnih mjesta koja bi odgovarala radnikovu profilu zanimanja ili da ih je radnik odbio. Grangé, J., op. cit., str. 127.
\textsuperscript{1045} U hrvatskom pravu poslodavac je obvezan savjetovati se s radničkim vijećem o toj odluci (čl. 149. ZR-a). Prema njemačkom pravu daljnje zapošljavanje radnika na drugim poslovima predstavlja odluku o „premještaju“ radnika (čl. 95. st. 3. BetrVG-a), za čiju je valjanost potrebna suglasnost radničkog vijeća (čl. 99.
Polожaj radnika u vezi s obvezom poslodavca da ga prije otkaza pokuša zaposliti na drugim poslovima bitno je određen definicijom takvih poslova u zakonu i u sudskoj praksi. Između ostalog, važna su dva elementa: odnosi li se obveza samo na poslove kod istog poslodavca ili i na poslove kod drugog poslodavca, na poslove u istom ili drugom poduzeću te je li riječ o istovrsnim, odnosno usporedivim poslovima, ili o radu uz izmijenjene uvjete rada.

9.7.5.1. Zapošljavanje kod istog poslodavca ili u istom poduzeću, na slobodnom radnom mjestu

Propisujući obvezu poslodavca da radnika pokuša zaposliti „... na nekim drugim poslovima“ hravatski zakonodavac koristi nedovoljno određenu formulaciju, koju je nužno protumačiti. Vrhovni sud ostao je u okvirima užeg tumačenja, zauzevši stajalište da se ta obveza odnosi samo na zapošljavanje kod *istog poslodavca*, a ne i na obvezu pronalaženja zaposlenja kod drugog poslodavca,1046 kao što je to kod kolektivnih viškova. Isto vrijedi i za njemačko pravo. Mogućnost daljnjeg zapošlenja radnika u istom pogonu ili drugom pogonu istog poduzeća dobila je šire tumačenje u njemačkoj sudskoj praksi, jer se mogućnost zaposlenja ocjenjuje ne samo s obzirom na pogon ili poduzeće nego i s obzirom na poslodavca (arbeitgeberbezogene Prüfung).1047 Na ovaj se način mogućnosti daljnjeg zaposlenja ograničavaju na one o kojima poslodavac može sam odlučivati; proširenje na druga poduzeća u pravilu je isključeno.1048

Novelom slovenskog ZDR-a mogućnost daljnjeg zaposlenja radnika proširena je na poslove kod drugog poslodavca, ali u okviru instituta otkaza ugovora o radu s ponudom novog ugovora o radu kod drugog poslodavca.1049 Time je uvedena *opća mogućnost zaposlenja kod drugog poslodavca*, koja nije vezana samo za kolektivne viškove. Ona je zakonom detaljno uređena, čime se postižu pravna jasnoća i sigurnost. Pretpostavka je da je donesena odluka o otkazu ugovora o radu, a otkazni rok još traje. Radniku zaposlenje može ponuditi poslodavac ili zavod za zapošljavanje. Ograničenja postoje i s obzirom na kvalitetu ponuđenih poslova, jer mora biti riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme te odgovarajućem zaposlenju. Također, neke obveze ima i drugi poslodavac: u ugovoru o radu mora se obvezati


Njemački **BAG** stvorio je bogatu prašku o tome kada se neko radno mjesto ne može smatrati slobodnim, utemeljenu na primjeni načela zaštite stalnosti radnog odnosa i načela savjesnosti i poštenja.\footnote{Više Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 283-285 (Rn. 758).}

**9.7.5.2. Usporedivost radnih mjesta**

Mogućnost zaposlenja radnika na drugim poslovima u **njemačkom** se pravu vezuje uz **usporediva radna mjesta** (**vergleichbare Arbeitsplätze**).\footnote{Bečan, Irena, Postopek redne odpovedi pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga – individualni odpust po noveli ZDR-a, DiD, let. VII, št. 4, 2007., str. 544.}

Taj je zahtjev u **hrvatskoj** teoriji izražen stajalištem da bi poslodavac prilikom ispunjavanja svoje zakonske obvezе radniku trebao ponuditi drugo odgovarajuće radno mjesto, odnosno postupati u dobroj vjeri.\footnote{Rožman, Krešimir, Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, *Hrvatska pravna revija* (dalje: *HPR*), br. 2, 2003., str. 27; Potočnjak, Ž., Pretpostavke ugovora o radu, op. cit., str. 397.}
Radnik mora ispunjavati zahtjeve za obavljanje poslova na novom radnom mjestu (uz određeno vrijeme za uvođenje u posao); imati odgovarajuće stručne i osobne sposobnosti te znanja za to radno mjesto. U obzir dolaze prije svega za ona radna mjesta za koja nije potrebna izmjena ugovora o radu, što je prihvaćeno i u domaćoj doktrini.

U britanskom pravu traži se da drugo radno mjesto bude objektivno odgovarajuće (primjereno) (objectively suitable (alternative) employment).

Uspoređiva radna mjesta vezuju se, prije svega, uz neizmijenjene uvjete rada. Jesu li radna mjesta usporediva, utvrđuje se prema sadržaju ugovora o radu. Ovdje se mogu primijeniti ranije spomenuti kriteriji istovjetnosti i kontinuiteta radnog mjesta, relevantni za ocjenu je li prestala potreba za radom radnika mjesta. Jedno od spornih pitanja jest ono o primjeni mogućnosti promaknuća radnika kao mjere kojom se izbjegava otkaz. Dio njemačke doktrine i judikatura zastupaju stajališta koja rezultiraju ograničenjem primjene načela ultima ratio. Prema mišljenju literature radnik u pravilu nema pravo zahtijevati promaknuće na bolje radno mjesto kako bi se spriječio otkaz, dok BAG u novijem stajalištu utvrđuje da poslodavac nije obvezan radnicima ponuditi promaknućem bolja radna mjesta, bez obzira što se mjere obrazovanja ili prekvalifikacije čine prihvatljivima.

U skladu s načelom razmjernosti otkaza, poslodavac koji radniku ne može ponuditi daljnje zaposlenje uz neizmijenjene uvjete rada može mu prije otkaza ponuditi radno mjesto s izmijenjenim uvjetima rada, ako takvo mjesto postoji. Sigurnosti radnog odnosa dana je prednost pred zaštitom ugovornog sadržaja. Ako radnik ne prihvati ponudu, poslodavac je u pravilu obvezan radniku dati otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, što je također blaža mjera od 'bezuvjetnog' otkaza. Pristanak radnika pretpostavlja je valjanosti takvog zaposlenja. Mogućnost daljnjeg zaposlenja može imati niz varijanti: u obzir dolazi zaposlenje

---

1059 Izmjena ugovornih uvjeta u njemačkom je pravu izričito propisana zakonom kao jedna od mogućnosti izbjegavanja otkaza, uz prekvalifikaciju i obrazovanje radnika (čl. 1. st. 2., toč. 3 KSchG-a).
1060 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 397.
1063 BAG 9.11.2006, AP Nr. 1 zu § 311 a BGB.
1064 O praksi BAG-a vezanoj uz načelo prednosti otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora pred bezuvjetnim otkazom vidi opširnije Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 418-420 (Rn. 625-629).
na drugom, slabijem radnom mjestu, rad s nepunim radnim vremenom, smanjenje prava iz kolektivnog ugovora, smanjenje plaće.\footnote{1066}

U njemačkoj judikaturi i doktrini daljnje zaposlenje radnika vezuje se uz kriterij prihvatljivosti. Poslodavac se može obratiti radniku s ponudom izmijenjenih uvjeta rada ako postoji \textit{stvarna} mogućnost daljnjeg, \textit{prihvatljivog} zaposlenja radnika, u skladu s načelom razmjernosti. Daljnje zaposlenje mora biti prihvatljivo za obje ugovorne strane. Ponuda izmijenjenih uvjeta rada smatra se prihvatljivom kada odgovara osobnim i stručnim sposobnostima radnika (tzv. prihvatljivost ponude izmijenjenih uvjeta, \textit{Zumutbarkeit des Änderungsangebots}).\footnote{1067} Prihvatljivost daljnjeg zaposlenja ocjenuje se prema objektivnom kriteriju. Radno mjesto smatra se neprihvatljivim kada sa stajališta razumnog poslodavca, s obzirom na početni profil radnog mjesta kao i ekonomski i socijalni status radnika, ne dolazi u obzir za radnika usporedivih karakteristika.\footnote{1068}

I u slovenskom pravu obveza poslodavca da radniku ponudi nastavak rada odnosi se na „izmijenjene uvjete rada“, ili „druge poslove".\footnote{1069} Ako ta mogućnost postoji, zakonom je izričito propisano da poslodavac mora ponuditi radniku zaključenje novog ugovora, prema odredbama o otkazu s ponudom novog ugovora o radu. Poslodavac koji ne može ponuditi radniku zaključenje novog ugovora o radu, pod izmijenjenim uvjetima, na drugim poslovima, ili nakon dokvalifikacije, odnosno prekvalifikacije, mora već tijekom otkaznog roka obavijestiti zavod za zapošljavanje o otkazu ugovora o radu radniku (čl. 88. st. 3 i 5. ZDR-a).

\subsection*{9.7.5.3. Izbor između više mogućnosti daljnjeg zapošljavanja i izbor između više radnika}

Ako kod poslodavca postoji jedno ili više slobodnih radnih mjesta na koje se radnik koji je višak može rasporediti, nužno se postavlja pitanje na koji se način poslodavac odlučuje za jednu od tih mogućnosti.

U njemačkoj judikaturi prihvaćena je obveza poslodavca da radniku najprije, na temelju svoga prava davanja uputa (\textit{Direktionsrecht}, čl. 106. GewO-a) ponudi slobodno

\begin{flushright}
\footnotesize
\end{flushright}

\begin{flushright}
\footnotesize
\end{flushright}

\begin{flushright}
\footnotesize
\end{flushright}

\begin{flushright}
\footnotesize
\end{flushright}
slično radno mjesto. Ta mjera ima prednost pred otkazom s ponudom izmijenjenog ugovora o radu. Ako postoji više slobodnih radnih mjesta, poslodavac radniku treba ponuditi ono koje najviše odgovara njegovim sposobnostima, u skladu s pravičnom ocjenom (čl. 106. GewO-a), ali i kriterijem učinkovitog ostvarenja poduzetničkog koncepta i učinkovitog korištenja radnikovih sposobnosti. Ne postoji li mogućnost da se radnik zaposli na ovaj način, poslodavac mu može ponuditi otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu.

Ako više radnika kod istog poslodavca (u istom pogonu) istovremeno postane višak, a postoji manji broj slobodnih radnih mjesta na koja se mogu zaposlati kako bi se izbjegao otkaz (tzv. konkurencija radnika), poslodavac nije slobadan u donošenju odluke kojeg radnika zadržati, već mora primijeniti kriterije socijalnog izbora. To slijedi iz čl. 107. st. 3. ZR-a, kao i čl. 1. st. 2., 3. KSchG-a.

9.7.5.4. Obrazovanje ili osposobljavanje radnika za rad na drugim poslovima

Otkaz radniku poslodavac može izbjegi obrazovanjem ili osposobljavanjem radnika za rad na drugim poslovima prije otkazivanja. Ta mjera zakonom je izričito propisana kao obveza poslodavca u hrvatskom, njemačkom i slovenskom pravu. U austrijskom pravu prihvaćena je na temelju sudske prakse, ali mu se ne smiju nametnuti prekomjerne obveze. Hrvatski je zakonodavac obvezu obrazovanja ili osposobljavanja radnika relativizirao, određujući da ona ne postoji „ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati od poslodavca da obrazuje ili osposobi radnika za rad na nekim drugim poslovima“. Kako ističe Ž. Potočnjak, poslodavac bi trebao poduzeti „sve što se od njega razumno može očekivati“ u vezi s takvim mjerama, ali mu se ne smiju nametnuti prekomjerne obveze.

Takav pristup prihvatilo je i Vrhovni sud RH koji u jednoj odluci utvrđuje da se obveza poslodavca odnosi na određenu obuku radnika u prilagođavanju novoj vrsti posla, a ne i na obvezu poslodavca da svojim sredstvima financira visoko školovanje svojih radnika, odnosno završetak studija.

U tumačenju relativnosti ove obveze poslodavca korisne su smjernice koje možemo naići u njemačkom pravu. U sudskoj praksi utvrđene su pretpostavke primjene mjera

---

1073 Poslodavac bi u obrazloženju odluke o otkazu trebao navesti okolnosti koje su onemogućile provođenje mjera obrazovanja radnika, što bi olakšalo i utvrđivanje zakonitosti otkaza u eventualnom sudskom sporu. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 398.
prekvalifikacije i doškolovanja: mjere moraju biti prihvatljive za poslodavca; nakon dovršetka mjere mora postojati mogućnost daljnog zaposlenja radnika u poduzeću; radnik mora pristati na primjenu tih mjera.1075

Do danas nisu stvorena jasna pravila za poslodavce o pojmu i kriterijima za utvrđivanje prihvatljivosti mjera prekvalifikacije i doškolovanja, već se prihvatljivost utvrđuje na temelju ocjene svih okolnosti pojedinačnog slučaja, odmjeravanjem interesa te uzimanjem u obzir niza kriterija stvorenih u literaturi i judikaturi.1076 Mjere moraju biti takve da omogućuju daljnje zaposlenje radnika koje je iste razine.1077 Poslodavac nije obvezan omogućiti radniku prekvalifikaciju ili doškolovanje ako mu time mogu nastati opterećenja koja za njega nisu prihvatljiva, pri čemu treba uzeti u obzir i interese radnika. U literaturi je stvorena čvrsta formula prema kojoj daljnje zapošljavanje radnika na temelju provedene prekvalifikacije ili doškolovanja mora biti to trajnije što se jače tim mjerama zadire u poduzetničke i ekonomske interese poslodavca. Kao kriteriji prihvatljivosti mjera prihvaćeni su posebice: očekivani troškovi prekvalifikacije; sposobnost radnika za prekvalifikaciju i s time povezana uspješnost mjera; trajanje pripadnosti radnika poduzeću, ali i očekivano trajanje radnog odnosa tog radnika; mogućnost korištenja rada radnika za vrijeme provedenih mjera; postojanje obrazovnih ustanova (uključujući mogućnost obrazovanja unutar pogona); veličina i ekonomski položaj pogona; spremnost radnika da i sam sudjeluje u troškovima obrazovanja i dr.1078 Pravna literatura kao jedan od kriterija posebno ističe ugovorni odnos u cjelini.1079

Njemački poslodavac obvezan je primijeniti mjeru prekvalifikacije samo ako je ispunjena pretpostavka mogućnosti zaposlenja radnika na odgovarajućem slobodnom radnom mjestu nakon provedene mjere. Zbog toga je opravdan poslovno uvjetovani otkaz kod kojeg se u trenutku davanja otkaza, ’s dovoljnom sigurnošću’, moglo predvidjeti da nakon završetka primjene mjere ne bi postojala mogućnost zapošljavanja koja bi odgovarala tako stečenim kvalifikacijama radnika.1080 Isto je stajalište prihvatio Vrhovni sud RH, istaknuvši da je radi utvrđivanja zakonitosti otkaza potrebno ocijeniti može li radnik, uz određeno obrazovanje ili

1077 BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
1079 Za osobno uvjetovani otkaz relevantna je vrsta rada i izvršavanje ugovora, postojanje ranijih opomena radniku; za poslovno uvjetovani otkaz, opravdani su veći troškovi poslodavca, uključujući i troškove za prekvalifikaciju i doškolovanje radnika, odnosno neprovođenje mjera ako poslodavac već zapošljava dovoljno radnika kvalificiranih za preoblikovana radna mjesta. Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 417 (Rn. 621).
osposobljavanje, obavljati poslove sličnog radnog mjesta koji i dalje postoje i koje mjesto je upražnjeno.\textsuperscript{1081}

Za razliku od hrvatskog i slovenskog zakona, koji ne predviđaju 	extit{pristanak radnika} na mjere obrazovanja, kao jednu od pretpostavki njihove valjanosti, u njemačkom pravu ta je pretpostavka zakonom izričito propisana. Značajno je na kraju spomenuti i pravo sudjelovanja radničkog vijeća u odlučivanju o mjerama profesionalnog obrazovanja.\textsuperscript{1082}

9.7.5.5. Zabrana zapošljavanja drugih radnika na istim poslovima

Hrvatski ZR sadrži odredbu prema kojoj poslodavac koji je zbog poslovno uvjetovanih razloga otkazao radniku ne smije u razdoblju od 6 mjeseci nakon otkaza na istim poslovima zaposliti drugog radnika. Ako u tom razdoblju nastane potreba zapošljavanja zbog obavljanja istih poslova, poslodavac mora ponuditi sklapanje ugovora o radu radniku kojem je otkazao ugovor zbog poslovno uvjetovanih razloga (čl. 107. st. 7. i 8.). Iako kršenje takve odredbe predstavlja teški prekršaj, Vrhovni sud zauzeo je stajalište da zapošljavanje drugog radnika protivno zakonskoj odredbi ne čini nevaljanim ugovor o radu s tim radnikom.\textsuperscript{1083}

Takvim stajalištem štiti se sigurnost radnog odnosa novozaposlenog radnika, ali omogućava poslodavcu da zaobide zakonsku obvezu. Radniku kojemu je otkazano ne jamči se nikakva zaštita u slučaju protuzakonitog postupanja poslodavca. Sudska praksa pridonosi time ublažavanju propisanih obveza poslodavca.

Slovenski poslodavac dužan je radnicima koji su dobili otkaz dati prednost pri zapošljavanju na novim poslovima u razdoblju od godinu dana ako ispunjavaju uvjete za obavljanje rada (čl. 102. ZDR-a). Zakonom nije predviđena obveza poslodavca da se radnici kojima je otkazano obavijeste o novim radnim mjestima, a ni prekršajna odgovornost poslodavca za kršenje obveze. Zbog toga je odredba neučinkovita,\textsuperscript{1084} poput one našega prava. U francuskom pravu radnici uživaju pravo prednosti pri zapošljavanju na sličnom radnom mjestu u razdoblju od 4 mjeseca nakon otkaza (čl. L. 321-14 CT-a).

\textsuperscript{1081} VSRH, Revr-46/05-2. Cit. prema Pezo, I., Razlozi za otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 41.
\textsuperscript{1082} Čl. 97. st. 2. BetrVG-a, uveden Reformskim zakonom, iz 2001. godine.
\textsuperscript{1083} VSRH, Revr-363/04, od 24.11.2004.
\textsuperscript{1084} Bečan, Irena, Člen 102., u: \textit{Zakon o delovnih razmerjih (ZDR) s komentarjem}, Ljubljana, GV Založba, 2008., op. cit., str. 487.
9.7.6. Socijalni izbor

9.7.6.1. Svrha i područje primjene


1087 Lyon-Caen/Pélissier/Suppiot, op. cit., str. 457.
9.7.6.2. Krug radnika koji su obuhvaćeni socijalnim izborom

Jedno od temeljnih pitanja jest određenje kruga radnika na koje se socijalni izbor odnosi. Socijalnim izborom treba, u pravilu, obuhvatiti sve radnike kod poslodavca, odnosno u pogonu, koji se mogu međusobno uspoređivati. Prvi element pomoću kojeg određujemo krug radnika jest **pripadnost** nekom **poslodavcu**, odnosno pogonu. Kao što je već istaknuto, **njemačko** otkazno pravo uredeno je s obzirom na odnose u pogonu (*betriebsbezogene Verhältnisse*), pa je takvo obilježje i temelj za određenje kruga radnika. U nastavku se daje prikaz stajališta njemačke judikature, koja mnoštvom odluka cjelovito pokriva ovo područje.

Stalna sudska praksa i pretežni dio literature vezuje socijalni izbor uz postupak koji se provodi među radnicima *istog pogona* (*Betrieb*). Na socijalni izbor odnosi se, u pravilu, na pogon u cijelini. No socijalni izbor obveza je i kada se više radnika iz različitih pogona jednog poduzeća koji su postali višak natječe za jedno ili manji broj slobodnih radnih mjesta radi daljnjeg zaposlenja. U tom slučaju socijalni izbor prelazi okvire jednog pogona (*betriebsübergreifende Sozialauswahl*), a rezultat je zakonske praznine.

U području javne uprave socijalni izbor vrši se na razini službe (*Dienststelle*) koja odgovara pojmu pogona privatnog sektora. Socijalni izbor ne smije se ograničiti na odjele službi, a za utvrđivanje istovjetnosti službe relevantna je jedinstvenost organizacije, koju posebice potvrđuje postojanje jedinstvenog upravljačkog aparata.

Obveza provođenja socijalnog izbora postoji i kada se višak radnika pojavi u vezi s *prijenosom pogona* (*Betriebsübergang*). Prema stajalištu BAG-a ako prijašnji poslodavac koji namjerava izvršiti prijenos pogona otkaže radniku ugovor zbog poslovno uvjetovanih razloga prije zaključenja ugovora o prezimanju, postupkom socijalnog izbora obuhvaćeni su samo radnici pogona koje se prenose. Radnici pogona koje preuzima drugi pogon ne mogu biti obuhvaćeni socijalnim izborom jer između prijašnjeg poslodavca i novih radnika ne postoji


1094 Ibid., str. 437 (Rn. 673).

1095 BAG 26.5.1983, AP Nr. 34 zu § 613a BGB. Prema mišljenju u literaturi ovo vrijedi i kod poslovno uvjetovanog otkaza nakon zaključenja, a prije stupanja na snagu ugovora o prezimanju. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 317 (Rn. 882).
nikakva ugovorna veza. Ako je riječ o prijenosu dijela pogona (Teilbetriebsübergang), u socijalni izbor uključeni su svi radnici tog pogona, uključujući i radnike onog dijela koji se prenosi ako se radnicima otkazuje prije stupanja na snagu ugovora o preuzimanju.

Prema stajalištu literature, i nakon izvršenog preuzimanja poslodavac koji je preuzeo pogon prilikom otkazivanja mora provesti socijalni izbor. Krug radnika koji će biti obuhvaćeni ovisi o položaju pogona u pogonom dijelu koji se prenosi.

Usporedivost radnika drugi je bitni element socijalnog izbora. U socijalni izbor trebaja biti uključeni samo oni radnici „koji su u istom položaju“, dakle, oni koji se mogu međusobno uspoređivati s aspekta činjeničnog i pravnog stanja (usporedivi su, vergleichbar sind).

'Usporedivi' su, prema stajalištu njemačke judikature oni radnici koji mogu zamijeniti jedan drugoga (austauschbar sind) na temelju svojih sposobnosti i znanja (usporedivost na osnovi kvalifikacije, qualifikationsmäßige Vergleichbarkeit), kao i s obzirom na sadržaj ugovora o radu (usporedivost na osnovi ugovora o radu, arbeitsvertragliche Vergleichbarkeit). Pritom je, ustvari, potrebno dokazati da radnik kojem neposredno prijeti otkaz može preuzeti neko postojeće radno mjesto. 

Podsetimo da je obilježje usporedivosti radnih mjesta u njemačkom pravu i stovremeno kriterij prema kojem se ocjenjuje mogućnost zaposlenja radnika koji je višak na drugim poslovima.

Usporedivost se ocjenjuje u prvom redu prema obilježjima radnog mjesta, odnosno rada koji obavlja radnik određenih sposobnosti i znanja (arbeitsplatzbezogene Merkmale). Riječ je o usporedivosti (razgraničenju) na horizontalnoj razini (horizontale Vergleichbarkeit). Usporedivost radnika ne postoji samo u slučaju istovjetnosti radnih mjesta (Identität der Arbeitsplätze), postoji i u slučaju kada je radnik na osnovi dotadašnjeg rada u poduzeću, s obzirom na svoje stručne kvalifikacije, u stanju obavljati rad druge vrste, ali jednake vrijednosti (andersartige, aber gleichwertige Arbeit).

Za utvrđivanje usporedivosti radnika s obzirom na kvalifikaciju mogu se koristiti objektivna obilježja (formalna kvalifikacija radnika, prije svega stručno obrazovanje; pripadnost istoj profesiji ili istoj

---


1097 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 398.

1098 „Pogođeni su istom poslovnom potrebot“. BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB; BAG 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

1099 BAG 2.3.2006, AP Nr. 81 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl; BAG 24.5.2005, AP Nr. 284, § 613a BGB.

1100 BAG 17.9.1998, AP Nr. 36 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.
hijerarhijskoj razini u poduzeću, primjerice, voditelj odjela, predradnik, stručni radnik, pomoćni radnik, i sl.), kao i subjektivna kvalifikacija (individualna znanja i sposobnosti, sposobnost i spremnost obavljanja rada, trajanje pripadnosti poduzeću, profesionalno obrazovanje, dob života, slabije obavljanje rada zbog zdravstvenih smetnji i dr.).

Drugi element ograničenja kruga „usporedivih radnika“ jest *sadržaj ugovora o radu*. Njegova primjena izaziva prijepore u literaturi. Prema tom kriteriju relevantna je ugovorom preuzeta obveza rada, a ne rad koji radnik obavlja. Za određenje obveze rada bitno je pravo poslodavca da daje *upute*, pa ono postaje nezaobilazan element kod utvrđivanja usporedivosti radnika. Prema BAG-u, radnici nisu ‘usporedivi’ ako poslodavac ne može radnika jednostrano (promjenom ugovora, ili otkazom s ponudom izmijenjenog ugovora o radu) premjestiti na drugo radno mjesto (klauzula o premještaju, *Versetzungsklausel*).

Stranke ugovora o radu u pravilu su slobodne u određenju opsega prava davanja uputa. Mogu izričito utvrditi i detaljno opisati vrlo široku obvezu rada radnika, odnosno pravo poslodavca da od radnika zahtijeva vrlo fleksibilno određene radne zadatke, što rezultira obvezom poslodavca da pri socijalnom izboru proširi krug usporedivih radnika. Ako je, nasuprot tome, radnik prema ugovoru obvezan obavljati rad samo u dijelu pogona ili na određenom radnom mjestu, time se suzua krug usporedivih radnika.

Ipak, sloboda stranaka ograničena je, jer je u njemačkom pravu prihvaćena samo spomenuta horizontalna usporedivost radnika: socijalni izbor odnosno usporedivost radnika uključuje samo radnike iste hijerarhijske razine u pogonu (*derselbe Ebene der Betriebshierarchie*). Ako je neko radno mjesto postalo višak, poslodavac nema obvezu radniku ponuditi lošiju ili bolju radnu mjesto koja bi morao osloboditi davanjem otkaza radnicima koja na tim mjestima rade. Drukčije rečeno, u socijalni izbor ne mogu biti uključeni radnici na radnim mjestima s lošijim uvjetima rada, koja radniku koji je višak mogu biti...

---

1101 Iz njemačke sudskе prakse može se izdvojiti primjer „neusporedivosti“ radnih mjesta medicinske sestre i medicinskih pomoćnika s onim pomoćnog osobila, s obzirom na značajne razlike u kvalifikacijama i odgovornosti.
1104 Opseg prava davanja uputa mogu utvrditi stranke u ugovoru o radu ili to može biti utvrđeno kolektivnim ugovorom. Ako to nije učinjeno, doseg prava utvrđuje se tumačenjem ugovora o radu, odnosno pravilnom procjenom, prema čl. 106 GewO. BAG 11.4.2006, AP Nr. 17 zu § 307 BGB.
ponuđena samo na temelju otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu (tzv. vertikalna usporedivost, *vertikale Vergleichbarkeit*). Zato strankama nije dopušteno da prije izricanja otkaza izmijene ugovor o radu kako bi time proširile krug usporedivih radnika te izbjegle primjenu pravila o socijalnom izboru. U suprotnom, bila bi riječ o ugovoru na teret treće, odnosno zadiranju u prava trećih.\textsuperscript{1107}

Protiv vertikalne usporedivosti govori niz argumenata. Usporedivost radnika ne može ovisiti o odluci radnika koji je višak da radi pod izmijenjenim uvjetima rada pod kojima radi drugi radnik koji nije višak. Dopuštanjem takve usporedivosti radnik za čijim radom nije prestala potreba, bio bi izložen opasnosti od otkaza. Onaj tko ne može biti otpušten zbog poslovno uvjetovanih razloga, ne može, u pravilu biti uključen u socijalni izbor. Slikovito rečeno, dopuštanje vertikalne usporedivosti radnika mogla bi dovesti do toga da zbog prestanka potrebe za nekim rukovodećim radnim mjestom na koncu bude otpušten portir jer je radnik koji je višak prihvatio obavljati poslove manje vrijednosti.\textsuperscript{1108}

U austrijskoj sudskoj praksi postoji samo jedna odluka OGH kojom se određuje krug usporedivih radnika, a karakteristična je zbog prihvaćanja vertikalne usporedivosti radnika. U njoj je OGH utvrdio da se socijalni izbor treba izvršiti među radnicima koji obavljaju rad iste vrste u poduzeću (tj. pripadaju istom području rada (*Tätigkeitsparte*), npr. pomoćni ili stručni radnici), čiji je rad otpušteni radnik sposoban, ili voljan obavljati.\textsuperscript{1109} U takvu kategoriju ulaze svi radnici u pogonu, čak i ako u odnosu na radnika kojem se namjerava otkazati obavljaju niže kvalificirane poslove. Pritom je važno utvrditi jesu li ispunjene pretpostavke za premješta radnika u pogonu. Poslodavac može ponudom odgovarajuće izmjene ugovora na koncu sve zaposlene radnike uključiti u socijalni izbor. Iako je ova odluka izazvala veliku pozornost, nije kritizirana, a u literaturi se ističe kako se ovakve konstelacije u praksi poduzeća rijetko događaju.\textsuperscript{1110}

Kriterij iste kategorije zanimanja prihvaćen je u francuskoj praksi ako poslodavac namjerava ukinuti određeno radno mjesto, pri čemu se u obzir uzima poduzeće u cjelini, a ne neki njegov dio.\textsuperscript{1111}

Usporedivost radnika nužan je kriterij za određenje kruga radnika koji ulaže u socijalni izbor. Smatramo da ga ne treba široko tumačiti, već je prihvatljivo ostati u granicama

\textsuperscript{1107} BAG 17.2.2000, AP Nr. 46 zu § 1 KSchG Soziale Auswahl.
\textsuperscript{1108} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 323 (Rn. 901); Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 443 (Rn. 686).
\textsuperscript{1110} Marhold, F., op. cit., str. 27.
\textsuperscript{1111} Grangé, J., op. cit., str. 128; Lyon-Caen/Pélissier/Suppiot, op. cit., str. 458.
usporedivosti radnog mjesta, odnosno sposobnosti i znanja radnika, dakle tzv. horizontalne usporedivosti. Vertikalna usporedivost radnika nije prihvatljiva, jer stvara pravnu nesigurnost.

9.7.6.3. Kriteriji socijalnog izbora

Kriteriji socijalnog izbora mogu biti utvrđeni zakonom i/ili prihvaćeni sudskom praksom (kao što je u austrijskom pravu).

Taksativno zakonsko određenje kriterija, kao što je to u njemačkom i hrvatskom pravu, jamči najveći stupanj pravne sigurnosti i transparentnosti izbora. Kriteriji socijalnog izbora u ovim zakonodavstvima gotovo su identični: trajanje radnog odnosa, starost, obveze uzdržavanja koje terete radnika te kriterij invalidnosti radnika, za koji se u njemačkom pravu traži da bude teška invalidnost (Schwerbehinderung). Uz taksativan način utvrđivanja kriterija postavlja se i neizbježno pitanje o dopuštenosti drugih, dodatnih kriterija, koje sudsk praksa i doktrina smatraju prihvatljivima. O tome više u nastavku rada.

U slovenskem pravu kriteriji su navedeni primjerično. To su: stručno obrazovanje radnika ili osposobljenost za rad i potrebna dodatna znanja i sposobnosti; radno iskustvo; uspješnost na radu; radni staž; zdravstveno stanje; socijalno stanje radnika; te da je roditelj troje ili više malodobne djece ili jedini hranitelj obitelji s malodobnom djecom. Ako više radnika udovoljava istim kriterijima, prednost da ostane u radnom odnosu imaju radnici sa „slabijim socijalnim položajem“. Ovaj kriterij je neka vrsta dopunskog kriterija, koji se primjenjuje ako se nakon primjene ostalih kriterija utvrdi da su radnici izjednačeni po svom položaju. Zakonom su izričito propisane i okolnosti koje ne smiju biti kriterij za odlučivanje o tome tko predstavlja višak.

U austrijskoj sudskoj praksi prihvaćeni su kao najvažniji kriteriji starost radnika, pripadnost poduzeću, obveze uzdržavanja koje radnik ima. U obzir se uzimaju i dugovi radnika ako su nužno u vezi sa zaposlenošću i prosječnim načinom života.

Francuski Code du travail primjerično nabraja relevantne kriterije za utvrđivanje reda prvenstva radnika: broj osoba koje radnik uzdržava, posebice ako je samohrani roditelj; duljinu radnog staža radnika; situaciju u kojoj se radnik nalazi, a koja mu posebno otežava

1112 Kriterij invalidnosti posljednji je prihvaćeni kriterij: u njemački KSchG unesen je 2003. godine, a u naše pravo novim ZR-om.
1113 Aljančič Falež, Vera, Odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga večjemu številu delavcev, DiD, let. VI, št. 1, 2006., str. 44.
1114 To su privremena odsutnost radnika s posla zbog bolesti ili ozljede, njege člana obitelji ili težeg invalida, roditeljskog dopusta, kao i trudnoća (čl. 100. ZDR-a). Neki od ovih razloga predstavljaju i neutemeljene razloge za otkaz ugovora o radu (čl. 89. al. 1. i 8. ZDR-a). Zabranjeni kriterij jest i neki od razloga diskriminacije (čl. 6).
1115 Npr. krediti za kupovinu automobila ili stana, ali ne i kockarski dugovi. Marhold, F., op. cit., str. 27.
pronalaženje novog posla, što je posebice važno ako je riječ o starijim radnicima; sposobnosti radnika u okviru kategorije zanimanja kojem pripada. Kriteriji mogu biti utvrđeni i kolektivnim ugovorom.

9.7.6.3.1. Trajanje radnog odnosa

Trajanje radnog odnosa, kao jedan od kriterija socijalnog izbora, nema prednost pred ostalim kriterijima, ali ima posebnu važnost jer s njegovom duljinom raste doprinos radnika vrijednosti poduzeća. Najvažnije je pitanje na koji način utvrditi koliko je radni odnos trajao, odnosno može li se ovim pojmom obuhvatiti i neki raniji radni odnos s istim poslodavcem.

U njemačkom pravu 'trajanje pripadnosti pogonu' (Dauer der Betriebszugehörigkeit) definira se kao „pravno neprekinuto trajanje radnog odnosa“.1116 Pritom nije relevantna pripadnost određenom pogonu nego trajanje radno-pravne veze s istim poslodavcem. Zato u obzir treba uzeti i ranija zaposlenja radnika u istom radnom odnosu s istim poslodavcem, neovisno o tome je li radnik radio u različitim pogonima.1117 Razdoblja ranijeg zaposlenja uračunavaju se samo kada je riječ o radnom odnosu koji je trajao bez pravnog prekida, a to je slučaj: ako se novi radni odnos neposredno nadovezao na stari (vremenska povezanost radnih odnosa; zeitlichen Zusammenhang) ili, kada toga nema, ako je novi radni odnos u stvarnoj (unutarnjoj) vezi s ranijim radnim odnosom (stvarna povezanost; sachliche, innere Zusammenhang).1118 Prema izričitim zakonskim odredbama u vrijeme pripadnosti pogonu valja uračunati i određena specifična razdoblja, kao što je vrijeme mirovanja radnog odnosa.1119

Stranke ugovora o radu mogu ugovoriti da se u trajanje pripadnosti pogonu uračunaju ona razdoblja ranijeg zaposlenja koja se inače ne uračunavaju, primjerice vrijeme dok je osoba bila član uprave pogona ili radila u drugom pogonu istog koncerna (Konzernangehörigen). Takvi sporazumi, koji padaju na teret trećeg radnika, nisu dopušteni ako se njima zlorabi odnosno izbjegava primjena pravila o socijalnom izboru.1120

1116 Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 453 (Rn. 713).
1119 Prema stajalištu u literaturi to je i razdoblje provedeno u odnosu profesionalnog obrazovanja (Berufsausbildungszeiten), a prilikom prijenosa poduzeća vrijeme provedeno u radnom odnosu u poduzeću prenositelju. 
9.7.6.3.2. Starost radnika

Starost radnika važan je kriterij, koji također ne bi smio imati prednost pred ostalim kriterijima socijalnog izbora. Njegova je uloga dvojaka. S jedne strane, starijim radnicima potrebno je pružiti posebnu zaštitu jer imaju slabije mogućnosti pronalaženja novog posla u odnosu na mlade. Poteškoće se javljaju i kada zbog promjene posla moraju promijeniti i mjesto stanovanja, za razliku od mladih radnika koji na promjene odgovaraju s većom fleksibilnošću. Osim toga, stariji radnici često su čvrsto, „bez alternative“, vezani uz poslodavca. S druge strane, treba uzeti u obzir da mladi radnici stvaraju svoju egzistenciju, a zbog potrebe uzdržavanja obitelji i obrazovanja djece usmjereni su na zarađivanje sredstava za život, dok starijim radnicima često predstoji određeno, predvidivo razdoblje do ostvarivanja prava na mirovinu.

Mjesto i važnost koje starost radnika ima kao jedan od kriterija socijalnog izbora u nacionalnim pravima danas je značajno određeno rješenjima Okvirne direktive 2000/78/EZ, kojom je zabranjena i diskriminacija na temelju životne dobi. Tumačenje nacionalnih propisa u skladu sa Direktivom nužno dovodi do užeg tumačenja ovog kriterija. Kriterij starosti neće biti diskriminatoran ako je „objektivno i razumno opravdan zakonitim ciljem“ (čl. 6). Njegova primjena u nacionalnom zakonodavstvu o otkazu jest opravdana zbog spomenute činjenice da s godinama padaju mogućnosti radnika na tržištu rada, a starijem radniku promjena radnog mjesta te s time često povezana promjena mjesta stanovanja pada teže nego mladim radniku.

U njemačkom zakonodavstvu čl. 6.a Direktive implementiran je odredbom Zakona o jednakom postupanju. Prema njoj različit tretman radnika prilikom socijalnog izbora s obzirom na kriterij starosti dopušten je ako se tom kriteriju ne daje opća prednost pred drugim kriterijima izbora, već se uzima u obzir samo kao jedan od kriterija, a kao odlučujuće uzimaju se u obzir okolnosti pojedinačnog slučaja i pojedinačne razlike između usporedivih radnika, posebice šanse na tržištu rada. Iako ukinuta, ova se odredba i dalje uzima kao primjer,

---


1124 Prema mišljenju doktrine u obzir bi trebalo uzeti vrstu rada koju radnik obavlja, obuhvaćenost radnika socijalnim osiguranjem, koliko je vremena radniku preostalo do ostvarenja prava na mirovinu, a, suprotno stajalištu judikature, ne bi trebalo uvažiti opće tendencije na tržištu rada i socijalno-politička kretanja, kao ni privatno imovinsko stanje radnika, jer nisu ni u kakvoj vezi s radnim odnosom. Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 455-456 (Rn. 720-721) i tamo cit. autori i sudška praksa.
odnosno temelj tumačenja kriterija starosti 'u skladu s europskim pravom' (europarechtskonform). U svakom konkretnom slučaju treba voditi brigu o razmjernosti.

**Slovensko** pravo jamči starijim radnicima posebnu zaštitu za slučaj poslovno uvjetovanog otkaza. Poslodavac ne smije takvom radniku otkazati ugovor o radu bez njegove pisane suglasnosti sve dok radnik ne ispuni minimalne uvjete za stjecanje prava na starosnu mirovinu. Ovaj oblik zaštite stariji radnik ne ostvaruje ako mu je osigurano pravo na novčanu naknadu s naslova zaštite za slučaj nezaposlenosti do ispunjenja minimalnih uvjeta za starosnu mirovinu, ili mu je ponuđeno novo odgovorajuće zaposlenje kod poslodavca u skladu s odredbama koje uređuju obvezu poslodavca da prije otkaza (osobno ili poslovno uvjetovanog) pokuša radnika zaposliti na drugim poslovima pod izmijenjenim uvjetima ili na drugom radnom mjestu (čl. 114. ZDR-a). Zaštita se ne jamči niti u slučaju prestanka poslodavca.1126

9.7.6.3.3. Obveze uzdržavanja koje terete radnika

Obveze uzdržavanja koje terete radnika treći su kriterij socijalnog izbora. Iako se u zakonskim tekstovima to izričito ne spominje, riječ je samo o zakonskim obvezama uzdržavanja. Osoba koja je obvezna plaćati uzdržavanje drugoj osobi postaje ovisna o radnom mjestu pa možemo reći da je obveza uzdržavanja indicij da je osobi potrebna socijalna i ekonomska zaštita. U okviru socijalnog izbora obvezu uzdržavanja najčešće nalazimo na strani mlađih radnika, pa time postaje korektiv trajanju radnog odnosa i starosti kao kriterijima koji osiguravaju sigurnost radnog odnosa starijim radnicima. Uzimanje u obzir obveze uzdržavanja kao kriterija socijalnog izbora opravdavaju i demografska kretanja.

Prema stajalištu njemačke judikature pri utvrđivanju obveza uzdržavanja važni su sljedeći elementi: broj osoba koje je radnik obvezan uzdržavati; iznos koji je obvezan plaćati; zemlja u kojoj žive osobe koje radnik uzdržava (visina životnih troškova); obveza uzdržavanja mora postojati u trenutku otkaza; pritom nije relevantno ispunjava li radnik ili ne svoje obveze uzdržavanja.1127 Važna je i tzv. „dvostruka zarada“ (Doppelverdienst). Tim pojmom označavaju se primanja bračnog druga radnika, koja poslodavac može, ali nije obvezan uzeti u obzir kod utvrđivanja visine obveza uzdržavanja koje terete radnika.1128

1126 Belopavlovič, N., Delovnopravno varstvo starejših delavcev, op. cit., str. 338.
9.7.6.3.4. Invalidnost

Jedan od kriterija socijalnog izbora u hrvatskom i njemačkom pravu jest invalidnost radnika, odnosno teška invalidnost radnika.

Pod osobama s invaliditetom u hrvatskom pravu valja razumjeti osobu kod koje postoji tjelesno, osjetilno ili mentalno oštećenje koje za posljedicu ima trajnu ili na najmanje 12 mjeseci smanjenu mogućnost zadovljavanja osobnih potreba u svakodnevnom životu.\textsuperscript{1129}

Uvođenjem tog četvrtog kriterija socijalnog izbora u hrvatskom je pravu, poput njemačkog, dopunjena već postojeća zaštita invalida od otkaza. Naime, ovoj kategoriji radnika poslodavac najprije mora ponuditi obavljanje drugih odgovarajućih poslova, a ako to ne uspije, ili radnik odbije ponudu, može im otkazati (redovito) ugovor o radu. Otkaz je valjan samo uz prethodnu suglasnost radničkog vijeća.

Uvođenjem kriterija teške invalidnosti kao jednog od kriterija socijalnog izbora u njemačkom se pravu teži postići dodatna zaštita invalida, uz onu osnovnu uređenu Socijalnim zakonikom.\textsuperscript{1130} Prema Socijalnom zakoniku za otkaz teškom invalidu potrebna je prethodna suglasnost službe za integraciju (čl. 85. SGB IX).\textsuperscript{1131} Važno je stajalište judikature da poslodavac može i sam uzeti u obzir činjenicu da kod radnika uključenog u socijalni izbor postoji invalidnost, neovisno o tome je li invalidnost utvrđena u posebnom postupku.\textsuperscript{1132}

Iako ima obvezu uvažiti kriterij teške invalidnosti radnika pri provođenju socijalnog izbora, poslodavac može, u skladu s idejom o potrebi uključivanja invalida u svijet rada, takvog radnika isključiti iz kruga usporedivih radnika.

9.7.6.3.5. Dopuštenost drugih kriterija

Kao što je ranije na nekoliko mjesta istaknuto, sporno je pitanje može li se kolektivnim ugovorima i općim aktima poslodavca utvrditi red prvenstva zakonom utvrđenih kriterija, ili čak propisivati nove kriterije.

U slovenskom pravu, u kojem su kriteriji samo primjerično navedeni u zakonu, postoji odredba koja propisuje obvezu poslodavca da o kriterijima obavijesti sindikat i da se s njime

\textsuperscript{1129} Čl. 2. st. 1. Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, NN 143/02. i 33/05.
\textsuperscript{1130} Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 459 (Rn. 729).
\textsuperscript{1131} Služba za integraciju daje suglasnost na otkaz u poduzećima koja privremeno prekidaju rad ili se zatvaraju, kao i u poduzećima u kojima ukupan broj dalje zaposlenih teško invalidnih radnika ispunjava zahtjev zapošljavanja invalidnih radnika iz čl. 71. Socijalnog zakonika. Više Vossen, Reinhard, § 85 SGB IX, u: A/P/S, op. cit., str. 1752 i d. (Rn. 1 i d.).
\textsuperscript{1132} BAG 17.3.2005, AP Nr. 17 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.

U Francuskoj, u kojoj su kriteriji socijalnog izbora primjerišno navedeni u CT-u, a mogu se utvrđivati i kolektivnim ugovorima, značajnu ulogu imaju sudovi. Oni u pojedinačnom slučaju mogu utvrditi da je poslodavac morao uzeti u obzir sve zakonske kriterije za utvrđivanje reda prvenstva radnika ili da je mogao uzeti u obzir druge kriterije, kao i da ima slobodu odlučiti o važnosti nekog od kriterija. Prema drugom stajalištu, kriteriji mogu biti predmet uređivanja kolektivnim ugovorima. U Francuskoj, u kojoj su kriteriji socijalnog izbora primjerišno navedeni u CT-u, a mogu se utvrđivati i kolektivnim ugovorima, značajnu ulogu imaju sudovi. Oni u pojedinačnom slučaju mogu utvrditi da je poslodavac morao uzeti u obzir sve zakonske kriterije za utvrđivanje reda prvenstva radnika ili da je mogao uzeti u obzir druge kriterije, kao i da ima slobodu odlučiti o važnosti nekog od kriterija. Prema drugom stajalištu, kriteriji mogu biti predmet uređivanja kolektivnim ugovorima.

Pitanje posezanja za drugim kriterijima, osim onih taksativno propisanih zakonom, sporno je i u njemačkoj literaturi. Neki autori zastupaju stajalište da poslodavac može prema svojoj slobodnoj ocjeni uzeti u obzir i druge kriterije, posvećujući pritom dovoljno pažnje i zakonskim kriterijima. Polazište za ovakvo stajalište jest obrazloženje zakona u kojem se ističe kako zatvoreni krug kriterija ne isključuje nužnost uvažavanja 'neprihvatljivih teškoća' koje bi se javile u pojedinačnom slučaju, ali one trebaju stajati u neposrednoj specifičnoj vezi s temeljnim kriterijima ili se izvoditi iz očitih okolnosti koje postoje u pogonu. Ovakvo rješenje ostalo je ipak samo na razini obrazloženja te u zakonu nije prihvaćeno. Prihvaćanje dodatnih kriterija nesumnjivo stvara pravnu nesigurnost. Zato njemačka doktrina još uvijek drži neprihvatljivom želju zakonodavca, izraženu u obrazloženju zakona, da se pri socijalnom izboru uvaže i neki drugi kriteriji, izvan onih propisanih zakonom. BAG se također jasno opredijelio za pravnu sigurnost i ograničen krug kriterija, utvrđujući da uzimanje u obzir i drugih kriterija ne čini samo po sebi otkaz nevaljanim ako takva pogreška poslodavca nije bila.

---

1133 Aljančić Falež, V., Odpoved pogodbe, op. cit., str. 44-45. i tamo navedena literatura.
1134 Ono polazi od ranije sudsko prakse i rasprave socijalnih partnera prije donošenja Zakona. Ibid., str. 45 i tamo navedeni autori.
1135 Lyon-Caen/Pélissier/Suppilot, op. cit., str. 457-458, i tamo navedena sudsko praksa.
odučujuća za odluku o izboru radnika.\footnote{Važno je ukazati na odluku BAG-a iz 1983. g., u kojoj je utvrdio da ne postoji opće mjerilo prema kojem bi se utvrđivao međusoban odnos između pojedinih socijalnih kriterija. Njihov odnos nije nepromjenjiv, već ovisi o industrijskom, gospodarskom, socijalnopolitičkom razvoju, kao i razvoju tržišta rada.} Važno je ukazati na odluku BAG-a iz 1983. g., u kojoj je utvrdio da ne postoji opće mjerilo prema kojem bi se utvrđivao međusoban odnos između pojedinih socijalnih kriterija. Njihov odnos nije nepromjenjiv, već ovisi o industrijskom, gospodarskom, socijalnopolitičkom razvoju, kao i razvoju tržišta rada.\footnote{Važno je ukazati na odluku BAG-a iz 1983. g., u kojoj je utvrdio da ne postoji opće mjerilo prema kojem bi se utvrđivao međusoban odnos između pojedinih socijalnih kriterija. Njihov odnos nije nepromjenjiv, već ovisi o industrijskom, gospodarskom, socijalnopolitičkom razvoju, kao i razvoju tržišta rada.}

9.7.6.4. Isključenje određenih kategorija radnika iz socijalnog izbora

U domaćoj pravnoj literaturi nalazimo stajalište Ž. Potočnjaka koji smatra „da u socijalni izbor mogu biti uključeni samo radnici koji su u istom položaju“, a „ako među radnicima postoje znatne razlike u uspješnosti u radu, u usporedivoj skupini nalaze se samo oni koji su jednako uspješni“.. Autor iz toga zaključuje kako „po kriteriju socijalnog izbora poslodavac nije dužan otkazati sposobnijem radniku koji ima manje obveze uzdržavanja od nekog manje uspješnog radnika koji ima veće obveze uzdržavanja“.\footnote{Ovakvo je stajalište važno za određivanje kruga osoba koje ulaze, odnosno ne ulaze u socijalni izbor.}

Kriterij uspješnosti značajan je sa stajališta poslodavca i njegove poduzetničke politike, pa bi u tom smislu bio važan kriterij za isključenje radnika iz socijalnog izbora. Uvođenje ovog kriterija zahtijevalo bi, po našem mišljenju, utvrđivanje određenih objektivnih mjerila, kako ne bi bio bio prepusten u potpunosti procjeni poslodavca, jer bi to stvorilo pravnu nesigurnost. No nesumnjivo je da kriterij uspješnosti ima posebno mjesto pri isključenju radnika iz socijalnog izbora. Na to upućuje i odredba njemačkog prava koju ne nalazimo u drugim zakonodavstvima, a kojom se daje poseban, povlašteni položaj određenim kategorijama radnika čiji je ostanak u radnom odnosu u interesu poduzeća. Prikaz ovog zanimljivog rješenja dajemo u nastavku rada.\footnote{Ovakvo je stajalište važno za određivanje kruga osoba koje ulaze, odnosno ne ulaze u socijalni izbor.}

Prema st. 1. čl. 3. njemačkog KSchG-a u socijalni izbor ne moraju biti uključeni radnici čije je daljnje zaposlenje, posebice zbog njihova znanja, sposobnosti i radnog učinka ili zbog osiguranja usklađene strukture osobljva poduzeća, u opravdanom interesu poduzeća. Ovom se odredbom štite interesi poslodavca, koji je slobodan odlučiti hoće li se na nju pozvati ili neće.\footnote{U literaturi prevladava stajalište da se radnik ne može pozvati na ovu odredbu i tražiti izuzeće iz socijalnog izbora. Ipak, neki autori misle da radnik to može učiniti ako je poslodavac zbog istih razloga isključio iz socijalnog izbora druge radnike koji imaju iste kvalitete kao radnik koji se poziva na ovu odredbu. Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 466 (Rn. 749).}

U navedenoj odredbi propisane su dvije grupe razloga za isključenje radnika iz postupka socijalnog izbora: individualni i strukturni.
**Individualni razlozi** jesu znanje, sposobnost i radni učinak radnika.\(^{1143}\) Granica između znanja, sposobnosti i radnog učinka vrlo je često fluidna. U ovakvim slučajevima dovoljno je da radnik pokazuje neku od zakonom predviđenih osobina ili to može biti spoj navedenih elemenata koji opravdavaju potrebu da takav radnik ostane u radnom odnosu.

Individualni razlozi u zakonu primjerično su navedeni, što znači da su mogući i drugi razlozi zbog kojih je opravdano daljnje zaposlenje nekog radnika. U literaturi se ističe primjer neuključivanja u socijalni izbor članova obitelji poslodavca koji rade u poduzeću čiji je on vlasnik. U krugu mogućih razloga mogu se naći i određene fizičke sposobnosti ili način ponašanja radnika, iako je to dvojbeno pitanje (primjerice, može li poslodavac iz socijalnog izbora isključiti radnike koji su manje na bolovanju ili one koji će svojim ponašanjem osigurati uredno obavljanje posla).\(^{1144}\)

Odluka poslodavca o isključenju određenih radnika iz postupka socijalnog izbora mora biti razumna i utemeljena na stvarnim razlozima. Poslodavac najprije utvrđuje krug uspoređivih radnika, zatim obavlja izbor prema socijalnim kriterijima, a treći korak je ocjena o potrebi zadržavanja u radnom odnosu nekog radnika ako je to u opravdanom interesu poduzeća zbog radnikova znanja, sposobnosti, ili radnog učinka. Odvagujući kriterije na strani radnika koji su u istom položaju, poslodavac mora imati to jače razloge za isključenje iz socijalnog izbora nekog od radnika s posebnim znanjima, sposobnostima, ili učinkom, što su teži socijalni kriteriji na strani radnika kojeg se kroz socijalni izbor treba zaštititi od otkaza.

**Strukturni razlog** isključenja određenih radnika iz socijalnog izbora jest potreba osiguranja usklađene strukture zaposlenih (ausgewogene Personalstruktur) zbog opravdanih interesa pogona. Kao što se u teoriji ističe, njemački zakonodavac na ovaj način priznava da je uravnotežena struktura osoblja opravdani interes pogona. Bez ove odredbe moglo bi, posebice kod kolektivnih viškova radnika, lako doći do situacije da se struktura značajno promijeni, odnosno dođe do povećanja broja starijih radnika, što bi bilo protivnog opravdanim interesima poduzeća.\(^{1145}\)

Struktura zaposlenih difuzan je pravni pojam, pod kojim se najčešće podrazumijeva *starosna struktura* radnika u poduzeću. Sintagmu 'osiguranje usklađene strukture osoblja' protumačio je BAG u svojoj odluci kao „sprječavanje prevelike starosti osoblja zbog socijalnog izbora u slučaju većeg broja otkaza“.\(^{1146}\) Ipak, u obzir dolaze i drugi aspekti: radni

---

\(^{1143}\) Ibid., str. 467 (Rn. 750-752).

\(^{1144}\) Ibid., str. 468-469 (Rn. 755).

\(^{1145}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 337-338 (Rn. 963).

\(^{1146}\) BAG 9.11.2006, AP BGB § 311 a Nr. 1. Prema Obrazloženju zakona osiguranje strukture osoblja znači da poslodavac može odustati od socijalnih kriterija kako bi sačuvao strukturu osoblja kakvu je stvorio.

229
odnos na neodređeno vrijeme, s punim i nepunim radnim vremenom, broj radnika
s obzirom na spol, pri čemu valja voditi brigu i o zabrani diskriminacije. Kako Zakon govori o
osiguranju usklađene strukture radnika, nisu prihvatljivi kolektivni viškovi radnika zbog
*poboljšanja* strukture osoblja.\footnote{1147} Stvaranje odgovarajuće strukture zaposlenih bilo bi
legitimno jedino ako bi to bilo nužno radi opstanka poduzeća koje je insolventno.\footnote{1148}
Usklađena struktura radnika procjenjuje se s obzirom na posebne ciljeve poduzeća i način
njihova ostvarenja. Primjena ovog rješenja pretpostavlja podjelu usporedivih radnika u
podgrupe.

Zakon ne sadrži nikakve smjernice o starosnim grupama, pa poslodavac ima određenu
slobodu njihovog određivanja. Kriteriji su apstraktni. Budući da su moguće zloporabe
(primjerice, stvaranje takvih grupa koje će omogućiti otkaze radnicima koji poslodavcu nisu
simpatični), grupe ne bi smjele biti preuske. Ako su preširoke, ne ostvaruje se njihova svrha.
Dopuštene su, primjerice, grupe gdje se kao mjerilo uzima raspon od 10 godina života.
Poslodavac će, prije svega kod kolektivnih viškova radnika, morati dokazati potrebu stvaranja
starosnih grupa, poteškoće koje bi za njega nastale ako bi socijalni izbor izvršio samo na
temelju propisanih zakonskih kriterija, kao i negativno djelovanje takvog socijalnog izbora na
strukturu osoblja u pogonu. Ako izvrši podjelu u starosne grupe, poslodavac mora provesti
socijalni izbor unutar svake grupe.\footnote{1149}

9.7.6.5. Procjena kriterija socijalnog izbora

Prema stajalištu koje je danas prihvaćeno u hrvatskom i njemačkom pravu, poslodavac
je slobodan u procjeni značenja pojedinih kriterija socijalnog izbora, kao i njihovog međusobnog odnosa te davanju prednosti nekom od kriterija\footnote{1150} (*autonomnost odluke poslodavca*). Svi kriteriji imaju istu važnost,\footnote{1151} a poslodavac ima određeno područje
slobodne ocjene.

Poslodavac je prema zakonu obvezan uzeti u obzir sve socijalne kriterije, ali je, kako
to potvrđuje i stajalište Vrhovnog suda RH, njegovo autonomno pravo odlučiti „kojem će
kriteriju dati prednost prilikom odlučivanja kojim će radnicima otkazati, a kojima, u danim

\footnotesize{\textsuperscript{1147} BAG 23.11.2000, AP Nr. 114 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.}\n\footnotesize{\textsuperscript{1148} Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 473 (Rn. 768).}\n\footnotesize{\textsuperscript{1149} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 338 (Rn. 966-967).}\n\footnotesize{\textsuperscript{1150} Us. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 397-398; Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 462 (Rn. 737); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 334 (Rn. 947).}\n\footnotesize{\textsuperscript{1151} BAG 21.7.2005 AP Nr. 50 zu § 113 BetrVG 1972; BAG 5.12.2002, AP Nr. 59 zu § 1 KSchG 1969
Soziale Auswahl.}
okolnostima, ponuditi drugo radno mjesto i zadržati ih na radu". Automnomost poslodavca i veoma široko područje njegove procjene dolazi do izražaja i u stajalištu njemačkog BAG-a da odluka o izboru radnika mora biti „samo opravdana“ (muss nur vertretbar sein) i ne mora nužno odgovarati odluci koju bi donio sud na temelju istih kriterija.

Iz domaće sudske prakse izdvajamo odluku Vrhovnog suda koji je ocijenio nezakonitim socijalni izbor i na njemu utemeljenu odluku o otkazu kada je prednost dana 6 godina mlađem radniku, čiji je radni odnos kod poslodavca trajao kraće, koji je imao niži stupanj stručne spreme, a u socijalnom smislu bio u lošijem položaju od drugog radnika koji je dobio otkaz, jer mu je žena bila nezaposlena. Prema stajalištu BAG-a poslodavac je pravilno izvršio socijalni izbor kada je prednost dao mlađem radniku (42 godine), koji je bio dulje u radnom odnosu od drugog radnika (55 godina), ali kraće zaposlenom kod poslodavca (3 god.).

Izbor poslodavca ne smije biti zlonamjeran, a otkaz izrečen bez uzimanja u obzir kriterija socijalnog izbora ili uz zlonamjerno postupanje pri socijalnom izboru, ništetan je. Prema stajalištu njemačke judikature za sud je relevantan stvarni rezultat izbora koji je izvršio poslodavac.

U njemačkom pravu poslodavac može procjenu kriterija socijalnog izbora utemeljiti na unaprijed utvrđenim smjernicama izbora (Auswahlrichtlinien), koje mogu imati oblik sklale bodova koju stvara sam poslodavac ili kolektivnih smjernica za izbor radnika. Pomoću sklale bodova za pojedine kriterije (Punkteschema) poslodavac može primjereno ocijeniti socijalne kriterije te istovremeno postići veću transparentnost svoje odluke o izboru. Temelj za stvaranje i primjenu kolektivnih smjernica za izbor (kollektive Auswahlrichtlinien) predstavlja odredba čl. 1. st. 4. KSchG-a. Kolektivnim smjernicama

---

1155 BAG 2.6.2005, AP Nr. 75 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl.
1156 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 397.
uređuje se odnos među pojedinim kriterijima socijalnog izbora.\textsuperscript{1159} Cilj je ove odredbe opravdano i pravno sigurno korištenje socijalnog izbora.\textsuperscript{1160} Smjernice mogu biti utvrđene kolektivnim ugovorima, sporazumima poslodavca s radničkim vijećem pogona ili donesene prema zakonima o zastupanju zaposlenih u javnim službama, ali ne i u neformalnim sporazumima. Zakonskom mogućnošću stvaranja kolektivnih smjernica za izbor radnika strankama kolektivnog ugovora, odnosno socijalnim partnerima u pogonu, dano je šire područje odlučivanja od onoga koje ima poslodavac. Po svojoj pravnoj naravi smjernice iz kolektivnih ugovora predstavljaju norme pogona (Betriebsnormen).\textsuperscript{1161}

Zakon je postavio granicu suđačkog ispitivanja kriterija u slučaju kada postoje kolektivne smjernice za izbor radnika. Socijalni izbor može se pobijati samo zbog krajnje pogreške (grobe Fehlerhaftigkeit), što znači da je dopuštena samo pravna kontrola, a ne kontrola sadržaja, ili pravičnosti. Sud utvrđuje postoji li krajnja pogreška u objektivnom smislu, dok skrivljeno ponašanje nije relevantno. Krajnja pogreška postoji kada zakonski kriteriji socijalnog izbora uopće nisu uzeti u obzir ili je očito da su nedovoljno, odnosno potpuno neravnomjerno, uzeti u obzir.

Iako je općeprihvaćeno pravilo da se svim kriterijima treba posvetiti jednaka pažnja,\textsuperscript{1162} to ne olakšava posao sudovima.

Ako se poslodavac nije držao postojećih smjernica izbora ili one sadrže važnu pogrešku koja utječe na konačni rezultat, takav izbor ipak se ne smatra automatski protepravnim. I u takvom je slučaju potrebno dokazati da su zakonski kriteriji socijalnog izbora uzeti u obzir u dovoljnoj mjeri.\textsuperscript{1163}

Kako bi se povećala objektivizacija i razumljivost, predlaže se de lege ferenda, ne samo navođenje mjerodavnih socijalnih kriterija u propisu nego i zakonsko utvrđivanje njihove vrijednosti kroz bodovnu listu (gesetzliche Punkteschema).\textsuperscript{1164}

\textsuperscript{1159} Kolektivnim smjernicama nije moguće utvrđivati nove kriterije izbora radnika ni krug usporedivih radnika. Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 476 (Rn. 774).
\textsuperscript{1160} Ibid., str. 478 (Rn. 780).
\textsuperscript{1161} Ibid., str. 478 (Rn. 778); Linck, u: V. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 339 (Rn. 968).
\textsuperscript{1162} Ibid., str. 478 (Rn. 780).
\textsuperscript{1163} To znači primjenu na sve radnike u pogonima čije poslodavce obvezuje taj ugovor, neovisno o tome primjenjuje li se kolektivni ugovor na određenog radnika. Ibid., str. 477 (Rn. 778); Linck, u: V. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 339 (Rn. 968).
\textsuperscript{1164} U literaturi se ističe kako zabrana diskriminacije na temelju starosti u odredbama europskog prava nameće potrebu da se veća briga vodi oko kriterija obveze uzdržavanja. Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 463 (Rn. 738).
\textsuperscript{1164} Kiel, u: A/P/S, op. cit., str. 432 (Rn. 661).
9.7.6.6. Obveza obavješćivanja radničkog vijeća i radnika

U hrvatskom i njemačkom pravu poslodavac je obvezan prije davanja otkaza obavijestiti radničko vijeće o svojim stajalištima o izboru radnika (čl. 118. i 149. ZR-a; čl. 102. st. 1. BetrVG-a). Hrvatski poslodavac dužan je podatke o provedenom socijalnom izboru navesti u obrazloženju otkaza. Prema njemačkom pravu poslodavac je to obvezan učiniti samo ako to radnik zahtijeva (čl. 1. st. 3. al. 1., t. 2. KSchG-a). Poslodavac mora navesti i kriterije socijalnog izbora i njihovu važnost te razloge opravdane potrebe poduzeća zbog koje određeni radnici nisu bili uključeni u taj postupak, kao i popis radnika uključenih u socijalni izbor.

Obavješćivanjem o navedenim podacima radniku se omogućava da odmah nakon dostave otkaza procijeni mogućnosti uspjeha i procesne rizike u eventualnom sporu o dopuštenosti otkaza. Zahtjev radnika može biti neformalan. Odgovor poslodavac mora biti brz. Prema stajalištu njemačke judikature i doktrine davanje ovakvih podataka ne podliježe ograničenjima prema pravilima o zaštiti osobnih podataka. Iako ispunjenje obveze obavješćivanja radnika nije pretpostavka valjanosti poslovno uvjetovanog otkaza, u slučaju kada poslodavac povrijedi svoju obvezu, radnik ima pravo na naknadu štete.1165 Radnik može zahtijevati naknadu troškova sudskog postupka o dopuštenosti otkaza koji ne bi bio pokrenuo da je znao za činjenice relevantne za socijalni izbor.1166

---

1165 Ono se izvodi iz odredbe o odgovornosti dužnika za nemogućnost izvršenja činidbe (čl. 280. st. 1. BGB-a).
9.8. Otkaz poslodavca radniku zbog restrukturiranja poslodavca

Poslodavci su danas, više no ikad ranije, izloženi snagama tržišta koje se neprekidno širi. Na izazove i zahtjeve tržišta poslodavci odgovaraju reorganizacijom, statusnim promjenama, prijenosom poduzeća i kolektivnim viškovima radnika. Restrukturiranje poslodavca nužno prate otkazi radnicima. Otkazi zbog kolektivnih viškova, statusnih promjena poslodavca i prijenosa poduzeća te stečaja čine posebnu kategoriju otkaza. Izriču se zbog razloga koji je na strani poslodavca. Konflikt između interesa poslodavca da organizira rad i interesa radnika da zadrži svoje radno mjesto, posebno je snažan i zahtijeva pravičnu raspodjelu tereta između ove dvije strane.

U ovome dijelu rada razmatraju se: otkaz zbog kolektivnih viškova, otkaz ugovora o radu u slučaju statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća te otkaz ugovora o radu u slučaju stečaja poslodavca. Pretpostavke za otkaz radniku, propisane nacionalnim zakonodavstvom, analiziraju se u svjetlu odredbi direktiva EU te prakse Europskog suda, s obzirom na nužnost usklađivanja nacionalnog prava s pravom Unije.

9.8.1. Otkazi zbog kolektivnog viška radnika

9.8.1.2. Pojmovno određenje

Nasuprot pojedinačnom otkazu ugovora o radu koji poslodavac daje jednom radniku nalaze se kolektivni otkazi (engl. collective dismissal; njem. Massenentlassungen). Otkazi u slučaju kolektivnog viška radnika, kako nam se čini prikladnim nazvati ovu vrstu otkaza, predstavljaju istodobni otkaz ugovora o radu određenom (većem) broju radnika koji su postali višak kod poslodavca zbog razloga koji se ne nalazi na strani radnika, nego je ekonomske, tehnološke, strukturalne ili slične naravi. Svrha je takvih otkaza smanjiti broj radnika ili izmijeniti njihovu strukturu. Otkazivanje većem broju radnika u isto vrijeme ili u nekom kraćem razdoblju ima snažne učinke: ono utječe na interese društva u cjelini, ali i na mogućnosti takvih radnika da nadu novo zaposlenje.


\[170\] Zöllner/Loritz, op. cit., str. 314.
Kao rezultat shvaćanja da se negativne posljedice ekonomskih i tehnoloških promjena trebaju ravnopravno podijeliti između poslodavaca, radnika i zajednice u cjelini, stvoren je niz različitih politika, čiji je cilj zajamčiti određenu razinu zaštite radnicima kojima prijete kolektivni otkazi ili su im oni već izrečeni. Nastale su socijalnim dijalogom i pregovaranjem radnika i poslodavaca, kao i zakonodavnom aktivnošću i administrativnim programima vlada. Odnose se na postupke savjetovanja poslodavca s radničkim predstavnicima o planiranim kolektivnim viškovima te obavještavanje nadležnih tijela javne vlasti prije postupka otkazivanja. Provodenje takvog postupka prije otkazivanja čini bit kolektivnih otkaza. Različitost postupaka i mjera rezultat je različite naravi radnog odnosa u određenim pravnim porecima: mnogo je formalniji u europskim zemljama i Japanu, s jedne strane, te neformalniji u SAD-u i Kanadi, s druge.

Svrsi je posebnih pravila o kolektivnim viškovima odgoditi ili spriječiti kolektivne otkaze, pri čemu valja voditi brigu o poduzetničkoj slobodi poslodavca, interesu radnika za sigurnošću radnog odnosa te interesu zajednice u cjelini. Poslodavcu su nametnute dodatne obveze, koje ne postoje kod pojedinačnog otkaza ugovora o radu, što postupak otkazivanja čini složenijim, duljim i skuplјim.

Prema odredbama Konvencije MOR-a br. 158 (1982.) radni odnos može prestati zbog „ekonomskih, tehnoloških, strukturnih ili sličnih razloga“, koji moraju biti opravdani, a priilikom prestanka poslodavac je obvezan radniku omogućiti pravo na žalbu, obavijestiti i savjetovati se s predstavnicima radnika te obavijestiti nadležno tijelo javne vlasti. Konvencija ne sadrži kvantitativni kriterij za određenje kolektivnog viška radnika, već je nacionalni zakonodavac ovlašten odrediti koji će se broj ili postotak radnika kod jednog poslodavca, za koje se razmatra prestanak radnog odnosa, smatrati kolektivnim viškom radnika. Zato ni obveze poslodavca u slučaju kolektivnih otkaza radnicima nisu apsolutne.

Na razini EU pitanje kolektivnih viškova radnika uređuje Direktiva br. 98/59/EZ o kolektivnim viškovima radnika. Prema Direktivi kolektivni viškovi (collective redundancies) znače otkaze koje daje poslodavac zbog jednog ili više razloga koji se ne odnose na

---

1171 Yemin, E., op. cit., str. 3-4.

1172 U SAD-u kolektivni viškovi provode se kao layoff (otpuštanje radnika). Ne postoji precizno određenje ovog pojma; njime su obuhvaćena smanjenja radnika za koja se očekuje da će trajati kraće ili nešto dulje vrijeme, ona za koja se očekuje da će biti trajnja, ili ona čije trajanje nije moguće unaprijed odrediti. Pojam layoff zato se odnosi kako na suspenziju radnog odnosa, tako i na njegov prestanak, ili na suspenziju koja se u određenom trenutku pretvara u prestanak radnog odnosa. Zato su i prava radnika različita ovisno o obliku otpuštanja: radnik čiji je radni odnos trajno prestao ostvaruje prava vezana uz prestanak radnog odnosa. Zato su i prava radnika različita ovisno o obliku otpuštanja: radnik čiji je radni odnos trajno prestao ostvaruje prava vezana uz prestanak radnog odnosa (otkazni rok, otpreminja), dok radnik čiji je radni odnos prestao privremeno ostaje u radnom odnosu, ima pravo vratiti se na posao nakon određenog razdoblja kada to postane moguće, zadržava stečena prava, a često i pravo na zdravstveno i mirovinsko osiguranje. Ibid., str. 5-6.

1173 Otkaz radnicima zbog kolektivnih viškova Konvencija MOR-a br. 158 uređuje u samo dva članka (čl. 13. i 14.), koji se kao dodatak nadovezuju na ostale članke Konvencije.
pojedinačnog radnika (*not related to the individual workers*), i ako su ispunjeni kvantitativni kriteriji: određen broj radnika koji su višak u određenom vremenskom razdoblju kod poslodavca određene veličine (koji zapošljava određeni broj radnika). Direktiva uređuje samo **minimum prava**, kojima je svrha osigurati da se u slučaju masovnih viškova proveđe savjetovanje s radničkim predstavnicima, a nadležna javna vlast prije otkaza obavijesti o namjери otkazivanja radnicima. Odredbama Direktive nastojalo se stvoriti zajedničko pravo (**common body of law**) primjenjivo u svim državama članicama, a države članice mogu primijeniti ili donijeti odredbe koje su za radnike povoljnije.\textsuperscript{1174}

Konvencija MOR-a br. 158 i Direktiva br. 98/59/EZ propisuju pretpostavke za otkaz koje su samo postupovne naravi, što je u skladu s prihvaćenim načelom poduzetničke slobode poslodavca. Kao što se u literaturi ističe, svrha Direktive nije usklađivanje materijalnog prava.\textsuperscript{1175}

U ovom dijelu rada analizirat će se odredbe hrvatskog i drugih nacionalnih zakonodavstava prije svega kroz prizmu primjene rješenja Direktive br. 98/59/EZ te pokušati dati odgovor na pitanje o usklađenosti hrvatskog prava s europskim.

**9.8.1.2. Razvoj europskog prava o kolektivnim viškovima radnika**

Tri direktive donesene su radi usklađivanja zakona država članica koji se odnose na kolektivne viškove radnika: Direktiva br. 75/129/EZ, iz 1975., Direktiva br. 92/56/EZ, iz 1992. i Direktiva br. 98/59/EZ, iz 1998. g.

Svrha stvaranja zakonodavstva Zajednice (sada Unije) o kolektivnim otkazima radnicima jest osiguranje komparativne zaštite prava radnika u različitim državama članicama, u kojima postoje različita praktična rješenja i postupci kod kolektivnih viškova radnika i mjere kojima se nastoje ublažiti posljedice viškova. Također, želi se harmonizirati troškove koje takva zaštita pravila nameću poduzećima na teritoriju Unije, s druge strane. Cilj je uravnoteženi gospodarski i socijalni razvoj unutar Unije te neometano funkcioniranje unutarnjeg tržišta smanjenjem nezaposlenosti u općem interesu. Propisivanjem pretpostavki za otkaze radnicima koji su kolektivni višak nastoji se otežati veća otkazivanja radnicima, ako ona nisu ekonomski neophodna, i spriječiti šokove na tržištu rada zbog nepredviđenih otkaza.\textsuperscript{1176}

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{1176} Preambula Direktive 98/59/EZ.
\end{footnotesize}

236
Povod za donošenje Direktive br. 75/129/EZ o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na kolektivne viškove radnika, iz 1975. g., bio je slučaj AKZO. Nizozemsko–njemačko multinacionalno poduzeće namjeravalo je u postupku restrukturiranja otpustiti 5000 radnika. Uspoređujući rješenja različitih država članica Zajednice (sada Unije) u kojima je AKZO imao svoje podružnice, AKZO je izabrao otpustiti radnike u zemlji u kojoj su troškovi otkaza bili najniži. Ovakva strategija izazvala je osudu i dovela do poziva da se na europskoj razini stvore pravila kojima bi se u budućnosti onemogućila takva postupanja i koja bi predstavljala minimum zaštite u slučaju kolektivnih otkaza.

Države članice mogu, polazeći od minimuma prava utvrđenog Direktivom, svojim zakonima, podzakonskim propisima i administrativnim odredbama utvrditi prava koji će biti povoljnija za radnike. Direktiva uređuje pretpostavke postupne naravi. To je potvrdilo Europski sud u slučajevima Nielsen i Commission v. UK, istaknuvši da cilj Direktive nije harmonizacija nacionalne prakse i postupaka u slučaju otkaza radnicima koji su višak, kao ni utjecaj na slobodu poslodavca da otkaze ili se suzdrži od kolektivnih otkaza. Isto stajalište Sud je ponovio u slučaju Rockfon.

Direktiva br. 75/129/EZ izmijenjena je Direktivom br. 92/56/EEZ. Izmjenama su drugi oblici prestanka ugovora o radu na inicijativu poslodavca izjednačeni s kolektivnim

1178 Europski je sud u nekoliko svojih odluka istaknuo svrh Direktive: veću zaštitu radnika u slučaju kolektivnih otkaza te unaprijedjenje približavanja zakona uz jamstvo poboljšanja uvjeta života i rada u smislu čl. 117 (novi 136) Ugovora o EZ.
1179 U slučaju Commission v. Belgium sud je naglasio obvezu država da osiguraju pravilnu implementaciju Direktive „u svakom smislu te se ne smiju braniti odredbama, praksom ili okolnostima u svom unutarnjim pravnom sustavu kako bi opravdala propust da udovolje ovim obvezama“.
viškovima te je detaljnije uređena obveza poslodavca da obavijesti i savjetuje se s radničkim predstavnicima. Nova Direktyva izričito je utvrdila mogućnost implementacije izmijenjenih odredbi kroz kolektivno pregovaranje (čl. 2.).

Direktiva Vijeća 98/59/EZ o usklađivanju zakona država članica koji se odnose na kolektivne viškove radnika, iz 1998. g., predstavlja konsolidiranu verziju kojom su ukinute prethodne dvije direktive.¹¹⁸⁵

9.8.1.3. Pretpostavke otkaza zbog kolektivnog viška radnika

Na osnovi navedenih definicija otkaza u slučaju kolektivnog viška radnika moguće je utvrditi bitne pretpostavke ove vrste otkaza: prvo, mora biti riječ o otkazu od strane poslodavca; drugo, opravdani razlozi za otkaz ne smiju biti vezani uz osobu radnika kojima se otkazuje, već su ekonomske, tehnološke, strukturne ili slične naravi; treće, mora biti riječ o većem broju istodobnih otkaza radnicima. Za države članice EU mjerodavan je i dodatni, kvantitativni kriterij iz Direktive br. 98/59/EZ kojim se pobliže određuje ova posljednja pretpostavka, otkaz većim broju radnika koji su višak. Taj broj može iznositi: a) u razdoblju od 30 dana: najmanje 10 u poduzećima koja redovito zapošljavaju više od 20, a manje od 100 radnika; najmanje 10% od ukupnog broja radnika u poduzeću koje zapošljava najmanje 100, ali manje od 300 radnika; najmanje 30 radnika u poduzećima koja redovito zapošljavaju 300 ili više radnika; ili b) u razdoblju od 90 dana, najmanje 20 radnika, bez obzira na broj radnika redovito zaposlenih u odnosnom poduzeću (čl. 1, st. 1 t. a).¹¹⁸⁶ U primjeni Direktive države članice mogu izabrati jedno od ponuđenih rješenja za računanje otkaza.¹¹⁸⁷

9.8.1.3.1. Otkaz od strane poslodavca

Otkaz zbog kolektivnog viška radnika jest otkaz koji daje poslodavac (effected by an employer). Definiciju poslodavca određuje nacionalno zakonodavstvo. Za primjenu Direktive važno je tumačenje pojma poslodavac što ga je dao Europski sud u slučaju Commission v.
Pitanje koje je vezano uz ovu pretpostavku kolektivnog viška radnika, a pojavilo se u vezi s primjenom Direktive, jest – može li se otokaz koji je dao radnik podvesti pod pojam kolektivnog viška radnika u smislu Direktive? Europski je sud na to pitanje odgovorio negativno, odlučujući u slučaju Nielsen. Utvrdio je da to nije prihvatljivo čak ni kada je radnik dao otokaz kao odgovor na najavu poslodavca da privremeno obustavlja plaćanje dugova (a time i plaća), dakle, u slučaju, tzv. konstruktivnog otakaza. Stajalište da se Direktiva ne primjenjuje na prestanak radnog odnosa kada otkazuje radnik, pravna doktrina ocjenjuje prihvatljivim, jer takav prestanak može biti u suprotnosti sa željama poslodavca i može spriječiti poslodavca da ispuni obveze iz Direktive. Ovo bi, kako je utvrdio Sud u slučaju Nielsen, dovelo do učinka suprotnog onome koji se želi postići Direktivom, a to je sprječavanje ili smanjenje kolektivnih viškova radnika.

9.8.1.3.2. Razlog otkaza nije na strani radnika

Druga pretpostavka otkaza zbog kolektivnog viška radnika jest da razlog otkaza nije na strani pojedinog radnika. Razlog za otkaz nije neko ponašanje radnika, njegova osobina ili sposobnost. Razlog je na strani poslodavca. Otkazi zbog povrede discipline time su isključeni. To je subjektivni element definicije kolektivnog viška radnika.

Konvencija MOR-a br. 158 definirala je razloge kolektivnih prestanaka kao „ekonomske, tehnološke, strukturalne ili slične razloge“ za prestanak radnog odnosa, dok Direktiva br. 98/59/EZ sadrži širu formulaciju, određujući da mora biti riječ o razlozima „koji se ne odnose na pojedinačne radnike (not related to the individual workers)."

1192 Loc. cit.
U nekoliko slučajeva Europski je sud odlučivao o ispravnosti određenja razloga za otkaz u nacionalnim zakonodavstvima. U slučaju *Commission v. UK*\(^\text{1195}\) Sud je smatrao da je definicija viška radnika u engleskom pravu, prema kojoj je riječ o višku radnika zbog prestanka poduzeća ili prestanka ili smanjenja potrebe da poduzeće obavi posao određene naravi, *preuska jer* ne pokriva slučajeve otkaza radnicima kao rezultat novih organizacija rada (working arrangements) koje nisu u vezi s opsegom posla.\(^\text{1196}\) U slučaju *Commission v. Portugal*\(^\text{1197}\) ocijenio je da portugalska definicija viška radnika, kojom je taj pojam ograničen na viškove zbog strukturalnih, tehnoloških ili cikličkih razloga (tj. viškove kao rezultat voljnog ili dobrovoljnog akta poslodavca), a kojom su isključeni viškovi koji nastaju zbog prisilne likvidacije ili likvidacije druge vrste, prisilne prodaje, požara, druge više sile, smrti trgovca (dakle, viškovi koji ne nastaju dobrovoljnim akтом poslodavca), također ne implementira na pravilan način način odredbe Direktive. Sud je utvrdio da pojam „viška radnika“ treba „u svrhu Direktive jednoobrazno tumačiti“, na način da se odnosi na svaki prestanak ugovora o radu koji radnik nije tražio, dakle *prestanak bez pristanka radnika*. Nije nužno da razlog koji je bio odlučujući za otkaz „odražava volju poslodavca“.\(^\text{1198}\) Ovo tumačenje unosi u područje primjene Direktive pojam „nedobrovoljnih viškova radnika“. Europski sud pobijao je portugalski argument da u slučajevima „nedobrovoljnih viškova radnika“ puna primjena Direktive može biti nemoguća, istaknuvši da svrha savjetovanja nije samo izbjegavanje viškova radnika, već i ublažavanje njihovih posljedica.\(^\text{1199}\) Stajalište Suda potvrđuje da je zaštita interesa radnika jedan od temeljnih ciljeva koji se žele postići Direktivom.

9.8.1.3.3. Veći broj istodobnih otkaza radnicima kod poslodavca (u poduzeću)

Da bi se moglo govoriti o kolektivnom višku radnika, mora postojati namjera poslodavca da u određenom razdoblju otkaze veći broj ugovora o radu. Riječ je, dakle, o pretpostavci izraženoj brojčanim kriterijima odnosno subjektivnom elementu definicije kolektivnog viška radnika.\(^\text{1200}\)

---


\(^\text{1199}\) Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 797.

Pravni izvori koriste se različitim metodama utvrđivanja kriterija, koje posljedično tome imaju različite učinke na obvezu poslodavca. Kao što je navedeno, Konvencija MOR-a br. 158 prepušta nacionalnom zakonodavcu definiranje broja ili postotka radnika kojima poslodavac namjerava otkazati, i koji će se smatrati kolektivnim viškom. Rezultat je relativiziranje obveze poslodavca.

Nasuprot tome, odredbama Direktive br. 98/59/EZ brojčani kriteriji izričito su utvrđeni. Prema Direktivi brojčana pretpostavka kolektivnog viška radnika smatra se ispunjenom ako poslodavac namjerava dati određeni broj planiranih otkaza radnicima, u određenom razdoblju, ovisno (ili neovisno) o broju radnika zaposlenih u poduzeću. Direktiva nudi nacionalnim zakonodavcima mogućnost izbora između dvije opcije. Prema prvoj, ako poslodavac namjerava otkazati većem broju radnika u razdoblju od 30 dana, planiranih otkaza mora biti: a) najmanje 10 u poduzeću koje redovito zapošljava više od 20, a manje od 100 radnika; b) najmanje 10% od broja redovito zaposlenih radnika u poduzeću koje redovito zapošljava najmanje 100, ali manje od 300 radnika; c) najmanje 30 u poduzeću koje redovito zapošljava 300 ili više radnika. Prema drugoj opciji, ako poslodavac namjerava otkazati većem broju radnika u razdoblju od 90 dana, planiranih otkaza mora biti najmanje 20, bez obzira na broj radnika redovito zaposlenih u tom poduzeću (čl. 1. st. 1. al. 1. t. a). No ovo nije jedini kriterij utvrđen Direktivom. Pored toga, Direktiva predviđa važan dodatni kriterij za izračunavanje broja radnika koji predstavljaju višak. Tako se u svrhu izračunavanja viška radnika drugi prestanci ugovora o radu (pojedinim radnicima), koji su se dogodili na inicijativu poslodavca, trebaju smatrati viškom ako ih je najmanje pet, a razlozi prestanka radnog odnosa nisu vezani uz osobu radnika (čl. 1. st. 1., al. 2.). To je, tzv., višak radnika na temelju asimilacije (redundancy by asimilation). 1201 Na ovaj način drugi oblici prestanka ugovora, kao što je dobrovoljno ranije umirovljenje ili prestanak radnog odnosa na inicijativu poslodavca, ali uz suglasnost radnika, ili kada je radnik potaknut da dade suglasnost (primjerice, u zamjenu za neke financijske koristi), uključeni su u polje primjene Direktive uz uvjet da su, kao i otkazi višku radnika, poduzeti zbog razloga koji ne leže u samim radnicima. 1202

U primjeni ove odredbe važno je uzeti u obzir dva dodatna elementa. Prvi je stajalište da se Direktiva u načelu primjenjuje i na kolektivne viškove radnika kod kojih je prestanak

aktivnosti poduzeća rezultat sudske odluke. Drugi, da je za izračunavanje broja radnika relevantna i odredba o isključenju nekih kategorija radnika iz primjene Direktive. To su radnici zaposleni na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme ili za obavljanje posebnih zadataka, osim ako ti ugovori trebaju prestati prije isteka roka na koji su zaključeni ili izvršenja zadataka zbog kojeg su zaključeni; radnici zaposleni u tijelima javne uprave ili ustanovama na koje se primjenjuje javno pravo, odnosno u zemljama gdje je takva podjela nepoznata, u odgovarajućim tijelima; te posada pomorskih brodova (čl. 1 st. 2.). Ove izuzetke od općeg pravila treba usko tumačiti.

U nastavku ovog poglavlja analiziraju se pitanja važna za primjenu ove odredbe Direktive: određenje pojma poduzeća, ukupnog broja zaposlenih radnika, broja planiranih otkaza te razdoblja u kojem se pojavljuje kolektivni višak.

9.8.1.3.3.1. Pojam poduzeća

Za primjenu Direktive važno je značenje pojma poduzeća, jer se kolektivni viškovi moraju dogoditi u jednom poduzeću (in establishment). Direktiva ne sadrži njegovu definiciju, pa je značenje pojma poduzeće bilo predmet razmatranja Europskog suda u više slučajeva. Jedan od njih slučaj je Rockfon.


1206 Rockfon je tvrdio da nije poduzeće u smislu Direktive budući da nema upravu koja bi mogla samostalno odlučivati o otkazima većem broju radnika.
između 20 i 100 radnika, 10% radnika u poduzećima koja redovito zapošljavaju između 100 i 300 radnika).1208

Kako pojam „poduzeće“ Direktiva ne definira, Sud je utvrdio kako mu valja dati značenje u smislu prava Zajednice.1209 Dodao je kako bi široko tumačenje pojma poduzeće omogućilo poduzećima koja pripadaju istoj grupi otežati primjenu Direktive. Ta bi poduzeća mogla dodijeliti posebnom tijelu ovlast da donosi odluke o otkazu i na taj način izbjeći obvezu provođenja postupka otkazivanja propisanog Direktivom, čime bi brojne grupe radnika izgubile pravo na obavješćivanje i savjetovanje. Takvo se tumačenje čini nespojivim sa svrhom Direktive. Zato je, drži Sud, pojam poduzeće potrebno tumačiti kao organizacijsku jedinicu (unit) u kojoj su radnici koji predstavljaju višak „zaposleni kako bi izvršavali svoje obveze“ (were assigned to carry out their duties), čime je naglašena veza između posloprimca i dijela poduzeća ili pogona u kojem izvršava svoje obveze.1210 Pritom nije od važnosti ima li organizacijska jedinica u pitanju upravu koja može samostalno odlučivati o otkazu.1211

Europski je sud 2007. godine u slučaju Athinaiki Chartopoiia AE v. Panagiotidis1212 utvrdio još neke elemente značenja pojma poduzeće u smislu prava Zajednice. Tako nije nužno da organizacijska jedinica ima upravu koja može samostalno određivati kolektivne viškove, niti mora biti zemljopisno odvojena od ostalih jedinica i objekata poduzeća. Jedinica ne mora imati pravnu kao ni ekonomsku, financijsku, upravnu ili tehnološku autonomiju, što je u skladu s ciljem Direktive koji se odnosi na socio-ekonomske učinke kolektivnih viškova, koje oni mogu imati u danim lokalnim okolnostima i socijalnom okruženju.1213

1208 Barnard, C., op. cit., str. 491. Ističu se dva pitanja: prvo, zabranjuje li čl. 1. st. 1.(a) Direktive da dva ili više poduzeća iz grupe stvore zajednički odjel koji bi se bavio zapošljavanjem i otpuštanjem radnika tako da se otkazi u jednom od tih poduzeća mogu dati samo uz dopuštenje tog odjela; i drugo, treba li, u takvim okolnostima, pojam „poduzeće“ iz čl. 1. st. 1.(a) tumačiti tako da znači sva poduzeća koja se koriste tim odjelom, ili se poduzećem može smatrati svako poduzeće u kojem se pojavljuje višak radnika. U odgovoru na prvo pitanje Sud je utvrdio da svrha Direktive „is not to restrict the freedom of undertakings to organise their activities and arrange their personnel departments in the way which they think best suits their needs“. Blanpain, R., European Labour Law (2008), op. cit., str. 642.


1212 Athinaiki Chartopoiia AE v. Panagiotidis, Case C-270/05 [2007] IRLR 284, par. 27 i 28.

Pojmu pogona (Betrieb) u smislu Direktive daje se u njemačkom pravu značenje koje pogon ima u odredbama o pravu sudjelovanja radnika u odlučivanju (Betriebsverfassung). Pod pojmom pogona razumije se organizacijska jedinica (organisatorische Einheit) u kojoj poslodavac sam ili zajedno sa svojim radnicima, uz pomoć materijalnih i nematerijalnih sredstava, neprekidno nastoji ostvarenje određene radnotehničke ciljeve.

O pitanju razine na kojoj se utvrđuje postojanje viška radnika odlučivao je i Vrhovni sud RH, i o tome zauzeo različita stajališta. Prema jednoj odluci višak radnika treba utvrditi na razini svake dislocirane podružnice, dok je u drugoj, u predmetu u kojem se o višku odlučivalo na razini područne škole, ocijenio da je poslodavac škola, pa i o višku treba odlučivati na razini škole, a ne područne škole.

9.8.1.3.3.2. Ukupan broj zaposlenih radnika

Bez obzira na varijantu prihvaćenu nacionalnim zakonodavstvom, pri određivanju broja radnika koji poduzeće redovito zapošljava (normally employing, normally employed; in der Regel beschäftigten) važno je odrediti krug takvih radnika.

Ukazujemo na neka stajališta njemačke doktrine i sudske prakse o ovom pitanju. Broj zaposlenih radnika određuje se s obzirom na trenutak prestanka radnog odnosa (Zeitpunkt der Entlassung), a ne trenutak davanja otkaza. Važan je broj 'u pravilu' (in der Regel) zaposlenih radnika; odnosno broj radnika zaposlenih u 'normalnom slučaju' (im Normalfall).

Određbama o kolektivnim otkazima obuhvaćene su sve osobe koje se mogu svrstati u kategoriju posloprimca (Arbeitnehmer): radnici i namještenici, koji nemaju rukovodeće poslove, kao i pripravnici i volonteri, neovisno o dobi života ili trajanju radnog odnosa kod poslodavca. Nisu obuhvaćeni članovi upravnih odbora, zastupnici trgovačkih društava i članovi osoblja poduzeća.


1215 BAG 25.9.1986, AP Nr. 7 uz § 1 BetrVG 1972. Odredbe o kolektivnim otkazima odnose se na sve privatne pogone i upravna tijela privatnog prava, kao i na pogone kojima upravljaju tijela javne uprave, ako posluju radi ostvarenja ekonomske svrhe. Ne primjenjuju se na otkaze u pogonima koja rade u sezone ili poljoprivrednim pogonima koja rade u sezoni, do kojih dolazi zbog naravi tih pogona (osim onih koja se bave građevinarstvom, a rade tijekom cijele godine); kao ni na posadu pomorskih brodova (čl. 22., 23. st. 2. al. 2. KSchG-a).


vodeći namještenici, iako se ovi posljednji smatraju pravim posloprimcima (čl. 17. st. 5. KSchG-a); članovi obitelji; trgovački zastupnici; radnici kod kuće i druge osobe slične radnicima, npr. slobodni radnici, koje ne ulaze u pojam posloprimca.

9.8.1.3.3. Broj planiranih otkaza

Prema Direktivi jedan od brojčanih kriterija kolektivnog viška radnika jest broj planiranih otkaza koje poslodavac namjerava dati radnicima. U njemačkom, austrijskom i francuskom pravu prihvaćena je opcija utvrđivanja kolektivnog viška u razdoblju od 30 dana, a utvrđeni kriteriji strožiji su od onih koje propisuje Direktiva. U hrvatskom i britanskom pravu kolektivni višak utvrđuje se u razdoblju od 90 dana, a slovensko pravo prihvaća obje varijante.

Prema novom ZR-u kolektivni višak postoji ako je poslodavac utvrdio višak od najmanje 20 radnika kojima će, neovisno o načinu prestanka ugovora o radu, u razdoblju od 90 dana prestati ugovor o radu, i ako će poslovno uvjetovanim otkazom otkazati ugovore o radu najmanje petorici radnika (čl. 120. st. 1. ZR-a). Ova dva uvjeta moraju biti kumulativno ispunjena da bi nastala obveza poslodavca da provede postupak savjetovanja i izrade programa zbrinjavanja viša radnika propisan zakonom.

Podsjetimo da je prethodni ZR propisivao obvezu poslodavca da izradi program zbrinjavanja viša radnika ako u razdoblju od 90 dana namjerava zbog gospodarskih, tehničkih ili organizacijskih razloga otkazati najmanje 20 ugovora radu (čl. 119. (126.)).


1219 v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 663 (Rn. 18), 668 (Rn. 8-10).

1220 Prema njemačkom pravu kolektivni višak postoji ako u razdoblju od 30 dana poslodavac namjerava ispuštiti: više od pet radnika u poduzećima koja redovito zapošljavaju više od 20 i manje od 60 radnika; 10% od ukupnog broja redovito zapošljenih radnika, ali više od 25 radnika u poduzećima s najmanje 60, a manje od 500 radnika; najmanje 30 radnika u poduzećima s redovito zapošljenih najmanje 500 radnika (čl. 17. st. 1 KSchG). U Austriji se kolektivnim viškima smatraju planirani otkazi za: najmanje petorici radnika u poduzećima s više od 20, a manje od 100 zaposlenih radnika; najmanje 5% radnika u poduzeću u kojem je zaposleno najmanje 100, a manje od 600 radnika; najmanje 30 radnika u poduzećima s više od 600 zaposlenih radnika; petorici radnika starijih od 50 godina (čl. 45a. Arbeitsmarktförderungsgesetz, BGBl. Nr. 31/1969, zuletzt geändert durch das BGBl. 82/2008). U francuskom pravu razlikuju se dvije vrste kolektivnih viškova. Relevantno razdoblje u kojem poslodavac planira otkazati radnicima u oba je slučaja razdoblje do 30 dana; u prvom slučaju moraju biti planirani otkazi za dvoje do devetoro zaposlenih radnika, a u drugom desetoro ili više radnika. Razlika je u ulozi koju pritom ima ured za rad (čl. 321–4 CT).

1221 U britanskom pravu kolektivnim viškom smatraju se planirani otkazi za 20 ili više radnika zaposlenih u poduzeću u razdoblju od 90 ili manje dana (čl. 188(1), TULRCA (1992)).

1222 Slovenski ZDR primijenio je ključ za određivanje kolektivnog viška identičan onome iz Direktive. Kolektivni viškovi zakonom su izričito ograničeni na poslovno uvjetovane otkaze (čl. 96. st. 2. ZDR-a).

1223 Potočnjak, Ž., Glavna značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 30; Potočnjak, Željko, Vukorepa, Ivana, Kritička promišljanja o novom Zakonu o radu, HPR, br. 3, 2010., str. 15.
U odnosu na ranije rješenje nova odredba ZR-a ima dvije novine. Prvo, za računanje kolektivnog viška radnika uzimaju se u obzir svi radnici kojima će ugovor o radu prestati u razdoblju od 90 dana „neovisno o načinu prestanka ugovora o radu“. Drugo, utvrđeno je da, od planiranih (najmanje) 20 radnika koji su višak, barem petorici ugovor o radu treba prestati zbog poslovnih razloga („poslovno uvjetovanim otkazom“).

Prvo pitanje koje se nameće jest tumačenje dijela odredbe o načinu prestanka ugovora o radu dvadesetorici radnika koji su višak. Naš je zakonodavac, u pokušaju daljnjeg usklađivanja odredbi novog ZR-a s odredbama Direktive 98/59/EZ, stvorio nejasnu odredbu koja traži daljnje tumačenje, odnosno izmjenu.1224

Domaća radnopravna doktrina ponudila je različita stajališta.1225 Prihvatljivo je i dobro argumentirano stajalište koje polazi od teleološkog tumačenja navedenih odredbi u skladu s odredbama Direktive br. 98/59/EZ. Zastupnici ovog stajališta naglasak stavljaju na toč. 8 Preambule Direktive, prema kojoj se u obzir moraju uzeti samo oni načini prestanka radnog odnosa koji su rezultat inicijative poslodavca, kao i na odredbu čl. 1.(a) koji kolektivne otkaze višku radnika određuje kao otkaze koje daje poslodavac zbog jednog ili više razloga koji se ne odnose na osobu radnika.1226 Prema ova dva kriterija u broj od dvadeset namjeravanih prestanaka ugovora o radu zaključno ubrajaju: poslovno uvjetovane otkaze ugovora o radu; sporazume o prestanku ugovora o radu na inicijativu poslodavca (osobito kada su praćeni stimulativnom otpremninom); prestanke ugovora o radu na određeno vrijeme prije isteka ugovorenog vremena: ugovorenim poslovno uvjetovanim redovitim otkazom, ili sporazumom na inicijativu poslodavca; prestanke ugovora o radu zbog navršenja 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, uz određene uvjete.1227 U navedeni broj ne ubrajaju: osobno uvjetovani i ponašanjem radnika uvjetovani redoviti otkaz; izvanredni otkaz ugovora o radu; sporazumne prestanke ugovora o radu na inicijativu radnika; prestanke ugovora o radu zbog navršenja 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, na inicijativu radnika; prestanke ugovora o radu na određeno vrijeme protekom vremena na koje su sklopljeni; prestanke zbog

1224 Ž. Potočnjak i I. Vukorepa govore o riziku pravne nesigurnosti i zastoja u primjeni važnog pravnog instituta viška radnika, Potočnjak/Vukorepa, op. cit., str. 15-16.
1226 Potočnjak/Vukorepa, op. cit., str. 16. I Europski je sud u odgovoru na pitanje koje su vrste planiranih otkaza obuhvaćene odredbom Direktive zauzeo stajalište da su to svi otkazi zbog razloga koji se ne odnose na pojedinačnog radnika. EC v. Portugal, Case C-55/02, cit.
1227 Ako je inicijativa za prestanak ugovora o radu na strani poslodavca, a na strani radnika ne postoje razlozi za osobno ili ponašanjem radnika uvjetovani redoviti otkaz, ili izvanredni otkaz ugovora o radu. Potočnjak/Vukorepa, op. cit., str. 16; Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 480-482.
dostave pravomoćnih rješenja o stjecanju invalidske mirovine zbog opće nesposobnosti za rad; prestanke zbog odluke suda; prestanke zbog smrti radnika.1228

Smjernice za tumačenje ove odredbe možemo pronaći i u nekim usporednopravnim rješenjima. Ovdje se navode samo neka, iz njemačkog prava, u kojem je zajamčena zaštita radnika šira od one propisane Direktivom. Njemački KSchG ne pravi nikakvu razliku između vrste otkaza koja se izriče radnicima koji su višak, što znači da do kolektivnih viškova može doći i zbog osobno uvjetovanog otkaza i otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika. Razlozi za otkaz nisu bitni, što znači snažniju zaštitu radnika i veće obveze poslodavca u odnosu na one prema hrvatskom pozitivnom pravu, odnosno one iz Direktive.1229

Kako su relevantni samo oni otkazi koje poslodavac daje radnicima, a ne i otkaz koji daje radnik, važno je utvrditi postojanje inicijative poslodavca za prestanak ugovora o radu. Zato bi prema stajalištu njemačke judikature i doktrine u „druge prestanke ugovora o radu na inicijativu poslodavca“ trebalo ubrojiti i konstruktivne otkaze. U tim slučajevima otkaz daje sam radnik, ali zato što ga je poslodavac na to nagovorio, stavljačući mu u izgled planiranu promjenu poduzeća ili konkretnu namjeru izricanja otkaza kako bi na taj način radnik izbjegao otkaz koji će mu poslodavac neizbježno izreći. Ipak, sudovi u svakom konkretnom slučaju moraju ocijeniti je li doista riječ o konstruktivnom otkazu. Iako je ovo stajalište prihvatljivo, jer se zasniva na kriteriju inicijative poslodavca za prestanak ugovora o radu, pravnu nesigurnost stvara upravo nužnost sudijeskih ocjeni u svakom pojedinačnom slučaju.

Prema njemačkom pravu u kolektivne viškove ne ubrajaju se oni slučajevi u kojima radni odnos prestaje ‘na druge načine’ (in sonstige Weise), a ne otkazom. To će biti slučaj kada ugovor o radu prestaje sporazumom (ugovorom) stranaka o prestanku radnog odnosa, osim ako je na odluku radnika utjecala tvrdnja poslodavca da mu planira otkazati ugovor.1230

Sporazum o prestanku ugovora o radu koji zaključuju stariji radnici koji uz otpremninu odlaze u punu ili prijevremenu starosnu mirovinu, prema stajalištu doktrine, ne treba računati kao

1228 Potočnjak/Vukorepa, op. cit., str. 16-17.
1229 Moll, u: A/P/S, op. cit., str. 842 (Rn. 26).
kolektivni višak, jer takvi radnici više ne opterećuju tržište rada.\textsuperscript{1232} O kolektivnom višku nije riječ ni kada ugovor o radu prestaje istekom vremena (ugovor na određeno vrijeme, ili za određeni zadatak; prestanak ugovora zbog nastupa raskidnog uvjeta), ili zbog ništetnosti ili pobojnosti, kao ni u slučaju kada dođe do stvarnog prekida izvršavanja činidbe rada (dopust, mirovanje radnog odnosa).\textsuperscript{1233} Prema posebnoj odredi (čl. 17. st. 4. al. 1. KSchG-a) u kolektivne viškove ne ubrajaju se prestanci radnog odnosa izvanrednim otkazom zbog važnog razloga.\textsuperscript{1234} Nasuprot tome, kao kolektivni višak računa se prestanak radnog odnosa otkazom zbog neprihvaćanja ponude izmijenjenog ugovora.\textsuperscript{1235}

U slovenskom pravu, u kojem su prihvaćene obje opcije za utvrđivanje viška radnika iz Direktive, kolektivni su viškovi zakonom izričito ograničeni na poslovno uvjetovane otkaze, pri čemu valja primijetiti da rješenje nije u potpunosti usklađeno s Direktivom br. 98/59/EZ jer se ne spominje dodatni kriterij od namanje pet prestanaka ugovora o radu na inicijativu poslodavca.

Na temelju navedenih stajališta i iskustava iz usporednog prava nameću se sljedeći zaključci. Analiza odredbe čl. 120. st. 1. ZR-a o kolektivnom višku radnika pokazuje da je, zbog pogrešne primjene relevantne odredbe Direktive, hrvatskom poslodavcu nepotrebnim nametnutu težu obvezu od one koju predviđa Direktiva. Već pet poslovno uvjetovanih otkaza od ukupno dvadeset namjeravanih prestanaka ugovora o radu, uz pretpostavku da do njih dolazi na inicijativu poslodavca, u razdoblju od 90 dana, stvara obvezu pokretanja posebnog, složenog postupka o zbrinjavanju viška radnika. Čak i ako pretpostavimo da je namjera zakonodavca bila pružiti veću zaštitu radnicima u odnosu na onu zajamčenu Direktivom, odredba je nejasna. To stvara pravnu nesigurnost te, kako se u pravnoj literaturi s pravom ističe,\textsuperscript{1236} dovodi do zastoja u primjeni pravnog instituta kolektivnog otkaza. Spornu odredbu trebalo bi zbog razloga pravne sigurnosti drukčije formu formirati, vodeći brigu o dva temeljna kriterija propisana Direktivom: postojanju inicijative poslodavca za prestanak ugovora o radu te da je riječ o otkazima zbog razloga koji se ne odnose na osobu radnika. U vezi s mogućom izmjennom izmjenom predlažemo sljedeću formulaciju odredbe de lege ferenda:

\textit{Poslodavac koji utvrdi višak od najmanje dvadeset radnika, kojima će u razdoblju od devedeset dana prestati ugovori o radu na inicijativu poslodavca, te ako će poslovno}

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1232} Prestanak ugovora o radu u ovom slučaju može uslijediti i otkazom radnika, ili poslodavca. Moll, u: A/P/S, op. cit., str. 842 (Rn. 29); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 674 (Rn. 25).
\item \textsuperscript{1233} v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 674-675 (Rn. 27-29).
\item \textsuperscript{1234} Moll, u: A/P/S, op. cit., str. 845-848 (Rn. 39-47); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 676-677 (Rn. 33-38).
\item \textsuperscript{1235} v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 675 (Rn. 30).
\item \textsuperscript{1236} Potočnjak/Vukorepa, op. cit., str. 15-16.
\end{itemize}
uvjetovanim otkazom otkazati ugovore o radu najmanje petorici radnika, dužan je na način i pod uvjetima propisanim ovim Zakonom savjetovati se (pravodobno) s radničkim viječem u cilju otklanjanja potrebe za otkazivanjem.

Drug bi mogućnost bila vratiti se izvornom rješenju iz Direktive što bi, prema našem mišljenju, više odgovaralo gospodarskom trenutku u kojem se Hrvatska nalazi i zahtjevu da radno zakonodavstvo bude manje rigidno.

Na kraju, spomenimo da se u njemačkom pravu kao sporno pojavilo pitanje definicije kolektivnog otkazivanja u smislu Direktive, odnosno obuhvaća li ono i izjavu o otkazu ili samo stvarni prestanak radnog odnosa (tatsächliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses), dakle, stvarno napuštanje poduzeća, na temelju redovitog otkaza, jednostranim očitovanjem volje poslodavca protiv volje radnika, kako je ono bilo tumačeno u njemačkoj judikaturi i doktrini. 1237 Europski je sud, odlučujući o zaklučku Radnog suda iz Berlina, utvrdio da čl. 2.–4. Direktive treba tumačiti na taj način da se otkazivanjem smatra i sama izjava o otkazu, što je u svojoj novijoj praksi potvrdio i njemački BAG.1238

9.8.1.3.3.4. Razdoblje u kojem se pojavljuje kolektivni višak

Razdoblje u kojem se pojavljuje kolektivni višak prema Direktivi može iznositi 30 ili 90 dana. Sva otkazivanja koja se dogode unutar relevantnog razdoblja zbrajaju se, čime je poslodavac spriječen u tome da sukcesivnim otpuštanjem u kratkim vremenskim razmacima izbjegne primjenu novih propisa.1239

9.8.1.4. Obveze poslodavca

Poslodavac kod kojega se pojavljuje kolektivni višak radnika ima obvezu obavijestiti o tome predstavnike radnika i s njima se savjetovati, obavijestiti nadležno tijelo javne vlasti te, ako se ispune određene pretpostavke, odgođiti otkazivanje ugovora o radu. Svrha je ovakvog postupka razmatranje i savjetovanje o planiranim promjenama u poslovanju poslodavca, njihovim mogućim učincima, kao i mjerama kojima se oni mogu izbjegati, ili ublažiti.1240

Težnja radnika da utječu na odluke koje poslodavac donosi u vezi s kolektivnim otkazima javlja se kao neizbježna posljedica snažnih učinaka koje gubitak zaposlenja ima na

1237 Ono se vremenski poklapa s istekom otkaznog roka (‘Kündigungstermin’). Takvo određenje judikatura i doktrina smatra se usklađenim s terminom ‘kolektivnog viška’ iz Smjernice, pod kojim, dakle, ne treba razumjeti izjavu o otkazu (Kündigungserklärung). v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 671 (Rn. 18); Linck, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1575 (Rn. 10).


1240 Usp. čl. 20. Preporuke MOR-a br. 166 (1982.).
blagostanje radnika. Radnici traže od poslodavca primjenu alternativnih mjera kojima se takvi otkazi mogu izbjeći.\textsuperscript{1241} S druge strane, pomoć u pronalaženju alternativnih mjera kojima se mogu spriječiti ili barem ograničiti kolektivni otkazi, kao i osiguranje boljeg funkcioniranja tržišta rada nastoji se postići i pravodobnim obavještavanjem i savjetovanjem s nadležnim javnim službama prije kolektivnih otkaza.\textsuperscript{1242}

Kao što je ranije istaknuto, Konvencijom MOR-a br. 158 i Direktivom br. 98/59/EZ utvrđene su pretpostavke za kolektivni otkaz koje su postupovne naravi, a ne i materijalnopravni zaštitni mehanizmi. Sprječavanje ili smanjenje kolektivnih viškova te ublažavanje njihovih posljedica široko su prihvaćeni ciljevi nacionalnih propisa o kolektivnim viškovima. No postavljanje ciljeva i utvrđivanje mjera za njihovo postizanje ovise o različitim okolnostima u pojedinim državama, pa otuda i različito uređenje materijalnopravnih pretpostavki kolektivnih viškova. Ipak, u najvećem broju zemalja posebna pažnja posvećena je upravo obvezi poslodavca da prije otkazivanja obavijesti radničke predstavnike i javne službe o viškovima, što je uzeto kao minimum za uređenje kolektivnih viškova na razini višoj od nacionalne.\textsuperscript{1243}

Kada je riječ o primjeni odredaba Direktive, važno je upozoriti da ih treba tumačiti u skladu s njezinom svrhom i svrhom odredbi nacionalnih zakonodavstava kojima se uređuju kolektivni viškovi. Kao primjer može poslužiti određena veličina zaštitnog udjela samo u broju odredbi o kolektivnim viškovima njemačkog prava. Ona obuhvaća tri temeljna aspekta. Uobičajeno se definira upravo sa stajališta politike tržišta rada: sprječavanje nezaposlenosti u općem je interesu.

Svrha odredbi vezuje se i uz pravo sudjelovanja radničkog vijeća u odlučivanju. Treći aspekt odnosi se na zaštitu radnika, kojoj valja posvetiti posebnu brigu. To je posebno istaknuto u Direktivi 98/59/EZ, a potvrdio je i Europski sud u slučaju \textit{Lauge}\textsuperscript{1244} 1245.

9.8.1.4.1. Obveza savjetovanja s predstavnicima radnika

Prvi korak koji mora poduzeti poslodavac koji namjerava otkazati većem broju radnika jest savjetovanje s radničkim predstavnicima. Direktivom su propisane dvije bitne karakteristike koje savjetovanje mora ispuniti: 1. poslodavac ga mora započeti pravodobno (\textit{in...}}
251

good time),\textsuperscript{1246} 2. s ciljem postizanja sporazuma.\textsuperscript{1247} Ovako oblikovana obveza savjetovanja treba omogućiti poslodavcu da stvarno uzme u obzir mišljenje i prijedloge radničkih predstavnika prilikom planiranja kolektivnih otkaza, kao i postizanje sporazuma. Naš ZR propisuje da je cilj savjetovanja otklanjanje potrebe za otkazivanjem, ali je propustio naznačiti rok u kojem se ono mora započeti.

9.8.1.4.1.1. Pravodobnost

Postupak savjetovanja pokreće se samo ako poslodavac namjerava otkazati višku radnika i u tu je svrhu izradio 'plan'.\textsuperscript{1248} Direktivom nije određen rok u kojem poslodavac treba započeti savjetovanje s radničkim predstavnicima, ali je očito da to mora biti u ranoj fazi postupka odlučivanja.\textsuperscript{1249} Savjetovanje i informiranje mora biti učinjeno unaprijed, prije no što je donesena odluka o otkazu, kako bi se radnicima omogućilo sudjelovanje u donošenju odluke i pronalaženje načina za rješavanje s time povezanih socijalnih problema. To proizlazi iz teksta odredbe čl. 2. st. 1. u kojoj se govori o poslodavcu koji namjerava otpustiti višak radnika (contemplating collective redundancies) te izričito navodi da poslodavac treba početi savjetovanje pravodobno (in good time). Direktiva se, dakle, primjenjuje samo na poslodavce koji predvidaju odnosno planiraju kolektivne viškove radnika.\textsuperscript{1250}

Za tumačenje pravodobnosti započinjanja postupka savjetovanja posebno je važna odluka Europskog suda u slučaju \textit{Junk}.


Sud je utvrdio da obveza savjetovanja s radničkim predstavnicima i informiranja надлежne javne vlasti nastaje prije bilo kakve odluke poslodavca o prestanku ugovora o radu,\textsuperscript{1251} što znači prije no što su radnici obaviješteni o otkazu, a ne nakon što su dani pojedinačni otkazi, a dok još nisu nastupili njihovi učinci.\textsuperscript{1252} Slučaj kada poslodavac „razmatra“ (namjerava) kolektivne viškove predstavlja situaciju u kojoj „odluka još nije donesena“, kada su viškovi radnika još uvijek u „fazi planiranja“. Nasuprot tome, obavijest o

\textsuperscript{1246} Prema prijevodu Konvencije MOR-a br. 158. No može značiti i rano (early), ali i brzo (quickly). Collins English Dictionary, op. cit., str. 1687.

\textsuperscript{1247} Section II: Information and consultation (Art. 2).

\textsuperscript{1248} Case C-188/03 \textit{Junk v. Kühnel} [2005] ECR I-885, par. 36.


\textsuperscript{1250} Blanpain, R., European Labour Law (2008), op. cit., str. 505.

\textsuperscript{1251} Case \textit{Junk}, C-188/03 [2005] ECR I-885, par. 37.

otkazu jest očitovanje odluke da se radni odnos prekine, a stvarni prestanak tog odnosa nakon isteka otakznog roka predstavlja učinak te odluke. Budući da je svrha Direktive sprječavanje prestanaka ugovora o radu ili smanjenje njihova broja, ostvarenje tog cilja bilo bi ugroženo ako bi savjetovanje s predstavnicima radnika uslijedilo nakon odluke poslodavca. Ipak, prema mišljenju Suda prije davanja otkaza radniku ne mora u potpunosti isteći razdoblje u kojem je prema nacionalnom pravu potrebno provesti savjetovanje, već je bitan sadržaj savjetovanja.

U nekim slučajevima poslodavac donosi odluke o otkazima zbog viška radnika bez provođenja prethodnog postupka, jer na takve viškove nije računao, odnosno nije ih planirao. U citiranim slučajevima Rockfon i Nielsen Europski je sud zauzeo stajalište da se Direktiva ne primjenjuje na one kolektivne otkaze koje poslodavac nije razmatrao prije odluke o otkazivanju, budući da Direktiva ne implicira obvezu „predviđanja“ kolektivnih viškova. C. Barnard ocjenjuje kako ovakvo stajalište favorizira neorganizirane poslodavce koji ne razmatraju kolektivne otkaze, u odnosu na „dalekovidnije“ poslodavce koji planiraju ili namjeravaju otkazivati radnicima, i na koje će se primjenjivati odredbe Direktive.

U nacionalnim zakonodavstvima kriterij pravodobnosti započinjanja savjetovanja različito je uređen. Dio njemačkih autora smatra da razumni rok iznosi dva tjedna, dok je prema drugima to svaki rok u kojem radničko vijeće još uvijek može, kroz postupak pregovaranja, utjecati na donošenje mjera kojima će se spriječiti ili ublažiti otpuštanja. Naš ZR sadrži naznaku roka u odredbi čl. 149. st. 4., prema kojoj savjetovanje (o važnoj odluci poslodavca) mora biti pravodobno.

Za određivanje ovog roka mogu biti korisna rješenja britanskog prava u kojem je za određenje viška prihvaćen objektivni kriterij od najmanje 20 radnika planiranih kao višak u razdoblju od 90 dana. Savjetovanje treba započeti pravodobno, a najkasnije 90 dana prije izricanja prvog otkaza. Kada je postupak savjetovanja završio, poslodavac nije obvezan čekati istek zakonskog minimalnog roka da bi izrekao otkaz u skladu s onime što je dogovorio. U

---

1253 Usp. ibid., str. 679-680.
1255 Case Rockfon, C-449/93, od 7. prosinca 1995., cit.
1256 Case Nielsen, 284/83 [1985] ECR 553.
1257 Direktiva ne propisuje okolnosti u kojima bi postojala obveza poslodavca da razmotri kolektivne viškove te ni na koji način ne ograničava slobodu poslodavca odlučiti hoće li i kada izraditi planove za kolektivna otpuštanja. U predmetu Rockfon Europski je sud utvrdio da se Direktiva primjenjuje samo u onim slučajevima u kojima je poslodavac stvarno razmotrio mogućnost otkazivanja višku radnika ili izradio plan otkaza, a da se ne primjenjuje u slučaju kada je financijsko stanje poslodavca bilo takvo da je upućivalo na potrebu da se razmotri mogućnost kolektivnih otkaza, ali poslodavac je to propustio učiniti.
slučaju da prije postupka savjetovanja moraju biti izabrani radnički predstavnici, smatra se da je poslodavac ispunio svoju obvezu u vezi sa zakonskim minimalnim rokom, ako je radnike kojima namjerava dati otkaz pozvao da izaberu svoje predstavnike dovoljno vremena prije obveznog početka savjetovanja, kako bi se omogućilo provođenje izbora, dakle, kada je to bilo najranije razumno ostvarivo.  

9.8.1.4.1.2. Predstavnici radnika

U savjetovanju sudjeluju predstavnici radnika. Prema Direktivi obveza savjetovanja odnosi se na „radničke predstavnike kako su definirani zakonima i praksom država članica“ (čl. 1. st. 1.b). U državama članicama EU postoje tri različita modela organiziranja radničkih predstavnika u poduzećima. U Njemačkoj i Francuskoj odlučujući ulogu ima radničko vijeće (Betriebsrat), odnosno odbor poduzeća (comité d'entreprise), dok se u Ujedinjenom Kraljevstvu savjetovanje ostvaruje kroz kolektivno pregovaranje poslodavca i predstavnika sindikata ovlaštenog da predstavlja radnika kojeg poslodavac namjerava otpustiti. U Sloveniji i Italiji glavnu ulogu ima sindikati u poduzećima.  

U praksi vezanoj uz primjenu ove odredbe Europski je sud ustvrdio kako Ujedinjeno Kraljevstvo nije ispravno implementiralo odredbu Direktive budući da se prema engleskom pravu obveza savjetovanja ograničava samo na priznate sindikate. Sud je u dva predmeta Commission v. United Kingdom zaključio da obveza informiranja i savjetovanja postoji i u onim poduzećima u kojima radnici nisu organizirani. U skladu s time Sud je utvrdio da je

---

1261 Zakon TULRCA (1992.), čl. 188(7A).
1263 Yemin, E., op. cit., str. 7-8.
1265 Argument Ujedinjenog Kraljevstva bio je da se obveze iz Direktive ne odnose na one poslodavce koji nisu priznali sindikate, jer se priznavanje sindikata u poduzećima u UK tradicionalno temelji na dobrovoljnom prihvaćanju. Sud ovu tvrdnju nije prihvatio ističući kako je svrha direktiva osigurati usporedivu zaštitu prava radnika u svim državama članicama i harmonizirati troškove koje takve određene obvezu za poduzeća u EZ-u. U tu svrhu direktive utvrđuju obvezujuće dužnosti (compulsory obligations) poslodavaca u vezi s informiranjem i savjetovanjem s radničkim predstavnicima. Sud je, nadalje, zauzeo stajalište da direktive ne daju mogućnost državama članicama da ograničenje prava priznate samo na radnike onih poduzeća u kojima je prema odredbama nacionalnih zakona rad sindikalnih predstavnika dopušten. Svrha zakonodavstva Zajednice nije, po mišljenju Suda, dopustiti različitim pravnim sustavima u okviru EZ-a prihvaćanje situacije u kojoj nema izabranih predstavnika radnika u poduzećima budući da je izbor predstavnika nužan kako bi se osiguralo poštivanje obveza utvrđenih direktivom. Sud je također ocijenio da pritom nije od značajca činjenica što direktive ne sadrže posebne odredbe koje bi propisivale obvezu država članica u kojima to nije učinjeno da previde mehanizme izbora radničkih predstavnika. Obveza je država članica da osiguraju informiranje i savjetovanje s radničkim predstavnicima, što se ne zahtijeva poslanje posebnih nacionalnih odredbi o imenovanju radničkih predstavnika. Blanpain, R., European Labour Law (2003), op. cit., str. 506-507.
dužnost države članice da, u cilju ispunjenja obveza iz Direktive, uredi način izbora radničkih predstavnika koje će poslodavac obavijestiti o namjeravanim otkazima i savjetovati se s njima o tom pitanju. Usprkos provedenim izmjenama zakonodavstva, odredbe o savjetovanju još uvijek nisu u potpunosti uskladene sa zahtjevima direktiva.

Naš zakonodavac nije ni novim zakonom uredio situaciju kada radnici u poduzeću nisu organizirani jer u poduzeću nije utemeljeno radničko vijeće, a ne djeluje ni sindikat koji, u pravilu, zamjenjuje radničko vijeće. Kako bi se rješenja uskladila s Direktivom, trebalo bi urediti izbor radničkih predstavnika kada oni ne djeluju kod poslodavca. U doktrini se predlaže propisivanje obveze poslodavca da u takvom slučaju o namjeri donošenja programa zbrinjavanja viška radnika izvijesti radnike na skupu radnika te da se na tom skupu izaberu radnički predstavnici koji će sudjelovati u postupku donošenja tog programa. Mislimo da je to dobro rješenje, jer se temelji na zakonom propisanom pravu radnika, odnosno obvezi poslodavca da saziva skupove radnika na kojima radnici mogu biti iz prve ruke obaviješteni o planiranim otkazima te mogu na demokratski način izabrati svoje predstavnike.

U njemačkom pravu prihvaćeno je stajalište da u pogonima u kojima ne postoji radničko vijeće, prirodno otpada i obveza sudjelovanja vijeća u postupku, kao i sindikata koji bi ga, u skladu s Direktivom, mogao zamijeniti. Kao argument za takvo stajalište navodi se da je Direktivom nacionalni zakonodavac ovlašten konkretizirati pojam zastupnika radnika svojim propisima, a u njemačkom pravu pod tим pojmom podrazumijeva se vijeće pogona.

Ovakvo stajalište suprotno je mišljenju Suda u slučaju *Commission v. United Kingdom*.

9.8.1.4.1.3. Cilj i sadržaj savjetovanja

Uz ranije spomenute ciljeve savjetovanja poslodavca s predstavnicima radnika u vezi s planiranim kolektivnim viškovima treba istaknuti poseban cilj, te u vezi s njime i sadržaj savjetovanja kako ga utvrđuje Direktiva. On se sastoji u postizanju sporazuma (reaching an agreement) o planiranim otkazima. Savjetovanje i informiranje moraju uključivati najmanje dva pitanja: prvo, načine i sredstva za sprječavanje otkazivanja radnicima ili ograničavanje njihova broja, te, drugo, načine i sredstva ublažavanja posljedica korištenjem popratnih

---

1266 Ista obveza postoji i u vezi s primjenom Direktive 77/187 o pravima radnika u slučaju prijenosa poduzeća.
1269 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 473.
1270 *v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 680 (Rn. 50).*
socijalnih mjera koje su, među ostalim, usmjerene na ponovno zapošljavanje (redploying) ili prekvalifikaciju (retraining) radnika koji predstavljaju višak (čl. 2. st. 2. al. 1.).

U ostvarivanju navedenog sadržaja položaj radničkih predstavnika različit je s obzirom na to je li nacionalnim pravom (praksom) propisano pravo da zatraže usluge stručnjaka, koje predviđa Direktiva (čl. 2. st. 2. al. 2.).

Ove ciljeve savjetovanja određuju i nacionalni zakoni: prema ZR-u to je otklanjanje potrebe za otkazivanjem, prema slovenskom ZDR-u postizanje sporazuma, a prema njemačkom KSchG-u sprječavanje ili smanjenje otkaza te ublažavanje njihovih posljedica.

Riječ je o vrlo jakom obliku savjetovanja koji briše granice između savjetovanja i kolektivnog pregovaranja, što je utvrdio i Europski sud u slučaju Commission v. United Kingdom. Savjetovanje ne smije biti samo formalno, već stvarno, a uređenje pitanja kolektivnog viška može dobiti oblik sporazuma između poslodavca i radničkog vijeća, ili kolektivnog ugovora. To je potvrđeno i u stajalištu Europskog suda u slučaju Junk, da članak 2. Direktive utvrđuje obvezu na pregovaranje (imposes an obligation to negotiate). Prema mišljenju Suda ta obveza bila bi ugrožena ako bi poslodavac smio okončati ugovore o radu tijekom postupka ili na početku tog postupka.

Da bi savjetovanje bilo učinkovito, a prijedlozi radničkih predstavnika konstruktivni (constructive proposals), poslodavac mora radničkim predstavnicima dati sve relevantne i korisne informacije te ih 'u svakom slučaju' u pisanom obliku izvijestiti o određenim pitanjima, koja su svrstana u šest grupa (čl. 2. st. 3. Direktive).

---

1271 No prema C. Barnard ovo je samo „blijedi odraz 'socijalnog plana' predviđenog njemačkim pravom". Autorica zaključuje kako činjenica što su u odredbi na prvo mjesto stavljene mjere sprječavanja kolektivnih otpuštanja upućuje na to da pisci Direktive nisu pretpostavljali da će do otkaza doći i da su smatraли da je sprječavanje otkaza barem toliko važno kao i garancija prava onima koji će dobiti otkaz.

1272 Postoji u Francuskoj, gdje se radnički predstavnici mogu zatražiti usluge tzv. expert comptable. Loc. cit.


1274 U tom slučaju (C-383/92, cit.) Sud je utvrdio da je cilj savjetovanja poslodavca s radničkim predstavnicima postizanje sporazuma, a ne samo savjetovanje s predstavnicima sindikata o namjeravanim otkazima, razmatranje njihova mišljenja i navođenje vlastitih razloga.


1276 Čl. 120. st. 2. ZR-a; čl. 97. ZDR-a; čl. 17. st. 2. KSchG-a.
Prvu grupu podataka čine razlozi za planirane otkaze; to su činjenice na kojima se temelji kolektivni višak. Prema ZR-u podaci koje treba navesti jesu zvanje i radno mjesto, te dob i spol radnika koji bi mogli biti višak, odnosno biti će obuhvaćeni otkazivanjem. Treća grupa podataka odnosi se na broj radnika koje poduzeće redovito zapošljava (prema ZR-u: ukupno zaposleni radnici), a četvrta na vremensko razdoblje, odnosno rok u kojem poslodavac namjerava otkazati ugovore o radu. Peto, kriteriji za izbor radnika kojima poslodavac namjerava otkazati ugovor jesu kriteriji koje poslodavac predlaže, ako je na to ovlašten nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom. U hrvatskom pravu to su kriteriji za odlučivanje o poslovno i osobno uvjetovanom otkazu, tzv. kriteriji socijalnog izbora: trajanje radnog odnosa, starost, invalidnost i obveze uzdržavanja koje terete radnika (čl. 107. st. 3. ZR-a; isto čl. 1. st. 3. al. 1. KSChG-a), te 'dodatni kriteriji' o kojima će poslodavac voditi računa pri odlučivanju o otkazivanju. Posljednji podatak odnosi se na način računanja otpremnine, ako se razlikuje od načina predviđenog nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom (zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca). Ovde je riječ o povećanoj otpremnini i drugim davanjima, koje poslodavac namjerava isplatiti radnicima kojima prestaje radni odnos, uz otpremninu propisanu zakonom. Ovako određeni podaci, o kojima poslodavac mora obavijestiti radničko vijeće i nadležnu javnu službu, istovremeno su obavezni dio programa zbrinjavanja viška radnika koji poslodavac mora izraditi prema njemačkom, hrvatskom i slovenskom pravu. Na temelju njih radnički predstavnici mogu dobiti široku sliku o planiranom smanjenju poduzeća, kao i ekonomskim uzrocima, konkurentima i budućim razvoju poduzeća.

Podaci se radničkom vijeću moraju dostaviti u pisanom obliku. Prema Direktivi poslodavac mora kopiju pisane obavijesti dostaviti nadležnom tijelu javne vlasti (čl. 2. st. 3.):

1280 Kriteriji izbora radnika i metode izračuna naknada dodani su Direktivom br. 92/56.
1283 Usklađeno novim ZR-om, usp. loc. cit.
1284 Potočnjak, Ž., Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 30.
isto čl. 17. st. 3. al. 1. KSchG-a; čl. 97. st. 3. ZDR-a).\textsuperscript{1286} Naš zakonodavac propustio je propisati ovu obvezu poslodavca pa bi se \emph{de lege ferenda} to moralo posebno urediti.

Po završetku savjetovanja s poslodavcem predstavnici radnika iznose svoje mišljenje. Prema ZR-u radničko vijeće ima rok od 8 dana za izjašnjavanje o namjerama poslodavca, a može zatražiti i dodatni sastanak s poslodavcem (čl. 149. st. 2. i 3. ZR-a).\textsuperscript{1287} Odbijanje poslodavca da prihvati održavanje takvog sastanka i očituje se o primjedbama i prijedlozima radničkog vijeća (sindikalnog povjerenika) može utjecati na zakonitost postupka donošenja programa zbrinjavanja viška radnika, a time i na zakonitost na tom programu zasnovanih pojedinačnih otkaza.\textsuperscript{1288} Prema odredbi Direktive predstavnici radnika mogu svoje mišljenje dostaviti nadležnoj javnoj vlasti.\textsuperscript{1289}

Važno je istaknuti kako dužnost savjetovanja i dostavljanja podataka radničkom vijeću i nadležnom tijelu javne vlasti obvezuje i poslodavac i poduzeće (duštvu) koje nadzire poslodavca (tzv. vladajuće poduzeće (dušstvo)).\textsuperscript{1290} U slučaju povrede ove obveze poslodavac se ne može pozivati na činjenicu što mu poduzetnik koji je donio odluku čija su posljedica kolektivni otkazi radnicima, nije dao neophodne informacije (čl. 2. st. 4. Direktive). Ova je odredba najznačajnija dopuna učinjena Direktivom 92/56. Unesena je kao rezultat jačanja transnacionalizacije trgovačkih poduhvata, što je rezultiralo složenim korporativnim strukturama. U takvim okolnostima velika je mogućnost da odluke o radnoj snazi donosi poduzeće koje nadzire poslodavca i koje nema sjedište u nekoj od država članica.

Obveza nadziranog poduzeća da prikuplja podatke propisana je upravo kako bi se izbjegao problem ekstrateritorijalnosti.\textsuperscript{1291}

\textsuperscript{1286} U njemačkoj sudskoj praksi utvrđeno je da iako usmena obavijest radničkom vijeću nije dovoljna, nedostatak pisane forme ne utječe na valjanost kasnije obavijesti (\emph{Anzeige}) nadležnoj javnoj službi (agenciji za rad, \emph{Agentur für Arbeit}), ako se radničko vijeće s time suglasilo i ako je moglo dati svoje mišljenje. Ako, pak, poslodavac uopće nije obavijestio radničko vijeće, postupak obavještavanja nadležne javne službe nije valjan. v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 682 (Rn. 56); suprotno Moll, u: A/P/S, op. cit., str. 855 i d. (Rn. 75 i d.).

\textsuperscript{1287} Potočnjak, Ž., Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 30.

\textsuperscript{1288} Loc. cit.

\textsuperscript{1289} U njemačkom pravu to je obveza poslodavca, koji je agenciji za rad dužan, uz obavijest, dostaviti i mišljenje radničkog vijeća. Vijeće mora mišljenje o prihvaćanju ili odbijanju predloženih mjera obrazložiti, prije svega sa stajališta posljedica koje otakivanje može imati za radnike. Čak i ako vijeće ne dade svoje mišljenje, obavijest poslodavca agenciji za rad bit će valjana, ako poslodavac dokaže da je obavijestio vijeće najmanje dva tjedna prije slanja obavijesti agenciji te opiše tijek savjetovanja (čl. 17. st. 3. al. 2. i 3. KSchG-a).

\textsuperscript{1290} Eng. \emph{undertaking controlling the employer}; njem. \emph{herrschende Unternehmen}); poduzeće koje ima vladajući utjecaj; nije odlučujuće ima li jedinstvenu upravu (koncernska veza, \emph{Konzernbindung}).

\textsuperscript{1291} Izvješće Komisije, XXth report on Competition Policy, COM(94)300, 2. Barnard, C., EC Employment Law (2000), op. cit., str. 495. Ovakvo rješenje ocjenjuje se suprotnim odredbama Direktive br. 94/45/EZ o europskim radničkim vijećima, koje vijećima daju značajna prava u odnosu na središnju upravu, u skladu s aktualnom tendencijom decentralizacije odlučivanja u korporativnim poduzećima. Loc. cit.
9.8.1.4.2. Obveza obavještavanja nadležne javne vlasti

Drugi korak koji je poslodavac dužan poduzeti u postupku otkazivanja zbog kolektivnog viška radnika jest obavještavanje nadležne javne vlasti (competent public authority) o planiranom kolektivnom višku. Učinci planiranog otkazivanja time se od trenutka dane obavijesti odgađaju za određeno razdoblje koje nadležna javna vlast treba iskoristiti za traženje rješenja problema koje bi planirani kolektivni višak radnika mogao uzrokovati.

Ipak, ograničena je uloga koju, u skladu s Direktivom, imaju nadležne javne vlasti u postupku kolektivnih otkaza. Tako je obveza poslodavca prema nadležnoj javnoj vlasti u judikaturi Europskog suda ocijenjena kao (tek, op. a.) „administrativna obveza“ obavještavanja nadležne javne vlasti u pisanom obliku o planiranom kolektivnom višku. Naime, poslodavac je to dužan učiniti tek kada stvarno planira otkazati višku radnika, a ne u ranijoj fazi, kao što je to slučaj u odnosu na predstavnike radnika.1292 Zbog protivljenja Ujedinjenog Kraljevstva nije prihvaćeno rješenje kojim bi se uloga nadležne javne vlasti utemeljila na načelu koje joj daje snažnu ovlast davanja odobrenja ili zabranjivanja kolektivnih viškova,1293 kao što je poznaju francusko i, do nedavno, nizozemsko zakonodavstvo.

Također, državama članicama dana je mogućnost da u slučaju kada je kolektivni višak rezultat prestanka rada poduzeća na temelju sudske odluke, ovu obvezu ublaži propisivanjem da će obveza obavještavanja postojati samo ako nadležna javna vlast to zahtijeva (čl. 3. st. 1. al. 1. i 2. Direktive).

9.8.1.4.2.1. Podaci u obavijesti i sadržaj savjetovanja

Odredba čl. 121. ZR-a propisuje obvezu poslodavca da se savjetuje s nadležnom službom zapošljavanja ako i nakon provedenog savjetovanja s radničkim vijećem namjerava poslovno uvjetovanim otkazom otkazati ugovore o radu. Poslodavac je u takvom slučaju obvezan izraditi program zbrinjavanja viška radnika, a obraćanje nadležnoj službi zapošljavanja mora uslijediti tijekom izrade tog programa.

Sadržaj savjetovanja s nadležnom službom jesu „mogućnosti uključivanja radnika u programe aktivne politike zapošljavanja“. Iz odredbe nije jasno koje podatke poslodavac mora dati nadležnoj službi zapošljavanja kako bi proveo savjetovanje. Kako je riječ o razdoblju tijekom kojeg se izrađuje program zbrinjavanja viška radnika, to može biti učinjeno

1292 Ibid., str. 496.
u obliku nacrta (prijedloga) takvog programa. Program (odnosno njegov nacrt) treba sadržavati: 1. podatke koje je poslodavac bio dužan dati radničkom vijeću u postupku savjetovanja, te 2. druge podatke: a) o mjerama kojima je moguće riješiti višak radnika (promjene u tehnologiji i organizaciji rada u cilju zbrinjavanja viška radnika, zapošljavanje radnika na drugim poslovima, pronalaženje zaposlenja kod drugog poslodavca, rad u nepunom radnom vremenu, prekvalifikacija ili dokvalifikacija radnika), kao i b) izjašnjenja poslodavca o primjedbama i prijedlozima radničkog vijeća, posebno o mjerama za sprječavanje ili ograničenje na najmanju mjeru očekivanih otkaza te o mjerama ublažavanja štetnih posljedica otkaza ugovora o radu (čl. 121. st. 3. ZR-a).  

Ovi podaci predstavljaju upravo one relevantne informacije koje je prema čl. 3. st. 2. Direktive poslodavac obvezan dostaviti nadležnoj javnoj vlasti, pa bi dostavljanjem nacrta programa bila ispunjena obveza iz Direktive. No mišljenja smo da bi u zakonu to trebalo izričito utvrditi jer nepotpuna pravna norma sada na to ne upućuje.

Prema ZR-u predmet savjetovanja poslodavca s nadležnom službom zapošljavanja jesu 'mogućnosti uključivanja radnika u programe aktivne politike zapošljavanja'. To sadržajno odgovara pojmu aktivnosti na 'pronalaženju rješenja za probleme stvorene planiranim kolektivnim viškovima', koji koristi Direktiva (čl. 4. st. 2.). Direktivom je rok za provođenje ovih aktivnosti nadležne službe ograničen na razdoblje od 30 dana od primitka obavijesti o planiranim kolektivnim viškovima od poslodavca, a za to vrijeme poslodavac ne može izrečiti planirane otkaze (čl. 4. st. 1. Direktive).

Direktivom je propisana obveza poslodavca da kopiju obavijesti koju je slao nadležnoj javnoj vlasti dostaviti i radničkim predstavnicima, a oni su ovlašteni dostaviti svoje primjedbe nadležnoj javnoj vlasti. ZR je propustio propisati ovu obvezu, koja bi se u skladu s navedenim stajalištem odnosila na dostavu nacrta programa zbrinjavanja viška radnika. Čini se da niti druge odredbe u ovom dijelu zakona ne upućuju na to da je poslodavac obvezan dostaviti nacrt programa radničkom vijeću. Dođuše, u st. 4. čl. 121. propisana je obveza poslodavca da se u izradi programa zbrinjavanja viška radnika izjasni o primjedbama i prijedlozima.
radničkog vijeća, posebno o mjerama radi sprječavanja ili ograničavanja na najmanju mjeru očekivanih otkaza ugovora o radu, kao i mjerama ublažavanja štetnih posljedica otkaza. No ovde je riječ o primjedbama i prijedlozima koje je radničko vijeće dalo tijekom postupka savjetovanja, koje prethodi donošenju programa zbrinjavanja viška radnika. Ipak, obveza poslodavca da radničkom vijeću dostavi nacrta programa zbrinjavanja viška radnika može se izvesti iz odredbe čl. 149., o obvezi poslodavca da se prije donošenja odluke važne za položaj radnika o namjeravanoj odluci savjetuje s radničkim vijećem, kojem je prethodno obvezan dostaviti podatke važne za donošenje odluke i sagledavanje njenog utjecaja na položaj radnika. Takve je naravi i odluka o izradi programa zbrinjavanja viška radnika.\textsuperscript{1297}

9.8.1.4.2.3. Odgoda otkazivanja i moguće mjere

Kako bi se nadležnoj javnoj vlasti omogućilo traženje rješenja za probleme vezane uz planirano kolektivno otpuštanje radnika, Direktivom je propisan obvezan rok za koji se \textit{odgada} planirani kolektivni višak. Do kolektivnog otkazivanja radnicima, u pravilu, ne može doći prije isteka razdoblja od 30 dana od dana kada je poslodavac obavijestio o tome nadležnu javnu vlast (tzv. inicijalno razdoblje), čime se ne zadire u primjenu odredbi (nacionalnog prava, op.a.) koje uređuju pojedinačna prava u vezi s obavijesti o otkazu (čl. 4. st. 1.). Svrha je pozivanja na nacionalne odredbe koje uređuju obavijest o otkazu zajamčiti primjenu otkaznih rokova utvrđenih nacionalnim pravom duljih od 30-dnevog roka iz Direktive.\textsuperscript{1298}

S ovom odredbom Direktive usklađena je odredba ZR-a da poslodavac ne smije otkazati radnicima za koje je izrađen program zbrinjavanja viška radnika u roku od 30 dana od dana dostave programa nadležnoj javnoj službi zapošljavanja (čl. 122. st. 4.).

Direktiva nije uputila na rješenja koja bi nadležna javna vlast mogla u navedenom razdoblju predložiti. Zato je njezin karakter samo programske naravi, a moguća su rješenja zapošljavanje radnika, prekvalifikacija i sl.\textsuperscript{1299} Nejasno je treba li nadležna javna vlast poduzimati mjere sprječavanja otkazivanja ili, pak, zbrinjavanja radnika koji će zbog otkaza biti nezaposleni.\textsuperscript{1300} U slučaju \textit{Junk generalni je odvjetnik Tizzano ocijenio da bi to trebalo biti zbrinjavanje viška radnika}.\textsuperscript{1301}

\textsuperscript{1297} Kovač, Suzana, Postupak zbrinjavanja viška radnika prema novom Zakonu o radu, \textit{RP}, br. 2, 2010., str. 7.


\textsuperscript{1299} Tako Blanpain, R., \textit{European Labour Law} (2003), op. cit., str. 507.


\textsuperscript{1301} Prema njegovu mišljenju stadij savjetovanja iz čl. 2. i stadij obavještavanja iz čl. 3. treba promatrati kao odvojene, konsekutivne stadije, koji imaju različitou svrhu: stadij obavještavanja odnosi se na posljedice viška radnika ili probleme njime uzrokovane, dok se stadij savjetovanja tiče „postupanja (upravljanja)” s posljedicama viška radnika. Zbog toga je, prema mišljenju Suda u istom slučaju, ugovore o radu moguće okončati tijekom
Države članice mogu ovlastiti nadležnu javnu vlast na skraćenje kao i produljenje navedenog (početnog) roka. O produljenju i razlozima za to valja izvijestiti poslodavca (ne i radničke predstavnike) prije isteka početnog razdoblja (čl. 4. st. 3. al. 2.). Države članice mogu odredbu članka 4. isključiti kada su kolektivni otkazi posljedica prestanka poduzeća na temelju sudske odluke (čl. 4. st. 4.).

Mogućnost produljenja inicijalnog razdoblja predviđena je i našim ZR-om. Nadležna služba zapošljavanja može, naime, naložiti odgodu provođenja otkazivanja svim ili pojedinim radnicima za koje je izrađen program zbrinjavanja viška radnika za najduže tri mjeseca, ako za to postoje opravdani važni gospodarski ili socijalni razlozi ili ako će se u odgođenom razdoblju na radnika primijeniti mjere aktivne politike zapošljavanja (čl. 122. st. 5. ZR-a), što je u skladu s odredbama Direktive. Obavijest o tome nadležna služba zapošljavanja mora dati u očitovanju o programu u roku od 8 dana (čl. 122. st. 3.), što je također uskladeno s odredbom Direktive da poslodavac mora biti obaviješten o produljenju i razlozima produljenja roka otkazivanja prije isteka inicijalnog razdoblja (od 30 dana) (čl. 4. st. 3. al. 3. Direktive). Prema mišljenju Ž. Potočnjaka odluka o odgodi mora biti donesena u formi upravnog akta, jer se njome značajno ograničavaju ustavom zajamčena poduzetnička prava poslodavaca: sloboda poduzetništva i sloboda rada.

Može se zaključiti da hrvatski zakonodavac nije u potpunosti uskadio odredbe novog ZR-a s odredbama Direktive o kolektivnim viškovima radnika, na što je upozoreno u prethodnom dijelu rada. Postupak obavještavanja i savjetovanja s radničkim vijećem, kao i obavještavanja i savjetovanja s nadležnom javnom službom zapošljavanja složeniji je, a nije jasno ureden. Ovako uredeni postupak ocjenjuje se prilično zahtjevnim i skupim, a ne pridonosi povećanju učinkovitosti hrvatskog sustava radnih odnosa.

Postupka obavještavanja pod uvjetom da je takav prestanak uslijedio nakon što je o planiranom višku bila obaviještena nadležna javna vlast. Ibid., str. 684.


Upravni akt bi morao sadržavati obrazloženje važnih gospodarskih i socijalnih okolnosti zbog kojih je donesena takva odluka. Poslodavac bi trebao imati pravo na žalbu drugostupanjskom organu, a i na sudsku zaštitu tužbom Upravnim sudu RH. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 455.

Potočnjak, Ž., Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 31.
9.8.1.5. Program zbrinjavanja viška radnika

Istodobni otkaz većem broju radnika ima negativne posljedice i za radnike kojima je otkazano i za širu zajednicu. Ti se radnici pojavljuju na tržištu rada, a u uvjetima aktualne svjetske recesije, rastuće nezaposlenosti i stagnacije gospodarstva postaju veliki socijalni, ekonomski i politički problem.

Program zbrinjavanja viška radnika (engl. redundancy social security plan; njem. Sozialplan; franc. plan social en cas de licenciements collectifs; slov. program razreševanja presežnih delavcev) jedna je od mjera kojom se od radnika, ali i šire društvene zajednice, nastoje otkloniti ili ublažiti štetne posljedice otkaza ugovora o radu u slučaju kada postoji mogućnost da poslodavac u kraćem roku otkaze veći broj ugovora o radu.\textsuperscript{1306}

Svoje izvorište program zbrinjavanja viška radnika ima u njemačkom pravu, gdje je uređen odredbama BetrVG-a. Ako se poslodavac i radničko vijeće suglašu oko otklanjanja ili ublažavanja štetnih ekonomskih posljedica koje će radnici pretrpjeti zbog planirane promjene poduzeća,\textsuperscript{1307} o tome se moraju očitovati u pisanom obliku i to očitovanje potpisati. Socijalni plan (Sozialplan) ima učinke sporazuma poslodavca s radničkim vijećem (čl. 112. BetrVG-a). Isto vrijedi i za austrijsko pravo (čl. 109. ArbVG-a).

U našem pravu obveza izrade programa zbrinjavanja viška radnika postoji ako su kumulativno ispunjene tri pretpostavke (kriterija): da poslodavac namjerava otkazati ugovore o radu poslovno uvjetovanim otkazom; da planira otkazati najmanje 20 ugovora te da to namjerava učiniti u razdoblju od 90 dana.\textsuperscript{1308} I u slovenskom pravu program zbrinjavanja viška radnika predviđen je samo za otkaze koje se planira zbog poslovnih razloga (čl. 99. ZDR-a). Prema francuskom Code du travail socijalni plan mora izraditi poslodavac koji planira otkazati ugovore o radu najmanje desetorici radnika u poduzeću koje zapošljava najmanje 50 radnika (čl. L. 321-4-1).

9.8.1.5.1. Sadržaj programa

Program zbrinjavanja viška radnika prema ZR-u mora sadržavati podatke o sljedećem: razlozima za namjeravane otkaze; broju ukupno zaposlenih radnika; broju, dobi, spolu, zvanju i radnom mjestu radnika koji bi mogli biti višak, odnosno koji će biti obuhvaćeni otkazivanjem; roku u kojem poslodavac namjerava otkazati ugovore o radu; kriterijima:

\textsuperscript{1306} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 449.
\textsuperscript{1307} Neke od štetnih posljedica primjerično su nabrojene u čl. 112. st. 5. toč. 1. BetrVG-a: smanjenje plaće, gubitak posebnih primanja, ili gubitak primanja iz mirovinskog osiguranja unutar poduzeća, troškovi preseljenja ili povećani troškovi prijevoza. Najvažniji i financijski najbitniji element socijalnog plana jest isplata otpremnine radnicima koji zbog promjena u poduzeću gube radna mjesta. Zöllner/Loritz, K-G., op. cit., str. 596.
\textsuperscript{1308} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 450.
Sadržaj programa zbrinjavanja viška radnika prema slovenskom ZDR-u uži je 1309 jer su izostavljeni podaci koje je poslodavac bio dužan navesti ranije, u obavijesti radničkom vijeću, odnosno prilikom savjetovanja s radničkim vijećem (čl. 97. st. 1 i 2.).

**Kriteriji** za odlučivanje o izboru radnika kojima će se otkazati čine obvezni dio sadržaja programa prema ZR-u. To su, prije svega, kriteriji tzv. socijalnog izbora: trajanje radnog odnosa, starost, invalidnost i obveze uzdržavanja koje terete radnika. Ako poslodavac želi koristiti i neke druge, dodatne kriterije, treba ih navesti u programu. Zakon nije odredio o kojim dodatnim kriterijima može biti riječ, kao ni hijerarhiju kriterija. Poslodavac je, u pravilu, slobodan odrediti njihovu važnost. 1310

Općenito, moguće je razlikovati dvije vrste kriterija koji se primjenjuju kod izbora radnika kojima će se otkazati. To su, prvo, kriteriji usmjereni na zadržavanje u radnom odnosu onih radnika koji bi vjerojatno trpjeli najveće posljedice zbog gubitka posla (kriteriji duljine radnog odnosa, dobi, obiteljskog i zdravstvenog stanja) te, drugo, kriteriji čija je svrha zaštita interesa poduzeća poduzeća da zadrži najkvalificirane radnike (kriteriji sposobnosti, kvalifikacija, učinkovitosti i prilagodljivosti). Prvu vrstu najčešće ističu radnički predstavnici, a drugu poslodavci, odnosno uprava. 1311

U Francuskoj zakon propisuje da se kriteriji moraju utvrditi kolektivnim ugovorom, a ako to nije učinjeno, onda radnim redom kada o hijerarhiji kriterija odlučuje poslodavac. Pritom treba obavezno uzeti u obzir kriterije obveza uzdržavanja, duljine radnog staža i profesionalnih kvalifikacija. U Njemačkoj se kriteriji izbora moraju utvrditi u suglasnosti s

---

1309 Obuhvaća: razloge prestanka potrebe za radom radnika; mjere za sprječavanje ili što veće smanjenje prestanaka radnog odnosa radnika i obvezi poslodavca da ispita mogućnost zaposlenja uz izmijenjene uvjete; popis radnika koji su višak; mjere i kriterije za izbor mjera za ublažavanje štetnih posljedica prestanka radnog odnosa (ponuda zaposlenja kod drugog poslodavca, osiguranje novčane pomoći, osiguranje pomoći za početak samostalne djelatnosti, dokup staža osiguranja); te troškove programa (čl. 99. ZDR-a).


1311 Kriteriji mogu biti utvrđeni zakonima, kolektivnim ugovorima, ili radnim redom, ili ih može ad hoc određivati uprava samostalno, ili pregovaranjem s radničkim predstavnicima. Yemin, E., op. cit., str. 24-25.
radničkim vijećem, a ako to nije moguće, utvrđuje ih mirovno vijeće (čl. 112. st. 2. BetrVG-a). U slovenskom pravu kriteriji su primjerično propisani zakonom.\(^{1312}\)

9.8.1.5.2. Uloga radničkog vijeća i službe zapošljavanja pri izradi i donošenju programa

Ranije je bilo riječi o ovlaštenjima i ulozi radničkog vijeća i službe zapošljavanja pri utvrđivanju i rješavanju kolektivnih viškova pa se ovdje daje kratak prikaz.

Poslodavac koji je, odlučivši nakon savjetovanja s radničkim vijećem otkazati ugovore o radu, pristupio izradi programa zbrinjavanja viška radnika mora se tijekom izrade programa savjetovati s nadležnom javnom službom zapošljavanja o mogućnostima uključivanja radnika u programe aktivne politike zapošljavanja. U izradi programa dužan je izjasniti se o primjedbama i prijedlozima radničkog vijeća te posebno o mjerama koje bi trebalo poduzeti za sprječavanje ili ograničavanje otkaza, odnosno ublažavanja posljedica otkaza, koje mu je radničko vijeće dalo ranije, u fazi obavještavanja i savjetovanja. To očitovanje može biti dano u obrazloženju odluke (akta) o donošenju programa zbrinjavanja viška radnika.\(^{1313}\)

Konačni program poslodavac je dužan dostaviti službi zapošljavanja i radničkom vijeću, koji se mogu o njemu očitovati. Radničko vijeće može poslodavcu i službi zapošljavanja dostaviti svoje primjedbe i prijedloge o programu. Nadležna služba zapošljavanja obvezna je u roku od 8 dana od primitka programa očitovati o programu.\(^{1314}\) U svome očitovanju služba zapošljavanja može odgoditi provođenje otkazivanja za najduže tri mjeseca ako za to postoje opravdani razlozi gospodarske ili socijalne naravi, ili će se na radnika u tom razdoblju primijeniti mjere aktivne politike zapošljavanja. Stajalište radničkog vijeća i službe zapošljavanja o programu može imati oblik savjeta, odnosno mišljenja o programu, ali i prijedloga i primjedbi što izmijeniti. Mišljenje službe zapošljavanja ne mora biti u obliku upravnog akta.\(^{1315}\) Novim zakonom brisana je odredba prema kojoj je poslodavac bio obvezan o donesenom programu obavijestiti radnike na koje se odnosi namjera otkazivanja.

---

\(^{1312}\) To su: stručno obrazovanje radnika ili osposobljenost za rad i potrebna dodatna znanja i sposobnosti; radno iskustvo; radna uspješnost; radni staž; zdravstveno stanje; socijalno stanje radnika; da je roditelj troje ili više malodobne djece, ili je jedini hranitelj obitelji s malodobnom djecom (čl. 100. ZDR-a).

\(^{1313}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 453.

\(^{1314}\) Službi zapošljavanja dana je tako u našem pravu još značajnija uloga, jer se može još jednom izjasniti o programu zbrinjavanja viška radnika, doduše, kao dokumentu koji je sada u konačnom obliku.

\(^{1315}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 453.
9.8.1.6. Posljedice propusta poslodavca da donese program zbrinjavanja viška radnika ili nepoštivanja pravila postupka kolektivnog viška radnika

Propust poslodavca da donese program zbrinjavanja viška radnika ili nepoštivanje propisanog postupka utvrđivanja kolektivnog viška radnika ima za posljedicu ništetnost odluke o otkazu, u skladu s odredbom čl. 149. st. 12. ZR-a (o ništetnosti odluke poslodavca donesene protivno odredbama ZR-a o obvezi savjetovanja s radničkim vijećem).

Propitujući pravnu narav obveze obavještavanja nadležnog tijela vlasti njemačka doktrina određuje je kao pretpostavku dopuštenosti kolektivnih otkaza. Za povredu ove obveze nisu propisane nikakve druge sankcije osim posljedice nedopuštenosti otkaza.1316

Ništetnost kolektivnih otkaza provedenih suprotno odredbama Direktive propisuje pravo nekoliko država članica.1317 Ova sankcija bila je predviđena i Nacrtom Direktive, ali je, zbog protivljenja ECOSOC-a, britanske vlade i poslodavaca, izbačena iz konačnog teksta, te je usvojena odredba čl. 6.1318 Njome je propisana obveza država članica da osiguraju sudski i/ili upravni postupak za izvršenje obveza iz Direktive, koji će biti dostupni radničkim predstavnicima i/ili radnicima. Ovo je nova odredba u odnosu na prethodne dvije direkтиve, koje nisu sadržavale izričitu odredbu o pravnim lijekovima u slučaju propusta poslodavca da udovolji obvezama propisanim direktivama. To je, ipak, ispravljeno kroz sudsku praksu.1319

1319 U slučaju Commission v. UK (Case C-383/92, cit.) Sud je naglasio kako države članice moraju osigurati sankcioniranje povrede prava Zajednice pod postupovnoopravnim i materijalnoopravnim uvjetima sličnim onima što se primjenjuju na kršenja nacionalnog prava i na temelju kojih se izriče učinkovita i primjerena sankcija koja djeluje i preventivno. U navedenom je slučaju Sud ocijenio da je britansko pravo, dopuštajući zaštitu naknadu (protective award), koju plaća poslodavac zbog propuštanja da se savjetuje s predstavnicima radnika koji su dobili otkaz, a koja može biti izjednačena u potpunosti ili dijelom s drugim naknadama koje poslodavac duguje posloprimcima, lišilo ovu sankciju praktičnog učinka i preventivnog značaja.
9.8.2. Otkaz ugovora o radu u slučaju statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća

9.8.2.1. Općenito

Aktualni ekonomski trendovi uzrokuju promjene u strukturi poduzeća kroz različite oblike prijenosa poduzeća. U slučaju promjena na strani poslodavca potrebno je zaštititi radnike, posebice njihova prava. Sigurnost radnog odnosa, odnosno zaštita radnika od otkaza, jedno je od temeljnih pitanja. Zbog promjene poslodavca radnici ne smiju izgubiti svoja radna mjesta. Radni odnos koji je postojao između radnika i ranijeg poslodavca prenosi se, u pravilu, na novog poslodavca. Iako se ugovor o radu u pravilu odnosi na stranke koje su ga izvorno sklopile, radni odnos zasnovan tim ugovorom može se nastaviti s drugom osobom na strani poslodavca. Institut nastavljanja radnog odnosa s drugom osobom na strani poslodavca naziva se u ZR-u prenošenjem ugovora o radu na novog poslodavca.

Značaj zaštite radnika u slučaju prijenosa poduzeća prepoznat je i na razini EU. Donesene su tri Direktive o prijenosu poduzeća, koje radnicima jamče tri razine zaštite prava, između ostaloga i zaštitu od otkaza.

Jedan od zakonodavnih uzora pri izradi teksta prve od triju direktiva (Direktive 77/187/EEZ) bilo je francusko pravo, točnije Code civil, iako su na kraju prihvaćene odredbe koje su puno blaže od onih predloženih u više njezinih nacrta. Code civil propisuje da u slučaju promjene pravnog položaja poslodavca svi ugovori o radu koji postoje u trenutku neke od promjena nastavljaju postojati između novog poslodavca i radnika tog poduzeća. Ovakvo rješenje zahtijevali su poslodavci kako bi se novome poslodavcu osigurala potrebna radna snaga, odnosno vještine i znanje za upravljanje opremom koja se na njega prenosi. Suprotni primjer nalazimo u zakonodavstvu UK. U skladu sa shvaćanjem da je ugovor o radu osobni ugovor i da ne može biti prenesen na drugog poslodavca, novi poslodavac ne može očekivati prenošenje obrazovane i osposobljene radne snage niti može radnicima jamčiti sigurnost radnog mjesta.

Cilj koji se želi postići Direktivom 2001/23/EZ jest osigurati zaštitu prava radnika u slučaju promjene poslodavca, kroz garanciju ostajanja u radnom odnosu s novim

1320 Preambula Direktive br. 77/187/EEZ.
1321 Steffan, Ralf, § 613 a BGB, u: A/P/S, str. 1252 (Rn. 1).
1322 Gović, Iris, Prenošenje ugovora o radu na novoga poslodavca, u: Radni odnosi u RH, op. cit., str. 323.
1323 Direktiva 77/187/EEZ o ujednačavanju pravnih propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, pogona ili dijela pogona, Direktiva 98/50/EZ (istog naziva) i Direktiva 2001/23/EZ o ujednačavanju pravnih propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, djelatnosti, dijela poduzeća ili dijela djelatnosti, kojim su kodificirane ranije dvije direktive.

Prema Direktivi zaštita posloprimaca\footnote{Pojam 'posloprimac' definira se kao „svaka osoba koja je, u odnosnoj državi članici, zaštićena kao posloprimac prema nacionalnom radnom pravu” (čl. 2 st. 1. Ovo znači da se Direktiva neće primjenjivati na državne službenike ako se na njih ne primjenjuje radno pravo na snazi u državi članici. Europski sud u ovom slučaju nije inzistirao na stvaranju pojma ‘posloprimac’ u smislu prava Zajednice, što je objasnio u slučaju Danmols Inventar (cit. i kao Foreningen, Case 105/84 Danmols Inventar [1985] ECR 2639), u kojem navodi kako je svrha Direktive postići djelomičnu harmonizaciju, a cilj je osigurati, koliko je to moguće, nastavak neizmijenjenog ugovora o radu ili radnog odnosa s preuzimateljem.} ostvaruje se kroz tri stupa: prvi, automatsko prenošenje radnog odnosa,\footnote{Utvrđivanje postoji li ili ne ugovor o radu ili radni odnos prepušteno je nacionalnom zakonodavcu, ali države članice ne smiju isključiti primjenu Direktive na ugovore o radu samo zbog postojanja nekog od sljedećih razloga: broja radnih sati koji su odrađeni ili će biti odrađeni; jer je riječ o radnim odnosima na temelju ugovora o radu na određeno vrijeme; jer je riječ o privremenom radnom odnosu, a poduzeće koje se prenosi jest agencija za privremeno zapošljavanje koje je poslodavac (čl. 2. st. 2). Dodatni kriterij za određivanje personalnog područja važenja Direktive razvila je sudarska praksa. Prema njemu, mora biti riječ o posloprimcima koji su za vrijeme svoga radnog dana u potpunosti angažirani u dijelu poduzeća za koje je posloprimac dodijeljen (was assigned). COJ, 14 November 1996, Claude Rotsaett de Hertaing v. J. Benoidt SA, in liquidation and others, C-305/94 [1996] ECR 5927). Prava iz Direktive uživaju posloprimci koji su, u poduzeću koje se prenosi, bili 'zaposleni u trenutku njegova prenošenja'.} sa svim pravima i obvezama koje iz njega proizlaze, s prenositelja (transferor) na preuzimatelja (transferee) u slučaju prijenosa; drugi, zaštitu radnika od otkaza od strane prenositelja ili preuzimatelja te treći, obvezu prenositelja i preuzimatelja da obavijeste i savjetuju se s predstavnicima radnika koji su obuhvaćeni postupkom prijenosa poduzeća. Ova prava predstavljaju minimum zaštite.\footnote{Države članice mogu primijeniti zakone, propise ili upravne akte koji su povoljniji za radnike, ili unaprjeđivati ili dopuštati primjenu kolektivnih ugovora ili ugovora među socijalnim partnerima koji su za radnike povoljniji (čl. 8). Važno je istaknuti da Direktiva predviđa pravne lijekove za slučaj ako prenositelj ili preuzimatelj krše prava radnika i njihovih predstavnika. Direktive omeđuju prenošenje zakonodavstveni zahtjev u budućnosti. Prema ZR-u to je utvrđeno odredbom čl. 133. st. 15., prema kojoj će osobu koja prenošenjem poduzeća ili na drugi način zlonamjerno ispunjene obveze koje ima prema radniku, nadležni sud na zahtjev radnika obvezati na ispunjenje njezinih obveza i u slučaju da ugovor o radu nije sklopljen, u smislu onog koji je poduzeće moguće, nastavak neizmijenjenog ugovora o radu ili radnog odnosa s preuzimateljem.} Valja naglasiti...
da se Direktivom željela postići samo djelomična harmonizacija, i to proširenjem zaštite zajamčene radnicima zakonima pojedine države članice na slučajeve prijenosa poduzeća.\footnote{Više Barnard, C., EC Employment Law (2000), op. cit., str. 448. Direktivi su upućene brojne kritike, prije svega ona da ograničava slobodno poduzetništvo.}

Zaštita stečenih prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća uređena je u ZR-u odredbama čl. 133. o prenošenju ugovora na novog poslodavca. Odredba je gotovo u potpunosti usklađena s Direktivom 2001/23/EZ. Uređuje, među ostalim, pitanja: prenošenja svih ugovora o radu radnika na novog poslodavca; zadržavanja stečenih prava radnika; obveza novog i starog poslodavca; sadržaja obavijesti radničkog vijeća i radnika o prijenosu poduzeća; položaja radničkog vijeća; produžene primjene kolektivnog ugovora; solidarne odgovornosti oba poslodavaca za obveze; ovlasti suda u vezi sa zlonamjernim izbjegavanjem ispunjenja obveza prema radniku. Valja naglasiti da ZR ne sadrži odredbu o tome da prijenos poduzeća ne smije sam po sebi predstavljati razlog za otkaz od strane poslodavca prenositelja ili preuzimatelja. U \textbf{njemačkom} pravu zabranjena otkazivanja radnicima zbog prijenosa pogona uređena je odredbama čl. 613 a BGB-a, a u \textbf{slovenskom} odredbom čl. 89. ZDR-a.

9.8.2.2. Pretpostavke postojanja prijenosa poduzeća

Odredbe o zaštiti radnika od otkaza u slučaju prijenosa poduzeća primjenjuju se u slučaju takvih promjena strukture poduzeća koje se mogu definirati kao prijenos poduzeća ili pogona (djelatnosti). Zato je najprije potrebno odrediti pojmove poduzeća, pogona (djelatnosti) i prijenosa poduzeća.

9.8.2.2.1. Pojam poduzeća i pogona

povezivati u koncerne, spajati, pripajati i dijeliti. Iz privatnopravne osnove djelovanja poduzeća proizlazi sloboda usrovljavanja i povezivanja s drugim poduzećima.\(^{1331}\)

Imovina pripada nositelju poduzeća, a radnici su s njim u radnom odnosu. U slučaju promjene nositelja poduzeća, svi ugovori o radu prelaze na novog nositelja \(ex\ lege\). U našem pravu nositelji poduzeća mogu biti sve pravne i fizičke osobe koje imaju gospodarsku cjelinu preko koje obavljaju dopuštenu gospodarsku djelatnost. Po Zakonu o trgovačkim društvima\(^{1332}\) to mogu biti trgovci, predruštva i obrtnici.

Poduzeće može imati više pogona, u kojima se obavlja jedna ili više djelatnosti koje su predmet poslovanja nositelja poduzeća. Pogonima treba smatrati dijelove poduzeća koji imaju sve (tri sastavnice) što i poduzeće, ali samo u pogledu jednog njegova dijela.\(^{1333}\) Upravo iz ovakvog pojmovnog određenja pogona nameće se zaključak da je prikladnije koristiti termin pogon (dio pogona) nego djelatnost (dio djelatnosti) jer je djelatnost samo jedan element pogona odnosno predmet poslovanja nositelja poduzeća.

Ovdje valja istaknuti da se odredba njemačkog BGB-a (čl. 613.a) ne odnosi na prijenos poduzeća (dijela poduzeća, djelatnosti, ili dijela djelatnosti) nego na prijenos pogona, odnosno dijela pogona, što, prema mišljenju njemačke doktrine, ne predstavlja bitnu razliku.\(^{1334}\) Zbog toga se u nastavku rada kod pozivanja na njemačko pravo koristi, u pravilu, termin pogon.

**Direktiva 2001/23/EZ** definira pojam poduzeća u odredbi o prijenosu poduzeća. Prema čl. 1. st. 1. t. b prijenos u smislu Direktive znači prijenos gospodarske cjeline koja zadržava svoj identitet, koji znači organizirano grupiranje sredstava čiji je cilj obavljanje gospodarske aktivnosti, bez obzira je li ta aktivnost središnjeg ili sporednog značenja.

Pojasnjavanje pojma poduzeća nalazimo u praksi Europskog suda. Ona se oslanjaju na teorijska određenja tog pojma. Pojam gospodarske cjeline tumači se kao organizacijsku ukupnost osoba i stvari za obavljanje gospodarske djelatnosti i s vlastitim ciljem. Gospodarska cjelina „poduzeća ili dijela poduzeća“ nije, dakle, samo organizacijska cjelina osoba i stvari, već mora postojati određeni gospodarski cilj, koji se nastoji ostvariti upravo kroz postojeću cjelinu.\(^{1335}\)

---


\(^{1332}\) Zakon o trgovačkim društvima, NN 111/93., 34/99., 121/99., 52/00., 118/03., 107/07., 146/08., 137/09.

\(^{1333}\) Barbić, J., Prijenos ugovora o radu, op. cit., str. 24.

\(^{1334}\) Steffan, u: A/P/S, op. cit., str. 1260 (Rn. 26).

Direktiva se primjenjuje na javna i privatna poduzeća koja se bave gospodarskim aktivnostima, bez obzira posluju li ili ne u svrhu stjecanja dobiti. Administrativna reorganizacija javnih upravnih tijela ili prijenos administrativnih funkcija među javnim upravnim tijelima ne smatra se prijenosom u smislu Direktive (čl. 1. st. 1. t. c.).

Njemački BAG ostavio je ovu posljednju mogućnost otvorenom. U našem je pravu ZR izričito utvrdio da se odredbe ZR-a o prenošenju ugovora o radu i zadržavanju stečenih prava primjenjuju na odgovarajući način na ustanove i druge pravne osobe (čl. 129. st. 10.), te time značajno proširio doseg zaštite radnika.


Samostalnost organizacijske odnosi gospodarske cjeline postoji kada se kroz nju može u potpunosti ispuniti radnopravni status radnika. To vrijedi posebice kod poslova vezanih uz davanje ili preuzimanje naloga. Zato radnici nekog poduzeća za obavljanje poslova čišćenja, kojima je povjereno stalno čišćenje određenog objekta, mogu predstavljati samostalnu gospodarsku cjelinu i time jedan dio pogona.

Kod prijenosa dijela pogona kao organizacijske cjeline osoba i stvari, na

1336 U pogledu teritorijalnog područja važenja Direktiva se primjenjuje na prijenos poduzeća, djelatnosti ili dijelova poduzeća ili dijelova djelatnosti smještene unutar teritorijalnog područja važenja Ugovora o EZ (sada UFEU) (čl. 1. st. 2.). Bitno obilježje pritom nije lokacija vlasništva, nego fizička lokacija djelatnosti (business). Prema C. Barnard ovo može dovesti do značajne praznine u zaštiti radnika na području Unije, budući da prenošenje djelatnosti smještene izvan teritorijalnih granica Unije na poduzeće smješteno na teritoriju Unije može djelovati negativno na radnike poduzeća s teritorija Unije (to može ugroziti radnopravni status i socijalnu sigurnost takvih radnika). Direktiva se ne primjenjuje na prijenose djelatnosti smještene zvan Unije koja pripadaju društvu čije je glavno sjedište na teritoriju države članice. Barnard, C., EC Employment Law (2006), op. cit., str. 646-647. Također, ne primjenjuje se na pomorske brodove (st. 3. čl. 1.).

1337 Više: Steffan, u: A/P/S, op. cit., str. 1257 (Rn. 18).

1338 Ibid., str. 1257 (Rn. 19).

preuzimatelja se prenose radni odnosi samo onih radnika koji su bili zaposleni u tom odjelu.1340

9.8.2.2.2. Pojam i kriteriji za utvrđivanje postojanja prijenosa poduzeća

_Prijenos poduzeća_ ili dijela poduzeća može se definirati kao takvo raspolaganje poduzećem kojim se nositelj poduzeća obvezuje na drugoga pojedinačno prenijeti stvari, prava i druge gospodarske vrijednosti koje čine poduzeće. Kao prijenos poduzeća prenose se pokretna i nepokretna stvari, tražbine, prava industrijskog vlasništva, ugovori, obveze i dr.1341 Čisti prijenos imovine odnosno dijela imovine ne predstavlja prijenos čija je posljedica prenošenje ugovora o radu sklopljenih između prethodnog nositelja poduzeća i radnika.1342

Do prijenosa poduzeća može doći statusnom promjenom ili pravnim poslom. _Statusna promjena_ koja dovodi do prijenosa poduzeća postoji kada dotadašnji nositelj poduzeća prestaje postojati, a na njegovo mjesto dolazi drugi nositelj. To će biti u slučaju nasljeđivanja, pripajanja ili spajanja jednog nositelja poduzeća s drugim, podjele nositelja poduzeća, prijenosa imovine.1343 _Pravni posao_ dovodi do prijenosa _ex lege_.1344 Najčešći je prodaja, kao i darovanje, stjecanje udjela u trgovačkom društvu, unos poduzeća kao udjela u društvo, zakup, davanje plodouživanja, davanje poduzeća povjereniku.1345

Prema čl. 1. st. 1. t. b _prijenos_ u smislu _Direktive_ znači _prijenos gospodarske cjeline_ koja zadržava svoj identitet, koji znači organizirano grupiranje sredstava čiji je cilj obavljanje gospodarske aktivnosti, bez obzira je li ta aktivnost središnjeg ili sporednog značenja. Definicija je nastala kao rezultat bogate prakse Europskog suda vezane uz tumačenje pojma _prijenos_ iz Direktive.1346 Naime, stvarno područje primjene Direktive jest „svaki prijenos poduzeća, djelatnosti, dijela poduzeća ili dijela djelatnosti (any transfer of an undertaking, business or part of an undertaking or business) na drugog poslodavca kao rezultat pravnog prijenosa ili spajanja (legal transfer or merger)“ (čl. 1. st. 1. t. a). Ovakvo

---

1341 Barbić, J., Pravo društava, op. cit., str. 205.
1342 U ovom slučaju radnici mogu ostati u radnom odnosu ako s novim nositeljem sklope nove ugovore o radu. Prethodni ugovori prestaju na neki od propisanih načina (najčešće sporazumom ili otkazom). Gović, I. Prenošenje ugovora o radu na novoga poslodavca, op. cit., str. 327.
određenje bilo je predmet prijepora i različitih tumačenja pojmovi prijenos poduzeća i pravni prijenos, kao ključnih pojmovi za ulazak u doseg zaštite koju pruža Direktiva.\textsuperscript{1347}

Navedena definicija prijenos poduzeća i uz to vezana praksa Europskog suda mjerodavne su i za praksu nacionalnih sudova, odnosno tumačenje odredbi nacionalnog prava o zaštiti prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća.\textsuperscript{1348}

Središnji kriterij za utvrđivanje postojanja prijenosa poduzeća prema Direktivi jest očuvanje identiteta gospodarske cjeline. Zbog toga o prijenosu poduzeća govorimo ako je gospodarsku cjelinu kakva je postojala kod otuđivatelja, stjecatelj preuzeo i nastavio u bitnome neizmijenjenu.\textsuperscript{1349} Općenito, prijenos poduzeća postoji kada je novo poduzeće preuzelo bitna materijalna i nematerijalna sredstva ranijeg poduzeća ili bitan dio zaposlenika, i ako je njegovo područje djelatnosti slično onome ranijeg poduzeća.\textsuperscript{1350}

Odgovor na pitanje je li u konkretnom slučaju očuvan identitet gospodarske cjeline, koji je neophodna pretpostavka prijenosa poduzeća, utvrđuje se ocjenom svih okolnosti slučaja, na temelju kriterija stvorenih praksom Europskog suda. Te kriterije čine: vrsta poduzeća ili pogona, (ne)prenošenje materijalne aktive (kao što su zgrade i pokretnine), vrijednost nematerijalne aktive u trenutku prijenosa, (ne)preuzimanje najvećeg dijela zaposlenika od strane novog vlasnika, (ne)prenošenje kupaca (klijenata), kao i stupanj sličnosti obavljane djelatnosti prije i nakon prijenosa te trajanje eventualnog prekida ove djelatnosti. Ove se okolnosti ne smiju odvojeno ocjenjivati.\textsuperscript{1351} Prema stajalištu u njemačkoj doktrini i judikaturi najprije je potrebno utvrditi postoji li neki ili više kriterija, objasniti njihovo značenje, kao i utjecaj na očuvanje identiteta gospodarske cjeline. Koji će kriterij(i) biti odlučujući, ovisi u najvećoj mjeri o obilježjima pogona ili dijela pogona.\textsuperscript{1352} Gospodarska cjelina nastaje kroz povezanost organizacijske cjeline s gospodarskim ciljem koji se želi postići. Ako je pogon u potpunosti uključen u samostalnu organizacijsku strukturu drugoga poduzeća, ne postoji prijenos poduzeća.\textsuperscript{1353}

\textsuperscript{1347} Barnard, C., EC Employment Law (2000), op. cit., str. 452. i d.
\textsuperscript{1349} Steffan, u: A/P/S, op. cit., str. 1255 (Rn. 13).
\textsuperscript{1350} Busseman/Schäfer, op. cit., str. 303.
\textsuperscript{1352} Kao primjer navodi se slučaj u kojem restoran zbog promjene vlasnika mijenja ciljanu grupu kojoj se obraća (promjena iz njemačke u arapsku kuhinju). Za restaurane je karakteristična kombinacija osobljia (kuhari i konobari) i ponude hrane, a ne samo namještaj, štednjaci, i djelatnost pripreme hrane. Ponuda hrane određuje gospodarski cilj, koji se sastoji u pravilu u ponudi određenih roba i usluga.
\textsuperscript{1353} Steffan, u: A/P/S, op. cit., str. 1266 (Rn. 44s).
Prijenos poduzeća treba razlikovati od preuzimanja funkcije. U praksi Europskog suda utvrđeno je da gubitak narudžbi zbog nekog konkurenta sam za sebe ne predstavlja prijenos poduzeća u smislu Direktive. Gospodarska cjelina ne smije se izjednačiti s djelatnošću. Samostalno nastavljano obavljanje neke djelatnosti predstavlja preuzimanje funkcije, a ne i prijenos poduzeća. BAG razlikuje čisto preuzimanje djelatnosti, bez preuzimanja pogonskih sredstava ili osoblja, kao čisto preuzimanje funkcije te preuzimanje djelatnosti s preuzimanjem pogonskih sredstava ili osoblja, u kojem slučaju može postojati prijenos pogona. Ovo je dokaz da bi terminologiju korištenu u ZR trebalo izmijeniti i umjesto termina 'djelatnost' rabiti termin pogon.

Ključni element definicije prijenosa poduzeća jest činjenica da su radnici, kao posljedica prijenosa poduzeća, suočeni s novim zakonskim priznatim poslodavcem (legal employer), odnosno da nije relevantna prodaja određenog broja dionica koja za posljedicu ima postojanje novog vlasnika u ekonomskom smislu.

9.8.2.3. Zaštita radnika od otkaza

Zaštita radnika od otkaza u slučaju prijenosa poduzeća jedan je od oblika zaštite stečenih prava radnika.

Njemačkim BGB-om izričito je propisana nevaljanost otkaza radnog odnosa koji je radniku dao raniji poslodavac ili mu ga daje novi poslodavac (vlasnik) zbog prijenosa pogona ili dijela pogona. Time se ne dira u pravo na otkaz radnog odnosa zbog drugih razloga (čl. 613.a st. 4.). Ova odredba o zabrani otkaza zbog prijenosa pogona ima komplementarnu funkciju u odnosu na normu o preuzimanju svih prava i obveza iz radnih odnosa koji postoje u trenutku prijenosa pogona ili dijela pogona pravnim poslom od strane novog vlasnika (čl. 613.a st. 1.). U našem pravu ne postoji odredba koja bi uredovala nezakonitost otkaza danog zbog prijenosa poduzeća, nego se to izvodi iz odredbe o prenošenju ugovora o radu i

---

1356 Zbog razloga praktičnosti u radu koristimo zakonsku terminologiju.
1358 Steffan, u: A/P/S, op. cit., str. 1311 (Rn. 171).
odredbe da novi poslodavac preuzima sva prava i obvezе iz prenesenog ugovora o radu (čl. 133. st. 1., 3.).

Ova pravila u skladu su s odredbama Direktive 2001/23/EZ: prema čl. 3. st. 1. prava i obvezе prenositelja, koji proizlaze iz ugovora o radu ili radnog odnosa i koji postoje u trenutku prijenosa, prenose se, zbog razloga takvog prijenosa, na preuzimatelja; prema čl. 4. st. 1. prijenos poduzeća, djelatnosti ili dijela poduzeća ili djelatnosti ne smiju sami po sebi predstavljati razlog za otkaz od strane prenositelja ili preuzimatelja.1359 Dva stupa zaštite povezana su pa je za razumijevanje zaštite radnika od otkaza potrebno razmotriti temeljne značajke prijenosna prava i obveza.

9.8.2.3.1. Prijenos prava i obveza

U trenutku prijenosa poduzeća svi ugovori o radu (radni odnosi)1360 koji su postojali između prethodnog poslodavca i njegovih radnika prelaze *ipso iure* na novog poslodavca temeljem samog prijenosa.1361 Prava i obvezе iz ugovora o radu prelaze na novog poslodavca (preuzimatelja).1362 Dotadašnji se radni odnos gasi. Za ovakvu promjenu poslodavca, kao jedne strane ugovora o radu, nije potreban pristanak radnika.1363

Radnici čiji su ugovori preneseni zadržavaju stečena prava. Prema ZR-u radnik zadržava sva prava iz radnog odnosa koja je stekao do dana prenošenja ugovora o radu, a novi poslodavac preuzima s danom prenošenja sva prava i obveze iz prenesenog ugovora o radu u neizmijenjenom obliku i opsegu.1364 Prenošenjem ugovora o radu, odnosno zadržavanjem stečenih prava, zaštićena je sigurnost radnog odnosa radnika u poduzeću koje se prenosi.1365

---

1359 Prenositelj je svaka fizička ili pravna osoba koja, zbog prijenosa poduzeća, prestaje biti poslodavac. Preuzimatelj je svaka fizička ili pravna osoba koja, zbog prijenosa poduzeća, postaje poslodavac poduzeća. (čl. 2. st. 1. al. a, b).

1360 Zbog razloga praktičnosti pozivanje na ugovor o radu u nastavku rada uključuje i radni odnos.

1361 Prema ZR-u na novog se poslodavca prenose svi ugovori o radu radnika koji rade u poduzeću ili dijelu poduzeća koji je predmet prenošenja, odnosno koji su vezani za obavljanje gospodarske djelatnosti ili dijela gospodarske djelatnosti koja je predmet prenošenja. (čl. 133. st. 1.-3.).


1363 Steffan, u: Ascheid/Preis/Schmid, op. cit., str. 1278 (Rn. 80).


1365 Usp. Gović, I., Prenošenje ugovora o radu na novoga poslodavca, op. cit., str. 335.
Stečena prava obuhvaćaju, među ostalima, *uvjete rada* koji su utvrđeni ugovorom o radu ili proizlaze iz radnog odnosa. Međutim, Sud je ustvrdio da Direktiva ne priječi izmjene radnog odnosa s novim poslodavcem ako nacionalno pravo dopušta takve promjene neovisno o prijenosu poduzeća. U stečena prava uključena su i prava koja proizlaze iz odredbi kolektivnih ugovora koji se primjenjuju na radnike, kao dio pojedinačnih ugovora o radu.

Za prijenos prava i obveza relevantan je *trenutak prijenosa* poduzeća. Prema ZR-u novi poslodavac s danom prenošenja preuzima sva prava i obveze iz prenesenog ugovora o radu, a ugovori o radu prenose se na njega s danom nastupa pravnih posljedica prijenosa poduzeća (čl. 133. st. 3. i 8.). Prema odredbi čl. 3. st. 1 Direktive prenositelj se oslobađa svih obveza iz ugovora o radu od trenutka prijenosa poduzeća. Ipak, od navedenog općeg pravila dopušteno je odstupanje, jer države članice mogu propisati da su prenositelj i preuzimatelj zajednički odgovorni (*jointly and severally liable*) i nakon trenutka prijenosa prava za obveze iz ugovora o radu ili radnog odnosa koje su postojale u trenutku prijenosa, a koje su nastale prije trenutka prijenosa (čl. 3. st. 1. al. 2.).

9.8.2.3.2. Pristanak radnika na prijenos ugovora o radu i prestanak ugovora o radu

Jedno od pitanja koje se pojavljuje u vezi s prijenosom prava i obveza, a koje zadire u sigurnost radnog odnosa, jest značenje *(ne)pristanaka radnika* na prijenos ugovora o radu,

---


1368 Direktivom je utvrđena obveza preuzimatelja da poštuje uvjete i rokove iz kolektivnih ugovora na način kako je to bilo utvrđeno za preosnositelja, sve do trenutka raskida, ili prestanka važenja kolektivnog ugovora, ili stupanja na snagu ili primjene drugog kolektivnog ugovora. Države članice mogu ograničiti ovo vrijeme na razdoblje do godine dana (čl. 3. st. 3.). ZR je usklađen s ovom odredbom jer propisuje produženu primjenu kolektivnog ugovora koji se primjenjuje na radnike prije promjene poslodavca do sklapanja novog kolektivnog ugovora, a najduže godinu dana (čl. 133. st. 12. ZR-a).

Iz konačnog teksta Direktive isključena je zaštita prava radnika u vezi s mirovinom, invaliditetom ili obiteljskom mirovinom iz dopunskih fondova poduzeća ili fondova više poduzeća, koji ne čine obvezne fondove socijalne sigurnosti država članica (čl. 4. st. 1.). Više: Blanpain, R., European Labour Law (2003), op. cit., str. 534-535.


1370 Hrvatska je propisala solidarnu odgovornost novog poslodavca i poslodavca koji prenosi poduzeće, bez vremenskog ograničenja (čl. 133. st. 13. ZR-a). Isto je učinila i Slovenija (73. st. 4. ZDR-a).
odnosno radnikovo odricanje od prava koja su mu zajamčena u slučaju prijenosa poduzeća. Odgovor je važan jer određuje učinke (ne)pristanka radnika na sudbinu ugovora o radu.

U hrvatskoj literaturi nalazimo mišljenje da u slučaju kada radnik ne želi da ugovor o radu prijeđe na novog poslodavca, a s time je suglasan i prethodni poslodavac, radnik i prethodni poslodavac mogu ugovorom ili nekim drugim pravnim aktom regulirati prava i obveze iz radnog odnosa. Postavlja se pitanje što ukoliko ne postoji suglasnost prethodnog poslodavca.

U njemačkom pravu ovo pitanje uredeno je zakonom. Radnik može prigovorom spriječiti prijenos svog ugovora o radu na novog poslodavca. Pisani prigovor radnik može podnijeti protiv prethodnog poslodavca ili novog vlasnika, u roku od mjesec dana od primitka obavijesti o prijenosu pogona (čl. 613.a st. 6. BGB-a). Temelj prava na prigovor predstavljaju ustavne odredbe čl. 1., 2. i 12. Temeljnog zakona, kao i odredba čl. 613. BGB-a o osobnoj naravi činidbe rada. Svraha je zaštititi radnika od prisilne promjene ugovorne strane poslodavca do koje dolazi zbog prijenosa pogona, koja bi bila protiv volje radnika.

Radniku je dano snažno sredstvo protiv prijenosa ugovora o radu. Podnošenje prigovora proizvodi pravne posljedice koje se odnose na: sprječavanje prijenosa ugovora o radu; mogućnost otkaza radniku od strane prethodnog poslodavca; obvezu provođenja socijalnog izbora; primjenu odredbi o otpremnini (naknadi štete). Pravo na prigovor je konstitutivno pravo, pa radni odnos ne prelazi na novog vlasnika pogona, nego se nastavlja s prethodnim poslodavcem.

Značajne su posljedice podnošenja prigovora na mogućnost otkaza tom radniku. Naime, iako radni odnos radnika s prethodnim poslodavcem postoji i dalje, radno mjesto radnika koji je stavio prigovor prenosi se na novog vlasnika pogona. Višak radnika koji se zbog toga može pojaviti kod prethodnog poslodavca može ovoga nagnati na razmišljanje o poslovno uvjetovanom otkazu radniku, a u tome ga ne priječi odredba o zabrani otkaza zbog prijenosa pogona. Naime, iako je prijenos poduzeća jedan od razloga za otkaz, jer bez njega ne bi prestala potreba za radnim mjestom u poduzeću prethodnog poslodavca (vlasnika), bitan razlog otkaza jest odbijanje radnika da radi kod novog vlasnika. Radniku se može dati otkaz zbog poslovno uvjetovanih razloga samo ako su ispunjene pretpostavke za takav otkaz, što uključuje i obvezu razmatranja mogućnosti daljnog zaposlenja radnika u pogonu ili poduzeću prethodnog poslodavca.

1371 Gović, I., Prenošenje ugovora o radu na novoga poslodavca, op. cit., str. 334.
1372 GG, čl. 1. zaštita dostojanstva čovjeka, čl. 2. slobodan razvoj osobnosti, čl. 12. načelo slobode zanimanja.
1373 Steffan, u: Ascheid/Preis/Schmid, op. cit., str. 1328 (Rn. 218).
Ako kod prethodnog poslodavca nema slobodnih radnih mjesta za radnika koji je izjavio prigovor, sporno je pitanje može li se takvom radniku dati otkaz bez obveze provođenja socijalnog izbora. Iako su mišljenja različita, iz stajališta BAG-a i vladajućeg mišljenja doktrine proizlazi da je za ocjenu o obveznosti provođenja socijalnog izbora relevantna opravdanost radnikova prigovora.

Stajalište o dopuštenosti prigovora radnika protiv prijenosa ugovora o radu potvrđeno je i aktualnom praksom Europskog suda. No u početku Sud je imao drukčije mišljenje. Budući da je „zaštita propisana Direktivom prema javnim politikama i (...) djeluje neovisno o volji stranaka“, u predmetu Berg Sud je utvrdio da Direktiva ne uzima u obzir načela ugovornog prava i ne dopušta derogacije koje su štetne za radnike. Pristanak radnika nije relevantan, što je Sud argumentirao stavom da je kontinuirani radni odnos za radnika privlačnija varijanta.

S vremenom Sud je promijenio stajalište. U predmetima Katsikas i Skreb jasno je dopustio da radnik može odbiti preći raditi novom poslodavcu. Zaključak je Suda da Direktiva, iako dopušta radniku da ostane u radnom odnosu s novim poslodavcem, istovremeno ne utvrđuje obvezu radnika da nastavi s njime radni odnos.

pristane dobrovoljno na prijenos ugovora o radu, na državi je članici da odredi sudbinu tog ugovora. Međutim, kako Direktiva ne utvrđuje obvezu države članica da propišu da će se ugovor o radu (radni odnos) nastaviti s prethodnim poslodavcem (prenositeljem), to u praksi značajno ograničava temeljna prava garantirana odlukom Suda. U njemačkom pravu radnik je najjače zaštićen jer se ugovor o radu nastavlja s prethodnim poslodavcem (prenositeljem), dok prema engleskom i francuskom pravu ugovor o radu radnika prestaje, a ne primjenjuju se norme o zaštiti radnika u slučaju otkaza. Budući da ni u našem pravu ne postoje norme koje bi uređivale ovo pitanje, mislimo da bi to trebalo urediti de lege ferenda radi pravne sigurnosti.

9.8.2.3.3. Zabrana otkaza zbog prijenosa poduzeća

9.8.2.3.3.1. Obilježja zabrane otkaza

Prijenos poduzeća ne smije biti isključivi (sam po sebi) razlog otkaza ugovora o radu radnika čiji je ugovor o radu prenesen na novog poslodavca. Zabrana otkazivanja zbog prijenosa poduzeća odnosi se na prethodnog i novog poslodavca. Podsjetimo da je ova zabrana komplementarna pravilu o preuzimanju svih prava i obveza od strane novog poslodavca, pa ne mora biti izričito propisana, kao što je to slučaj, primjerice, u našem pravu. Zabrana otkazivanja zbog prijenosa poduzeća ne sprječava da se radniku otkaze ugovor o radu zbog drugih, opravdanih razloga.

Pravilo o zabrani otkaza u slučaju prijenosa poduzeća predstavlja samostalnu zabranu otkaza u odnosu na opću normu o otkazu, pa se primjenjuje i u onim slučajevima kada nisu ispunjeni uvjeti za primjenu opće norme.

Ovo pravilo ima, prije svega, preventivnu funkciju: spriječiti novog i prethodnog poslodavca da iskoriste prijenos poduzeća kako bi se oslobodili radnika. Zabrana se odnosi na redoviti kao i izvanredni otkaz ugovora o radu, otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, sporazume o prestanku ugovora o radu, zaključene radi izbjegavanja otkaza zbog prijenosa pogona, kao i otkaze koje zbog prijenosa pogona dade stečajni upravitelj u okviru stečajnog postupka.

Važno je istaknuti da Direktiva predviđa dva izuzetka od općeg pravila da prijenos ne predstavlja valjani razlog za otkaz (čl. 4. st. 1. al. 1.). Prvo, države članice mogu propisati da se ta odredba neće primjenjivati na posebne skupine posloprimaca na koje se ne primjenjuju

---

1382 Steffan, u: Ascheid/Preis/Schmid, op. cit., str. 1311 (Rn. 172). Primjerice, u njemačkom pravu primjenjuje se i u slučajevima kada radnik ne uživa zaštitu od otkaza, jer je u radnom odnosu kraće od 6 mjeseci, ili je zaposlen kod malog poslodavca.
1383 Ibid., str. 1311 (Rn. 173).
zakoni ili praksa država članica koji se odnose na zaštitu od otkaza (čl. 4. st. 1. reč. 2.). Ipak, ovakva iznimka ne smije se široko tumačiti, već se opće pravilo treba primjenjivati na sve posloprimce kojima nacionalno pravo ili praksa praž nađu u sredstvu za zaštitu. To je potvrdio Sud u predmetu Commision v. Belgium,\footnote{Case-237/84 [1986] ECR 1247.} u kojem je zauzeo stajalište da se iznimka ne smije koristiti kao sredstvo da se, u slučaju prijenosa poduzeća, prava liše oni posloprimci koji već uživaju neki, iako ograničeni, oblik zaštite od otkaza prema nacionalnom pravu.

Drugi izuzetak sadržan je u odredbi da se opće pravilo neće primjenjivati na otkaze koji se mogu dogoditi zbog ekonomskih, tehničkih ili organizacijskih razloga, a uključuju promjene broja radnika (čl. 4. st. 1. reč. 2.), tzv. drugi razlozi.

9.8.2.3.2. Postojanje „drugog razloga“ za otkaz

Nakon prijenosa poduzeća radniku, čiji je ugovor o radu prenesen na novog poslodavca, može se otkazati zbog drugih razloga. To su svi oni opravdani razlozi za otkaz koji su utvrđeni pozitivnim pravom. Radniku se može otkazati redovnim i izvanrednim otkazom, otkazom s ponudom izmijenjenog ugovora o radu.\footnote{Usp. Gović, I., Prenošenje ugovora o radu na novoga poslodavca, op. cit., str. 335-342.}

Najčešći razlozi za otkaz nakon prijenosa poduzeća bit će razlozi uvjetovani poslovanjem, kao što to predviđa i Direktiva 2001/23/EZ. Iako su to jedini razlozi koje navodi, u obzir dolaze i drugi, opravdani razlozi za otkaz, osobno uvjetovani i uvjetovani skrivljenim ponašanjem radnika. Pretpostavka valjanosti takvih otkaza jest njihova socijalna opravdanost, a ne njihova vremenska povezanost s prijenosom poduzeća. Ipak, prema stajalištu BAG-a i njemačke doktrine, zabrana otkaza zbog prijenosa poduzeća proteže se i na razdoblje nakon prijenosa poduzeća, pa otkaz izrečen dosta vremena nakon prijenosa poduzeća može biti nedopušten ako je jedini razlog otkaza bio prijenos poduzeća.\footnote{BA 27.10.2005 AP BGB § 613 a Nr. 292 = NZA 2006, 668. Steffan, u: Ascheid/Preis/Schmid, op. cit., str. 1312 (Rn. 176).}

Utvrđivanje stvarnog razloga otkaza u slučaju prijenosa poduzeća bio je predmet rasprava u vezi s iznimkom koju dopušta Direktiva. Dopuštenost otkaza zbog ekonomskih, tehničkih ili organizacijskih razloga kod prijenosa poduzeća, koji propisuje Direktiva, naišla je na snažne kritike nekih autora. Oni se pitaju je li bio potreban baš takav izuzetak te ističu kako postoji mogućnost da čl. 4. propisana iznimka ostvari puno jači učinak od onog.
predviđenog nekim nacionalnim zakonima. Iznenadjuje što se Europski sud samo usputno pozivao na ovu odredbu, ne ulazeći u njezino tumačenje. C. Barnard zastupa stajalište, poput onog njemačkih autora i judikature, da poslodavac mora biti motiviran stvarnim ekonomskim i tehničkim razlozima i takvi razlozi moraju rezultirati otkazima. Zato treba vrlo oprezno razmatrati svaki pokušaj novog poslodavca da pozivanjem na ovu odredbu otkaže ugovor o radu onim radnicima koje će kasnije ponovno zaposliti, često pod nepovoljnijim uvjetima.

Za razliku od Europskog suda, engleski su sudovi posvetili punu pažnju tumačenju ove odredbe. Ekonomski razlog mora biti u vezi s upravljanjem (conduct) poduzećem. Zbog toga otkazi dani zbog viška radnika ulaze u doseg sintagme 'ekonomski, tehnički ili organizacijski razlozi', a poslodavac je obvezan isplatiti otpremninu. Širi ekonomski razlozi, kao što je primjerice nastojanje prenositelja da postigne višu prodajnu cijenu ili ostvari prodaju, uopće ne predstavljaju ekonomski razlog za otkaz. Stvare razlog nije niti zahtjev fleksibilnosti, kao ni mjere za smanjenje troškova, jer je riječ o razlozima koji sami po sebi ne uključuju promjenu broja radnika ili funkcija koje radnici imaju.

Nezavisni odvjetnik van Gerven dao je svoje mišljenje u predmetu d'Urso.


Odvjetnik van Gerven odbio je podržati argument da Direktiva dopušta bilo koji (any) otkaz zbog ekonomskih, tehničkih ili organizacijskih razloga. Naglasio je da Direktiva izričito zabranjuje takve otkaze ako su rezultat prijenosa poduzeća. Po njemu, dopušteni su samo otkazi koji bi bili dani u svakom slučaju, primjerice, ako je odluka o otkazu donesena prije

razmatranja mogućnosti prijenosa poduzeća. Zaključuje kako čl. 4. ne može biti osnova za opravdanje otkaza radnicima zbog prijenosa poduzeća. 1392

Mišljenje smo da bi ovakvo usko tumačenje trebalo primijeniti na odredbu st. 9. čl. 133. ZR-a o mogućnosti da se prava koja se prenose na novog poslodavca umanjene u skladu s posebnim propisom, kolektivnim ugovorom ili sporazumom između radničkog vijeća i poslodavca, ako se prijenos poduzeća obavlja u sklopu stečajnog postupka ili postupka sanacije.

Kako bi se u konkretnom slučaju utvrdilo je li riječ o otkazu zbog prijenosa poduzeća ili zbog nekog drugog razloga, važno je utvrditi postoji li, uz prijenos poduzeća, neki stvarni razlog koji sam po sebi predstavlja opravdani razlog za otkaz i na taj način isključuje prijenos poduzeća kao otkazni razlog. 1393

9.8.2.3.3. Namjera zatvaranja poduzeća kao „drugog razlog“ i kasniji prijenos pogona

U praksi BAG-a česti su slučajevi u kojima je poslodavac otkaz temeljio na namjeri zatvaranja poduzeća kao 'drugom razlogu', a nakon otkaza došlo je do prijenosa pogona (tzv. konkurencija razloga, Konkurrenzverhältniss). Za ocjenu dopuštenosti otkaza, prema mišljenju ovog suda, relevantan je trenutak davanja otkaza. Prihvaćena su, u načelu, sljedeća pravila. Ako je prthodni vlasnik pogona prilikom davanja (dostave) otkaza donio ozbiljnu i konačnu odluku o zatvaranju pogona, takav otkaz neće biti nevaljan samo zato što je nakon toga došlo do prijenosa pogona. Nasuprot tome, smatra se da nije postojala namjera zatvaranja poduzeća ako je u trenutku davanja otkaza postojala mogućnost prodaje kao i zatvaranja pogona. Takav je otkaz nevaljan jer je dan zbog prijenosa pogona (tzv. namjera zaobilaženja, Umgehungsversuch). 1394

Ovo stajalište u skladu je s praksom Europskog suda (predmet Bork).

Ako se odnosi promijene nakon izjavljivanja otkaza, takav se otkaz, u pravilu, smatra valjanim. Radnik koji je dobio otkaz ima pravo zahtijevati ponovno zasnivanje radnog odnosa (Anspruch auf Neubegründung des Arbeitsverhältnisses), uz uvjet da se činjenično stanje na kojem se temelji prognoza o neophodnom zatvaranju pogona pokazalo pogrešnim prije isteka

otkaznog roka, jer je došlo do prijenosa pogona. Nakon ovog trenutka prednost se daje pravnoj sigurnosti i slobodi disponiranja poslodavca.

Ako se prognoza prethodnog poslodavca (vlasnika pogona) pokaže pogrešnom, ali on nije imao nikakav utjecaj na daljnja zbivanja s pogonom, radnik ne može od njega zahtijevati ponovno zapošljavanje. Međutim, ima pravo zahtijevati od novog vlasnika da ga zaposli pod neizmijenjenim uvjetima rada, uzimajući u obzir i razdoblje pripadnosti prethodnom poslodavcu.

9.8.2.3.3.4. Praksa Europskog suda

O navedenim pitanjima u vezi s primjenom odredbe o zabrani otkaza zbog prijenosa poduzeća odlučivao je Europski sud. U predmetu *Bork* zauzeo je stajalište da prilikom utvrđivanja je li prijenos poduzeća jedini razlog otkaza radniku, treba uzeti u obzir objektivne okolnosti otkaza, primjerice, činjenicu da je otkaz izrečen u trenutku koji je blizak (on a date close) trenutku prijenosa poduzeća te da je preuizimatelj nakon toga zaposlio radnika kojemu je otkazao ugovor o radu. Radnik čiji je ugovor o radu (radni odnos) prestao prije prijenosa poduzeća, suprotno čl. 4. st. 1., smatra se, prema mišljenju Suda, još uvijek u radnom odnosu s prenositeljem, te, posljedično tome, da su obveze poslodavca prema radniku automatski prenesene s prenositelja na preuzimatelja.

Ovakvom praksom spriječeno je razlikovanje i odvajanje dva stupa zaštite radnika, zajamčenih čl. 3. i 4. Direktive. Naime, Direktiva jamči zaštitu prava radnicima koji u trenutku prijenosa poduzeća imaju ugovor o radu (radni odnos) s prenositeljem poduzeća, u skladu s odredbama nacionalnog prava. Praksa pokazuje da poslodavci nastoje zaobići primjenu zaštitnih odredbi otkazivanjem radnicima neposredno prije prijenosa poduzeća, često u dogovoru s preuizimateljem. Takve radnike preuizimatelj potom zaposljava, često uz puno nepovoljnije uvjete rada od onih koje su radnici imali kod starog poslodavca, prenositelja poduzeća. Kako bi se spriječila takva zloupotreba, Europski sud traži od nacionalnih sudova utvrđivanje svih okolnosti slučaja u kojima je otkaz dan te prihvaćanje presumpcije postojanja radnog odnosa i automatskog prenošenja obveza s prenositelja na preuizimatelja ako pronađu da je prekršena odredba čl. 4. st. 1.

1395 Pretpostavka je da poslodavac nije u vezi s otkazom poduzimao nikakve aktivnosti i da mu je prihvatljivo nastaviti radni odnos s radnikom pod neizmijenjenim uvjetima. Ibid., str. 1314 (Rn. 181).

1396 Ovo će, posebice, biti slučaj u poslovima vezanim uz zastupanje, kada raniji nalogoprimac zbog gubitka zastupanja otkaze radniku koji je radio na tim poslovima, a novi nalogoprimac preuzimanjem najvećeg broja zaposlenika provede prijenos pogona. Ibid., str. 1315 (Rn. 182).


1398 Barnard, C., EC Employment Law (2009), op. cit., str. 663.

1399 Case *Bork*, cit.
U slučaju Déthier Sud je potvrdio takvo stajalište i istaknuo da radnici kojima je prenositelj (prethodni poslodavac) nezakonito dao otkaz kratko prije prijenosa poduzeća a preuzimatelj nije zaposlio, mogu zahtijevati da se njegov otkaz proglasi nezakonitim u odnosu na preuzimatelja.\(^{1400}\) Prema Barnard, iz ovoga se može zaključiti da je preuzimatelj odgovoran za sve sekundarne ugovorne obveze, što uključuje i pravo radnika na isticanje zahtjeva za utvrđenje da je otkaz nezakonit, ali ne i za primarnu obvezu nastavka radnog odnosa.\(^{1401}\)

Odredbom čl. 4. st. 2. Direktive propisana je zaštita radnika u slučaju, tzv. konstruktivnog otkaza. Ako je ugovor o radu ili radni odnos prestao zato što prijenos uključuje bitnu promjenu uvjeta rada na štetu radnika, poslodavac se smatra odgovornim za prestanak ugovora o radu ili radnog odnosa. Prema stajalištu Europskog suda u slučaju Europièces,\(^{1402}\) utvrđivanje postoji li u pojedinačnom slučaju 'bitna promjena uvjeta rada na štetu radnika', kao i ispitivanje razloga zbog kojih je radnik odbio zaključiti ponuđeni ugovor o radu, pitanja su koja ulaze u djelokrug nacionalnih sudova.


U predmetu Merckx,\(^{1403}\) Sud je odlučio da promjena razine plaće radnika predstavlja bitnu promjenu uvjeta rada, čak i tamo gdje plaća ovisi o ostvarenom prometu.\(^{1404}\)

---


\(^{1401}\) Takvo stajalište prihvatio je i Dom lordova Ujedinjenog Kraljevstva u slučajevima British Fuels i Wilson, navodeći kako preuzimatelj mora ispuniti sve ugovorne i zakonske obveze prenositelja, osim ako radnik ne prigovori nastavku radnog odnosa kod preuzimatelja ili postoje ekonomski, tehnički ili organizacijski razlozi za otkaz ugovora o radu. Barnard, C., EC Employment Law (2009), op. cit., str. 664.


U pravu Ujedinjenog Kraljevstva otkaz zbog bitnih promjena uvjeta rada na štetu posloprimca smatra se ex lege nezakonitim (automatically unfair), a preuzimatelj odgovornim.

9.8.2.3.4. Obavještavanje i konzultiranje radničkih predstavnika

Jedan od oblika zaštite radnika zajamčen Direktivom ostvaruje se i pravom da budu informirani o aktivnostima pri prijenosu poduzeća, i to obavještavanjem i konzultiranjem njihovih predstavnika (čl. 7.). Prenositelj i preuzimatelj moraju predstavnike radnika informirati o aktivnostima pri prijenosu poduzeća, i to obavještavanjem i konzultiranjem njihovih predstavnika (čl. 7.). Prenositelj i preuzimatelj moraju predstavnike radnika informirati o aktivnostima pri prijenosu poduzeća, i to obavještavanjem i konzultiranjem njihovih predstavnika (čl. 7.).
koji su pogođeni prijenosom obavijestiti o sljedećem: datumu ili predloženom datumu prijenosa; razlozima prijenosa; pravnim, ekonomskim i socijalnim implikacijama utjecajima prijenosa za radnike; svakoj predviđenoj mjeri koja se odnosi na radnike. Ove informacije prenositelj i preuzimatelj moraju dati pravovremeno, prije no što prijenos bude izvršen (čl. 7. st. 1.). ZR propisuje ovu obvezu u čl. 133. st. 6. Obvezu obavještavanja radničkog vijeća, ali i svih radnika obuhvaćenih prijenosom (što Direktiva ne predviđa) ima samo prenositelj, dakle stari poslodavac, a ne i novi poslodavac, preuzimatelj, kao što je to propisano Direktivom, pa bi to radi usklađivanja trebalo propisati. Odredba o sadržaju takve obavijesti (čl. 133. st. 7.) u potpunosti je uskladena sa zahtjevima iz Direktive.\footnote{Odredba Direktive ne sadrži naznaku vremenskog razdoblja u kojem to mora biti učinjeno. Prenositelj ima i obvezu obavijestiti predstavnike svojih radnika o uvjetima rada radnika i radnom odnosu, i to treba učiniti pravovremeno, a svakako prije no što nastupe direktna posljedice prijenosa za njegove radnike (čl. 7. st. 1. al. 3.). Prema odredbi ZR-a to mora biti učinjeno pravodobno, prije dana prijenosa (čl. 133. st. 6.).}

Predstavnici radnika imaju mogućnost izravnog utjecaja samo kada je riječ o mjerama koje prenositelj ili preuzimatelj predviđaju u odnosu na radnike, kao što je primjerice smanjenje broja radnika.\footnote{Prema Direktivi 94/45/EZ (1994 OJ L254/64) europska radnička vijeća mogu također biti konzultirana u vezi s ovim pitanjima, kao i s pitanjima prijenosa proizvodnje i spajanja (par. 2. aneksa Direktive).} O takvim mjerama prenositelj ili preuzimatelj moraju pravovremeno konzultirati predstavnike radnika \textit{u svrhu postizanja sporazuma} (čl. 7. st. 2.). ZR-om je propisana obveza savjetovanja s radničkim vijećem o odluci o očekivanim pravnim, gospodarskim i socijalnim posljedicama koje za radnike mogu proizaći iz slučajeva prenošenja ugovora na novog poslodavca (čl. 149. st. 3. al. 3.). Ipak, prema našem mišljenju, nedostaju dva bitna elementa koja bi trebalo unijeti \textit{de lege ferenda}. Prvi se odnosi na narav takvog savjetovanja: ono bi se trebalo provesti ‘u svrhu postizanja sporazuma’, kako je to predviđeno Direktivom, pa bi u tom smislu trebalo dopuniti ovu odredbu. Drugi element koji je u ZR-u izostavljen, a trebalo bi ga izričito propisati, jest da se savjetovanje treba odnositi na mjere koje stari ili novi poslodavac predviđaju s obzirom na radnike.

Pravo radnika da sudjeluju u odlučivanju putem svojih predstavnika ne uključuje i pravo radnika ili njihovih predstavnika da stave veto na takve odluke. Za usporedbu, prvi nacrt Direktive predviđao je pregovore (\textit{negotiations}) radničkih predstavnika s prenositeljem ili preuzimateljem u svrhu postizanja sporazuma, a ukoliko sporazum ne bi bio postignut, bila je predviđena mogućnost da se predmet povjeri arbitraži.\footnote{Barnard, C., EC Employment Law (2006), op. cit., str. 666.}

U slučaju kada nacionalno zakonodavstvo (zakoni, propisi, upravni akti) predviđa mogućnost obraćanja radničkih predstavnika arbitražnom tijelu radi donošenja odluke o mjerama koje treba poduzeti u odnosu na radnike, država članica može ograničiti obveze

\textit{de lege ferenda}
obavještavanja i konzultiranja radničkih predstavnika na one slučajeve u kojima je provedeno preuzimanje uzrok takve promjene u poduzeću koja će vjerojatno dovesti do ozbiljne štete za značajan broj radnika. Ipak, obveza obavještavanja i savjetovanja treba obuhvati barem mjere predviđene u odnosu na radnike, i to pravovremeno, prije promjene poduzeća (čl. 7. st. 3.).

9.8.3. Otkaz ugovora o radu u slučaju stečaja poslodavca

9.8.3.1. Općenito

Postupak otvaranja stečaja poslodavca proizvodi značajne pravne učinke na radne odnose radnika koji su kod njega zaposleni. Jedan od najvažnijih jest mogućnost prestanka ugovora o radu.

U hrvatskom je pravu prestanak ugovora o radu u slučaju stečaja uređen posebnim pravilima, sadržanim u Stečajnom zakonu kao lex specialis. Prema odredbi čl. 120. ovog zakona ranije sklopljeni ugovori o radu ne prestaju postojati samo zbog otvaranja stečajnog postupka, već traju dok ne prestanu zbog nekog od razloga propisanih zakonom. Zakon nadalje propisuje da je otvaranje stečaja poslodavca poseban opravdani razlog za otkaz. Stečajni upravitelj (u ime poslodavca kao dužnika) i radnik mogu otkazati ugovor o radu bez obzira na dogovoreno trajanje ugovora ili dogovoreno isključenje prava na redoviti otkaz, te bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika. Otkazni rok iznosi mjesec dana, ako zakonom nije predviđen kraći rok. Ako otkaz izjavi stečajni upravitelj, radnik kao stečajni vjerovnik može zahtijevati naknadu štete zbog prijevremenoga prestanka radnoga odnosa. Na sva druga pitanja prestanka ugovora o radu u slučaju stečaja primjenjuju se odredbe ZR-a kao općeg zakona.

1412 Stečaj se može otvoriti zbog nesposobnosti dužnika za plaćanje (insolventnost), prijeteće nesposobnosti za plaćanje i prezaduženosti dužnika (Stečajni zakon (SZ), cit.). Slične razloge za stečaj propisuju i druga zakonodavstva.

1413 Zakon o prilagođenjima, stečaju i likvidaciji (NN 54/94. - proč. tekst), na snazi prije Stečajnog zakona, bio je za radnika nepovoljniji, jer je radni odnos prestajao samim otvaranjem stečajnog postupka (čl. 93. st. 1.).

1414 Čl. 120. st. 2. SZ-a; isto pravilo vrijedi i u njemačkom pravu prema odredbama Stečajnog zakona (čl. 108., 113. Insolvenzordnung, v. 5 October 1994 (BGBl. I S. 2866, geändert durch Art. 8 Abs. 7 G v. 29.7.2009, I S. 2355).

1415 Za pravni položaj radnika važno je, nadalje, da novi ugovori o radu mogu nakon otvaranja stečaja biti zaključeni samo na određeno vrijeme; tražbine iz radnog odnosa nastale do trenutka otvaranja stečaja radnici ostvaruju kao stečajni vjerovnici, a one nastale nakon toga kao vjerovnici stečajne mase; prestaje pravo radnika na suodlučivanje; pravo na plaće i ostala primanja radnika tijekom stečajnog postupka određuje stečajni upravitelj (čl. 120. st. 5.-7., čl. 121. SZ-a). Više: Dika, Mihajlo, Potočnjak, Željko, Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca, PuG, god. 37, br. 4, 1998., str. 562 i d.; Eraković, Andrija, Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, u: Radni odnosi u RH, op. cit., str. 771 i d.

1416 Primjenjuju se odredbe ZR-a o izvanrednom otkazu, obliku, obrazloženju i dostavi otkaza, tijeku otkaznog roka, otkaznog roka, otprernminii, pravu radnika na odsustvovanje s rada i naknadu plaće tijekom otkaznog roka,
Uređenje prestanka radnog odnosa u slučaju stečaja posebnim zakonom, uz primjenu općih odredbi o zaštiti radnika za slučaj otkaza, karakteristično je i za njemačko, austrijsko te britansko pravo. U slovenskom i francuskom pravu prestanak radnog odnosa radnika u slučaju stečaja uređen je u cijelosti odredbama radnog zakonodavstva.

Pored posebne zaštite koju uživaju za slučaj otkaza za pravni položaj radnika nad čijim je poslodavcem pokretn ut stečajni postupak, posebno je važna zaštita zajamčena Konvencijom MOR-a br. 173, iz 1992. godine, o zaštiti potraživanja radnika u slučaju insolventnosti poslodavca, te direktivama o insolventnosti na razini EU.

Konvencija br. 173 predviđa dva oblika zaštite potraživanja radnika: potraživanja radnika određuju se kao potraživanja s prvenstvenim redom namirenja ili njihovo namirenje osigurava jamstvena institucija. Države mogu propisati jedan ili oba oblika zaštite. Direktivama je uređena isplata neisplaćenih potraživanja radnika od poslodavca, uključujući i zaostale plaće, koju obavlja posebno stvorena nacionalna jamstvena institucija. Također, predviđeno je jamstvo država članica da neplaćanje doprinos za socijalno osiguranje neće štetno utjecati na prestacije koje uživa radnik, te je zajamčena zaštita prava bivših radnika na mirovine u okviru dopunskog osiguranja.

9.8.3.2. Stečajni postupak kao opravdani razlog otkaza ugovora o radu

*Otvaranje stečaja* poslodavca u hrvatskom pravu predstavlja poseban opravdan razlog za otkaz ugovora o radu. Valja napomenuti da SZ sadrži i odredbu prema kojoj će u slučaju kada skupština vjerovnika na posebnoj sjednici ne donese odluku o nastavljanju djelatnosti stečajnoga dužnika, pa se *djelatnost obustavlja* i bez odgode pristupa unovčenju imovine stečajnog dužnika, stečajni upravitelj otkazati sve ugovore o radu koje do tada nije otkazao,


1417 Konkursordnung, RGBl. 337/1914 (zuletzt geändert BGBl. I Nr. 29/2010 (Novelle in Bearbeitung)
1418 Insolvency Act (IA), čl. 386–387, i Sch 6, par. 9; SI 1986/1996.
1419 Čl. 103.–108. ZDR-a.
1422 Konvencija se primjenjuje na sve radnike i sve grane gospodarskih aktivnosti, uz određena ograničenja. Naime, *država članica* koja je prihvatila oba oblika zaštite potraživanja može, nakon konzultacije s najreprezentativijim organizacijama poslodavaca i radnika, ograničiti primjenu zaštite koja se odnosi na jamstvene institucije na određene kategorije radnika i na određene grane gospodarskih aktivnosti (čl. 3. st. 3. i čl. 4. st. 1.). Osim toga, *nadležna vlast* može, nakon savjetovanja s reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, isključiti iz primjene Konvencije određene skupine radnika, posebice javne službenike, zbog posebne naravi njihova radnog odnosa ili ako im se jamči neki drugi oblik zaštite jednak onome predviđenim Konvencijom (čl. 4. st. 2.)
osim onim radnicima za koje ocijeni da su potrebni radi prikupljanja, očuvanja i unovčenja stečajne mase (čl. 155.b st. 2.). Obustavljanje djelatnosti dužnika predstavlja poseban opravdan razlog za otkaz ugovora o radu. Ipak, u literaturi se ističe kako iz ovoga ne treba zaključivati da je obustava djelatnosti stečajnog dužnika nužna pretpostavka otkaza radnicima, već je dovoljan razlog za otkaz sama činjenica otvaranja stečaja.\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 776.}

9.8.3.2.1. Razlog za redoviti otkaz ugovora o radu

Iako SZ-om to nije izričito propisano, otkaz za vrijeme stečaja po svojoj je naravi redoviti otkaz ugovora o radu jer se vezuje uz otkazni rok.\footnote{Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 566.} Ugovor mogu otkazati obje ugovorne strane, radnik i stečajni upravitelj, pozivanjem na otvaranje stečajnog postupka.

Radnik i stečajni upravitelj kao zastupnik stečajnog dužnika mogu otkazati ugovor o radu i zbog drugih opravdanih razloga za redoviti otkaz, propisanih ZR-om. Mogućnost za otkaz zbog same činjenice da je otvoren stečajni postupak olakšava položaj stečajnog upravitelja jer ne mora dokazivati postojanje nekog od općih opravdanih razloga za otkaz.\footnote{Kada ne bi bio uređen Stečajnim zakonom, na otkaz u slučaju stečaja trebalo bi primjenjivati odredbe ZR-a o poslovno uvjetovanom otkazu. Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 567.} Zato su drugi razlozi otkazivanja ugovora o radu za vrijeme trajanja stečaja od drugorazrednog značenja u praksi.\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 777.} Može se reći da su odredbom čl. 120. st. 2. SZ-a derogirane odredbe ZR-a o redovitom otkazu.\footnote{Crnić, I., Komentar ZR, op. cit., str. 201.}

U doktrini nailazimo na stajalište da bi ugovor o radu zbog otvaranja stečaja mogao prestati ne samo redovitim nego i izvanrednim otkazom ugovora o radu, ako bi otvaranje stečajnog postupka „in concreto“ imalo značenje osobito važne činjenice zbog koje, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obiju ugovornih stranaka, nastavak radnog odnosa ne bi bio moguć. 1430 Mislimo da ovakvo stajalište nije moguće prihvatiti zbog zakonom izričito propisanog prava radnika na otkazni rok kojeg kod izvanrednog otkaza nema. 1431 U prilog tome govore i razlozi pravne sigurnosti. 1432

U uređenju otkaza u slučaju stečaja druga zakonodavstva, koja analiziramo u ovom radu, rigidnija su od hrvatskog. U njemačkom, austrijskom i slovenskom pravu stečajni upravitelj može otkazati radniku za vrijeme trajanja stečajnog postupka samo ako ima neki od opravdanih razloga za otkaz. Otvaranje stečaja ne predstavlja samo po sebi opravdani razlog za otkaz. To znači da stečajni upravitelj može otkazati poslovno uvjetovanim otkazom samo ako postoji neotklonjiva poslovna potreba u smislu općih odredbi KSchG-a, 1433 odnosno ako je rad radnika zbog otvaranja stečajnog postupka ili likvidacije postao nepotreban (čl. 103. st. 1. ZDR-a).

Pridavši činjenici otvaranja stečaja značenje posebnog razloga za redoviti otkaz hrvatski je zakonodavac odustupio od rješenja njemačkog prava kao uzora, 1434 te time znatno olakšao položaj stečajnog upravitelja u vezi s otkazivanjem ugovora o radu. To može dovesti do zloporaba, pa je potrebno ustrajati na obvezi poslodavca da obrazloži razlog za otkaz.

Prema austrijskom pravu okolnost s stečajom bitno osnažuje mogućnost radnika da otkaze ugovor o radu jer se otvaranje stečaja smatra važnim razlogom za izvanredni otkaz. 1435

9.8.3.2.2. Otkazni rok

Otkazni rok u kojem radnik i stečajni upravitelj mogu otkazati ugovor o radu zbog otvaranja stečajnog postupka iznosi mjesec dana, ako zakonom nije propisan kraći rok (čl. 120. st. 3. SZ-a). Ovo znači da radnici koji bi prema ZR-u imali pravo na dulje otkazne rokove u slučaju stečaja, imaju pravo na otkazni rok u trajanju od mjesec dana, dok radnici

1430 Dika, Mihajlo, Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka, Zagreb, Narodne novine, 2002., str. 117. Autor navodi primjer nemogućnosti nastavka radnog odnosa s članom trgovačkog društva zaposlenim na nekom odgovornom radnom mjestu, zbog mogućeg sukoba interesa.
1431 Isto: Potočnjak/Dika, Prava zaposlenika, op. cit., str. 571.
1434 Potočnjak/Dika, op. cit., str. 567.
1435 Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 360.
koji su kod poslodavca u radnom odnosu proveli kraće od godinu dana, imaju pravo na otkazni rok od 2 tjedna, prema ZR-u, a ne na 1-mjesečni otkazni rok. Ako je ugovoren probni rad, otkazni rok iznosi najmanje sedam dana, bez obzira na otvaranje stećaja. Prema mišljenju doktrine stečajni upravitelj ovom je odredbom ustvari ovlašten (a ne obvezan) na skraćivanje propisanih ili ugovorenih otkaznih rokova na mjesec dana, ali može otkazati i uz pridržavanje duljeg otkaznog roka (ugovorenog ili propisanog).

U njemačkom pravu poseban otkazni rok u slučaju stećaja iznosi tri mjeseca, a u austrijskom pravu mjesec dana, ako zakonom ili ugovorom (kolektivnim ili pojedinačnim) nije predviđen kraći otkazni rok (čl. 113. InsO; 25. st. 1. KO). Slovenski ZDR predviđa otkazni rok od 15 dana, u kojem ugovore o radu može otkazati stečajni upravitelj odnosno likvidacijski upravitelj u slučaju sudske likvidacije poduzeća. Poseban otkazni rok od 30 dana propisan je za poslodavca koji otkazuje ugovor o radu u slučaju prisilnog poravnjana, kao i za poslodavca u drugim slučajevima pokretanja postupka za prestatan poslodavca (čl. 106. i 108. ZDR-a).

Svrha zakonskih odredbi o posebnom, kraćem, otkaznom roku u slučaju stećaja poslodavca jest usklađivanje socijalnih interesa radnika kao skupine stečajnih vjerovnika, s jedne, i interesa drugih stečajnih vjerovnika za očuvanje stečajne mase kao temelja za poravnanje, s druge strane.

9.8.3. Posebnosti postupka otkazivanja

Otkazivanje za vrijeme trajanja stečajnog postupka značajno se razlikuje od otkazivanja prema općim pravilima ZR-a (o poslovno uvjetovanom otkazu). Stečajni upravitelj (kao i radnik) slobodan je odlučiti hoće li ili ne, kome i kada otkazati ugovor o radu, a pritom je osloboden ograničenja postavljenih ZR-om. Naime, on može otkazati ugovor o radu „bez obzira na dogovoreno trajanje ugovora ili dogovoreno isključenje prava na

---

1437 Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 570.
1440 Prihvaćeno je stajalište doktrine da bi na prestatan ugovora o radu u slučaju stećaja, da nije uređen SZ-om, trebalo primjenjivati odredbe o poslovno uvjetovanom otkazu. Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 567.
1441 Eraković, A., op. cit., str. 776; Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 566-567.
redoviti otkaz te bez obzira na zakonske ili ugovorene odredbe o zaštiti radnika“ (čl. 120. st. 3. SZ-a).

Stečajni upravitelj nema obvezu provođenja socijalnog izbora, kao ni razmatranja mogućnosti zaposljavaanja radnika na drugim poslovima odnosno osposobljavanja radnika za rad na drugim poslovima. To znači da može otkazati ugovor o radu iako je radnika moguće zaposliti na drugim poslovima, pa čak i ako nije prestala potreba za poslovima koje obavlja radnik, a može i otkazati tom radniku te na istim poslovima zaposliti drugog radnika. U postupku odlučivanja o otkazu ne sudjeluje radničko vijeće. Stečajni upravitelj nije obvezan izraditi program zbrinjavanja viška radnika, što nije u skladu s Direktivom o kolektivnim viškovima radnika. Skupine osoba koje su prema ZR-u zaštićene od otkaza to nisu kada je otvoren stečajni postupak.\footnote{Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.}\footnote{Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.} Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.\footnote{Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.}

Kako SZ-om nisu uređena posebna pravila vezana uz postupak otkazivanja, primjenjuju se opća pravila iz ZR-a: o obveznom pisanom obliku otkaza (bez obzira koja strana otkazuje, i otkazuje li se redovitim ili izvanrednim otkazom); obveznom pisanom obrazloženju ako ugovor o radu otkazuje stečajni upravitelj;\footnote{Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.} dostavi otkaza i tijeku otkaznog roka (osim odredbe o zaustavljanju tijeka otkaznog roka dok postoje određene okolnosti, kao što je trudnoća, korištenje rodiljnjeg dopusta, jer je ona derogirana odredbom čl. 120. st. 3. SZ-a).\footnote{Otkazati se može i ugovor o radu na određeno vrijeme, čak i kada ta mogućnost nije predviđena ugovorom.}

U \textbf{njemačkom} pravu posebnost otkazivanja radniku u slučaju stečaja sastoji se također u nepostojanju obveze stečajnog upravitelja i radnika da vode brigu o ugovorenom trajanju ugovora i ugovorenom isključenju prava na redovito otkazivanje (čl. 113. st. 1. InsO). No u svemu ostalome postupak otkazivanja je, u odnosu na hrvatsko pravo, rigidniji: primjenjuju se opća pravila o zakonskoj zaštiti radnika od otkaza, iz KSchG-a, kao i odredbe posebnih zakona kojima je uređena zaštita od otkaza. Kao što je već rečeno, radniku se može izreći otkaz samo ako postoje opravdani razlozi propisani zakonom; stečajni upravitelj mora

\footnote{Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 567-568; Eraković, A., op. cit., str. 776-777.}
\footnote{Prema jednom stajalištu dovoljno je navesti da je riječ o ugovoru o radu zaključenom prije stečaja, da se ugovor otkazuje zbog otkazivanja stečajnog postupka te uputiti na odredbu o otkaznom roku, a u slučaju izvanrednog otkaza obrazložiti razloge otkaza i nemogućnosti nastavka radnog odnosa. Eraković, A., Radni odnosi u slučaju stečaja poslodavca, op. cit., str. 779. Prema drugom mišljenju, koje smatramo ispravnim, stečajni upravitelj obvezan je uvijek obrazložiti opravdanost otkaza, jer SZ-om nije derogirana odredba ZR-a o obrazloženju otkaza. Dika/Potočnjak, Prava zaposlenika, op. cit., str. 566.}
\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 779-780.}
provesti socijalni izbor (uz neka ograničenja) i sl. Obveza pridržavanja zakonske zaštite od otkaza vrijedi i u austrijskom pravu. Prema čl. 103. slovenskog ZDR-a stečajni upravitelj ima obvezu prethodnog pismenog obavješćivanja sindikata o namjeravanim otkazima te obvezu slanja kopije takve obavijesti zavodu za zapošljavanje (iz čl. 97. st. 1. i 3. ZDR-a), kao i obvezu savjetovanja sa sindikatom o mogućim načinima za sprječavanje i ograničavanje broja otkaza, te o mogućim mjerama za sprječavanje i ublažavanje štetnih posljedica (to je nešto „ublaženi“ program zbrinjavanja, jer nema savjetovanja o kriterijima za otpuštanje radnika).

9.8.3.2.4. Pravo radnika na naknadu štete zbog prijevremenog prestanka radnog odnosa

Kada mu je stečajni upravitelj redovito otkazao ugovor o radu zbog otvaranja stečaja, radnik može kao stečajni vjerovnik zahtijevati naknadu štete zbog prijevremenog prestanka radnog odnosa (čl. 120. st. 3. SZ-a; čl. 113. st. 1. al. 3. InsO; čl. 25. st. 2. KO).

Zahtjev radnika za naknadu štete ne ovisi o postojanju krivnje. Zato je s pravom u domaćoj literaturi pogrešno ocijenjena odluka Visokog trgovačkog suda RH prema kojoj zahtjev radnika zbog prijevremenog prestanka radnog odnosa (zbog kraćeg otkaznog roka u odnosu na ugovoreni ili propisani) nije osnovan „jer na strani stečajnog dužnika nema protupravnosti“. Pravo na naknadu štete u slučaju prestanka ugovora o radu zbog otvaranja stečaja propisano je zakonom, ali se pritom ne moraju ispuniti pretpostavke odgovornosti za štetu, jer u protivnom radnik uopće ne bi mogao ostvariti ovo pravo. U austrijskom pravu kriteriji za naknadu štete isti su bez obzira na to tko otkazuje ugovor o radu.
Zahtjevom je obuhvaćeno vremensko razdoblje koje predstavlja razliku između trajanja otkaznog roka propisanog za slučaj stečaja i duljeg ugovorenog ili propisanog otkaznog roka.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1645 (Rn. 13).}

Ovu naknadu radnik ostvaruje kao „stečajni vjerovnik“. Postoje različita mišljenja o tome u koji isplatni red spada ovo potraživanje: u prvi isplatni red,\footnote{Dika, M., Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka, op. cit., str. 117.} ili u drugi viši (opći) isplatni red (jer je riječ o tražbini nastaloj nakon otvaranja stečajnog postupka).\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 781.}

Krajnji rok za prijavu tražbina u hrvatskom pravu iznosi tri mjeseca od dana prvog ispitnog ročišta (čl. 176. st. 2. SZ-a). Budući da je moguće da stečajni upravitelj otkaze ugovore o radu tek nakon isteka tri mjeseca, u takvom slučaju radnici kao stečajni vjerovnici ne bi mogli podnijeti prijavu tražbine (naknade štete). Zato se u doktrini predlaže prihvaćanje iznimke od pravila o roku za prijavu tražbina kako u takvim slučajevima ne bi nastupila prekluzija toga prava za radnika prije no što je ono nastalo.\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 779.}

9.8.3.2.5. Pravo na otpremninu


Tražbina po osnovi otpremnine do iznosa propisanog zakonom odnosno kolektivnim ugovorom ulazi u prvi viši isplatni red (čl. 71. st. 1. SZ-a), a veći iznos predviđen ugovorom o radu ili pravilnikom o radu spada u drugi (opći) isplatni red.\footnote{Eraković, A., op. cit., str. 782.}

9.8.3.2.6. Pravo prednosti pri zapošljavanju

U slovenskom pravu radnicima koji su dobili otkaz tijekom stečajnog postupka jamči se važno pravo prednosti pri zapošljavanju u slučaju kada stečajni dužnik kao pravna osoba bude prodan. Pretpostavka je da ispunjavaju uvjete za obavljanje rada. Isto pravo imaju
radnici u slučaju kada je stečaj postupak obustavljen radi prislignog poravnjanja (čl. 104. i 105. ZDR-a).

9.8.3.3. Zaštita potraživanja radnika u slučaju stečaja

Konvencija MOR-a br. 173\(^{1460}\) i direktive EU o stečaju ističu značenje i nužnost zaštite radnika u slučaju stečaja poslodavca.\(^{1461}\) Radnicima\(^{1462}\) zaposlenima kod poslodavca koji je u stečaju nacionalna zakonodavstva, u skladu s navedenim direktivama i Konvencijom br. 173, jamče sljedeće oblike zaštite: isplatu neisplaćenih potraživanja od poslodavca, uključujući i zaostale plaće, od strane posebno uspostavljene jamstvene institucije; jamstvo da neplaćanje doprinosa za socijalno osiguranje neće štetno utjecati na naknade/prestacije koje

---

\(^{1460}\) Konvencija se oslanja na odredbe dviju konvencija. Prva je Konvencija MOR-a br. 95 o zaštiti plaće (1949.) (Convention No 95 - Convention concerning the Protection of Wages, Geneve, 32\(^{\text{nd}}\) Conference 1949, Protection of Wages Convention). Njome se zaposlenim radnicima u slučaju bankrota ili sudske likvidacije poduzeća jamči položaj privilegiranih vjerovnika s obzirom na neisplaćene plaće, za rad u razdoblju prije bankrota ili sudske likvidacije, kako je to propisano nacionalnim zakonima i dr. propisima, ili s obzirom na plaće do najvišeg iznosa utvrđenog nacionalnim zakonima ili propisima. Plaće koje predstavljaju privilegirani dug moraju se isplatići u cijelosti prije ostalih potraživanja redovitih vjerovnika za podjelu imovine. Relativni prioritet plaća određuje se nacionalnim zakonima ili propisima (čl. 11.). Druga je Konvencija br. 17 o naknadi koja se isplaćuje radnicima za slučaj nesreće na poslu (1925.) (Convention No 17 – Convention concerning Workmen's Compensation for Accidents, Geneve, 7\(^{\text{th}}\) Conference 1925, Workmen's Compensation (Accidents) Convention, NN MU, br. 6/95., 1/02.), kojom se od nacionalnog zakonodavca traži da, u slučaju insolventnosti poslodavca ili osiguravatelja, propiše obvezu isplate naknade štete radnicima koji su pretrpjeli tjelesnu ozljedu uzrokovana nezgodom na radu ili, u slučaju njihove smrti, naknadu osobama koje su radnici uzdržavali (čl. 11.).

\(^{1461}\) 'Insolventnost' je jedini pojam koji je definiran Konvencijom i Direktivom br. 2008/94/EZ. Za određivanje pojmovi 'radnik, 'poslodavac', 'plaća', 'pravo koje sadrži direktno ovlaštenje' i 'pravo koje sadrži 'određene kategorije radnika, ako postoje drugi oblici jamstva kojima se ovim osobama daje stupanj

---

\(^{1462}\) Kao što je ranije spomenuto, Konvencija se primjenjuje, u pravilu, na sve radnike i sve gospodarske kraje, uz određena ograničenja. Također, i Direktivom se nastoji pružiti zaštita svim kategorijama radnika koji su određeni kao radnici nacionalnim pravom, što je potvrđeno u slučaju Wagner-Miret (Case C-334/92 Wagner-Miret v. Fonde de Garantu Salarial [1993] ECR I-6911). Države članice mogu iz polja personalne primjene Direktive iznimno isključiti određene kategorije radnika, ako postoje drugi oblici jamstva kojima se ovim osobama daje stupanj zaštite jednak onome koji proizlazi iz Direktive. Nadalje, ako se u nacionalnom zakonodavstvu već primjenjuje takva odredba, država članica može nastaviti s isključenjem primjene ove Direktive na domaću poslugu zaposlenu kod fizičke osobe i ribare (čl. 1. st. 3.). Direktivom je, osim toga, izričito zabranjeno isključiti primjenu Direktive za sljedeće kategorije radnika: a) radnike s nepunim radnim vremenom u smislu Direktive 97/81/EZ, b) radnike s ugovorom na određeno vrijeme u smislu Direktive 1999/70/EZ i c) radnike zaposlene u privremenom radnom odnosu u smislu čl. 1. st. 2. Direktive 91/383/EEZ (čl. 2. st. 2. al. 2.). Također, države članice ne smiju propisati minimalno trajanje ugovora o radu ili radnog odnosa kao kriterij za priznavanje prava radnika na potraživanja iz ove Direktive (čl. 2. st. 3.).
uživa radnik; zaštitu prava bivših radnika na mirovine unutar dopunskih osiguranja; zaštitu potraživanja radnika kao privilegiranih tražbina.

U Hrvatskoj su potraživanja radnika u slučaju stečaja uređena Zakonom o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca i Zakonom o Fondu za razvoj i zapošljavanje. Zakon o osiguranju potraživanja radnika utvrđuje vrstu i opseg prava radnika u slučaju stečaja poslodavca, uvjete i postupak za ostvarivanje prava, kao i izvore sredstava za ostvarenje prava.

9.8.3.3.1. Isplata potraživanja radnika čije namirenje osiguravaju jamstvene institucije

Jedan oblik zaštite pravnog položaja radnika ostvaruje se isplatom putem *jamstvenih institucija* (guarantee institutions) neisplaćenih potraživanja radnika koja proizlaze iz ugovora o radu ili radnih odnosa. Propisana je Konvencijom br. 173, kao i Direktivom br. 2008/94/EZ.

9.8.3.3.1.1. Jamstvene institucije

Državama je dana široka ovlast utvrđivanja detaljnih pravila organizacije, upravljanja, financiranja i rada jamstvenih institucija. Države članice moraju pritom, prema Direktivu, voditi brigu posebice o sljedećim načelima: imovina institucije mora biti neovisna o operativnom kapitalu poslodavca i odvojena od postupka insolventnosti; poslodavci moraju sudjelovati u njihovom financiranju, osim ako to u potpunosti ne pokrivaju javne vlasti; odgovornost institucija ne smije ovisiti o tome jesu li ispunile obvezu sudjelovanja u financiranju. Tako široko postavljena ovlast država članica znači, prema mišljenju Europskog suda, da one ne moraju stvoriti samo jednu jamstvenu instituciju, koja bi bila jedinstvena za sve kategorije posloprimaca.

U Hrvatskoj je Zakonom o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca osnovana Agencija za osiguranje radničkih potraživanja u slučaju stečaja.

---

1463 Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN br. 86/08. (dalje: Zakon o osiguranju potraživanja radnika). Riječ je o novom zakonu, kojim je izmijenjen dotadašnji zakon istoga naziva (NN br. 114/03).

1464 Zakon o Fondu za razvoj i zapošljavanje, NN br. 107/01.

1465 Čl. 11. Konvencije; čl. 5. Direktive. Prema Konvenciji, država članica može, u skladu sa svojim posebnim obilježjima i potrebama, ovu zaštitu povjeriti osiguravajućim društvima ukoliko ona mogu pružiti dovoljna jamstva za to (čl. 11. st. 2.).

1466 Ova načela preuzeta su iz Preporuke MOR-a br. 180, čl. 7.

1467 Prema tumačenju Suda u slučaju Wagner-Miret iz ovakvih ovlasti država članica proizlazi da se viši menadžeri ne mogu pozivati na Direktivu u zahtjevu na isplatu potraživanja plaće od jamstvenih institucija osnovanih za druge kategorije radnika. Države članice nisu obvezne osnovati jednu instituciju za sve kategorije radnika. U slučaju da nacionalno pravo ne omogućuje višim menadžerima ostvarenje prava na jamstva iz Direktive, čak ni uz tumačenje u svjetlu navedene Direktive, takvo osoblje ovlašteno je od države tražiti naknadu štete koju su pretrpjeli kao rezultat propusta nacionalnog zakonodavca da primijeni Direktivu i na ovu kategoriju posloprimaca. Naime, prema mišljenju Suda u slučaju Francovich (No. 1) odredba čl. 3. o osnivanju jamstvenih institucija nije dovoljno precizna da bi se na nju mogli pozivati pojedinci pred nacionalnim sudovima.
poslodavca (dalje: Agencija) kao jamstvena institucija.\textsuperscript{1468} Njezina organizacija, financiranje i rad zakonom su detaljno uređeni, što je u skladu s direktivama o insolventnosti. Sredstva za rad Agencije osiguravaju se u državnom proračunu (čl. 14. st. 1.), čime se ostvaruje načelo neovisnosti financiranja iz čl. 5. Direktive. Osnivač Agencije je Republika Hrvatska, a osnivačka prava i obveze ostvaruje Vlada RH.

U Sloveniji je osnovan Fond za jamstva i alimentaciju,\textsuperscript{1469} a u Austriji Fond javnopravne naravi, za osiguranje naknade štete u slučaju insolventnosti, koji djeluje na načelima osiguranja.\textsuperscript{1470} Prema \textit{njemačkom} pravu radnik se zahtjevom za isplatu potraživanja može obratiti Službi za rad (\textit{Arbeitsamt}), dok u \textit{Velikoj Britaniji} isplatu može zahtijevati od Nacionalnog osiguravajućeg fonda (\textit{National Insurance Fond}).\textsuperscript{1471}

9.8.3.1.2. \textit{Potraživanja čije namirenje osiguravaju jamstvene institucije}

Konvencija br. 173 zaštićuje sljedeća potraživanja radnika: potraživanja \textit{plaće} koju je radnik ostvario u razdoblju prije insolventnosti ili prije prestanka radnog odnosa (koje ne smije biti kraće od 8 tjedana); potraživanja za \textit{naknadu plaće} za vrijeme korištenja \textit{godišnjeg odmora}, ostvarenog na temelju rada u razdoblju prije insolventnosti ili prije prestanka radnog odnosa (koje ne smije biti kraće od 6 mjeseci); potraživanja drugih \textit{iznosa za plaćenu odsustva} s posla za razdoblje prije insolventnosti ili prije prestanka radnog odnosa (koje ne smije biti kraće od 8 tjedana); \textit{otpremninu} zbog prestanka radnog odnosa (čl. 12.).\textsuperscript{1472}

Definirajući potraživanja koja su jamstvene institucije obvezne isplatiti radnicima Direktiva koristi širu, ali istovremeno nedovoljno jasnu formulaciju \textit{neisplaćenih potraživanja radnika koja proizlaze iz ugovora o radu ili radnih odnosa}.\textsuperscript{1473} U to je izričito uključena \textit{otpremnina} u slučaju prestanka radnog odnosa ako je to propisano nacionalnim pravom (čl. 3.

\textsuperscript{1468} Ona je preuzela radnike Fonda za razvoj i zapošljavanje koji su radili na poslovima osiguranja radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca, sredstva namijenjena za isplatu radničkih potraživanja, kao i prava i obveze s osnove osiguranja radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca (čl. 26.). Iako je Fond za razvoj i zapošljavanje trebao biti jamstveni fond kakvog propisuju direktive o insolventnosti, on je ustvari bio "razvojni fond". Bodiroga-Vukobrat, N., \textit{Osiguranje potraživanja radnika za slučaj insolventnosti poslodavca}, op. cit., str. 468.

\textsuperscript{1469} Zakon o jamstvenim i preživinskim skladu, Ur.l. RS 26/03. (proč. tekst).


\textsuperscript{1471} ERA (1996), čl. 166.-170. i 182.-190.

\textsuperscript{1472} Još veći broj zaštićenih potraživanja i dulja minimalna razdoblja za koja se jamči isplate predviđa Preporuka br. 180. Uz potraživanja utvrđena Konvencijom to su i potraživanja: plaće za prekovremeni rad, provizije i drugih oblika naknada za obavljeni rad; božićnica i drugih bonusa utvrđenih nacionalnim zakonima i drugim propisima, kolektivnim i pojedinačnim ugovorima o radu; naknade plaće za vrijeme otkaznog roka; naknade štete zbog nezakonitog otkaza i drugih isplata radnicima zbog prestanka radnog odnosa; naknade štete zbog profesionalnih bolesti i ozljeda na radu koje isplaćuje izravno poslodavac (čl. 9. st. 1.).

i 4.). Jamstvene institucije osiguravaju potraživanja posloprimaca nastala u razdoblju prije i/ili nakon određenog datuma koji određe države članice (čl. 3. st. 2., tzv. referentno razdoblje).

Poput Konvencije, i Direktiva daje mogućnost državama članicama vremenski ograničiti odgovornost jamstvenih institucija, određujući vremensko razdoblje za koje će jamstvena institucija osiguravati neisplaćenu potraživanja (čl. 4. st. 1.). Ono, međutim, ne može biti kraće od minimalnog razdoblja utvrđenog Direktivom: razdoblja koje pokriva plaću za posljednja tri mjeseca radnog odnosa koja prethode i/ili slijede nakon datuma koji je odredila država članica prema čl. 3. (čl. 4. st. 2. reč. 1.-2.).

Ako izaberu opciju vremenskog ograničenja odgovornosti jamstvenih institucija, države članice mogu minimalno razdoblje od tri mjeseca uključiti u referentno razdoblje, koje u tom slučaju ne može biti kraće od šest mjeseci. Države članice, koje su kao referentno razdoblje odredile razdoblje od najmanje 18 mjeseci, mogu razdoblje za koje jamstvene institucije osiguravaju neisplaćena potraživanja ograničiti na 8 tjedana. U tom slučaju za izračunavanje minimalnog razdoblja umijaju se razdoblja najpovoljnija za radnika (čl. 4. st. 2. reč. 3.-5.).

**Hrvatski**

Zakon o osiguranju potraživanja radnika jamči radnicima prava na: neisplaćene plaće za posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja odnosno prije prestanka radnog odnosa, ako je isti prestao unutar tri mjeseca prije otvaranja stečaja; neisplaćene naknade plaće za bolovanje koje je prema propisima o zdravstvenom osiguranju poslodavac bio dužan isplatiti iz svojih sredstava u posljednja tri mjeseca prije otvaranja stečaja odnosno prije prestanka radnog odnosa, ako je isti prestao unutar tri mjeseca prije otvaranja stečaja; neisplaćenu naknadu plaće za neiskorišteni godišnji odmor na koji je radnik stekao pravo u kalendarskoj godini u kojoj je prestao radni odnos, odnosno u kojoj je otvoren stečaj; otpremninu pod uvjetima utvrđenim zakonom; pravomoćno dosuđenu naknadu štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti (čl. 3. st. 1.). Kao što je vidljivo, hrvatski je zakonodavac iskoristio mogućnost ograničenja odgovornosti jamstvenih institucija predviđenu Direktivom te odredio minimalno razdoblje od tri mjeseca za koje se isplaćuju osigurana potraživanja, koje odgovara minimalnom razdoblju propisanom Direktivom.

U **austrijskom** pravu osigurani su zahtjevi radnika iz radnog odnosa, koji se odnose na sljedeće: naknadu plaće (posebice tekuće plaće) i naknadu štete zbog prestanka radnog odnosa; naknadu štete i slične zahtjeve prema poslodavcu i na troškove nužne za ostvarivanje
prava. Riječ je o, tzv. primanjima izgubljenim zbog stečaja (Insolvenz-Ausfallgeld), a radnik stječe pravo na njihovu naknadu u trenutku nastupanja insolventnosti.\textsuperscript{1474}

Prema \textbf{njeimačkom} pravu radnik ima pravo od Službe za rad zahtijevati isplatu primanja izgubljenih zbog stečaja (\textit{Konkursausfallgeld, Insolvenzgeld}), nastalih u razdoblju posljednjih tri mjeseca prije otvaranja stečaja, a nisu isplaćena u insolventijskom postupku.\textsuperscript{1475}

U \textbf{Velikoj Britaniji} radnici mogu od Nacionalnog osiguravajućeg fonda zahtijevati isplatu: neisplaćenih plaća (za razdoblje do najviše 8 tjedana i do iznosa od najviše 350 £ po tjednu); zakonske minimalne plaće; zaštitne naknade (\textit{protective award}); naknade plaće za godišnji odmor; plaće za vrijeme zakonskog otkaznog roka; naknade štete (\textit{basic award}) za nezakoniti otkaz; zakonske otpremnine.\textsuperscript{1476} U slučaju da radniku ne bude isplaćeno potraživanje ili bude isplaćeno u manjem iznosu, radnik se može tužbom obratiti radnom sudu koji može utvrditi obvezu obvezu isplate.\textsuperscript{1477}


\textsuperscript{1474} Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 275-276.
\textsuperscript{1475} Čl. 183. i dr. SGB III. Osim toga, radnik može u stečajnom posupku od poslodavca potraživati isplatu neisplaćene plaće za razdoblje od 6 mjeseci prije otvaranja stečaja (zaštitna plaća u stečaju, \textit{Lohnschutz im Konkurs}). Čl. 38., 87., 174. i dr. InsO.
\textsuperscript{1477} Radnici mogu, kao vjerovnici s prvenstvenim redom namirenja (\textit{preferred creditors}), potraživati od insolventnog poslodavca dosjele plaće za razdoblje od četiri mjeseca, do visine od 800 £, kao i dosjele naknade plaće za godišnji odmor i određena druga primanja (IA 1986., čl. 386.-387.). Zakonski model potraživanja radnika direktnim zahtjevom prema preostaloj imovini insolventnog poslodavca pruža samo ograničenu zaštitu, pa je u najvećem broju slučajeva država obvezna ispuniti preostale obveze poslodavca. Neisplaćene plaće u iznosu koji prelazi 800 £ radnici mogu potraživati s ostalim neosiguranim vjerovnicima. Loc. cit.
\textsuperscript{1478} Case C-442/00 Rodríguez Caballero v. Fondo de Garantía Salarial [2002] ECR I-11915.
jamstva samo onih potraživanja radnika, nastalih iz ugovora o radu ili radnog odnosa, koja se odnose na plaću kako je definirana nacionalnim pravom. Iz toga bi proizlazilo da prema španjolskom pravu radnik ne može potraživati sporazumno utvrđenu naknadu štete zbog neopravdanog otkaza. Sud je utvrdio da to predstavlja nezakonitu diskriminaciju suprotnu temeljnom načelu jednakosti, koja objektivno nije opravdana.\(^{1479}\)

U predmetu \textit{Cordero Alonso}\(^{1480}\) Sud je potvrdio da opće načelo jednakosti zahtijeva da se na isti način postupa u slučaju zakonske naknade štete zbog prestanka ugovora o radu utvrđene odlukom suda i naknade štete iste naravi utvrđene sporazumom između radnika i poslodavca, do kojeg je došlo uz usmjeravanje i odobrenje suda.\(^{1481}\)

Osim vremenskog ograničenja odgovornosti jamstvenih institucija, Konvencija i Direktiva daju ovlast državama da \textit{ograničite iznose isplata} koje će obavljati jamstvene institucije. Iznosi ne smiju biti ispod razine koja je \textit{socijalno prihvatljiva} (čl. 13. st. 1. Konvencije), odnosno \textit{društveno kompatibilna socijalnoj svrsi Direktive} (čl. 4. st. 3.).\(^{1482}\) Europski sud je u predmetu \textit{Barsotti} utvrdio da je obveza države članice da, u okvirima određenog najvišeg iznosa, osigura isplatu svih neisplaćenih potraživanja. Sve djelomične isplate radnicima moraju se odbiti od ukupnog iznosa koji se radnicima duguje, ali ne od utvrđenog najvišeg iznosa jer bi to ugrozilo socijalnu svrhu Direktive.\(^{1483}\)

U skladu s ovim ovlaštenjem iz Direktive Zakon o osiguranju potraživanja radnika utvrdio je gornju granicu plaćanja Agencije. Određeno je da navedena prava radnici ostvaruju u visini: najviše do visine minimalne plaće u RH za svaki mjeseč za koji radniku nije isplaćena plaća odnosno naknada plaće; najviše do polovice minimalne plaće u RH za slučaj naknade plaće za neiskorišteni godišnji odmor; polovice najvišeg iznosa zakonom propisane otpremnine; te najviše do jedne trećine pravomoćno dosuđene naknade štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti (čl. 3. st. 2.).\(^{1484}\)

---


\(^{1480}\) Case C-81/05 \textit{Anacleto Cordero Alonso v. Fondo de Garantia Salarial (Fogasa)} [2006], ECR I-7569.


\(^{1483}\) Joined cases C-19/01, C-50/01, C-84/01 \textit{INPS v. Barsotti} [2004] ECR I-000, par. 36-38.

\(^{1484}\) Stečajni upravitelji dužni su u stečajnim postupcima nad poslodavcima koji imaju zaposlene radnike otvoriti poseban namjenski račun stečajnog dužnika za prihvat uplate osiguranih potraživanja radnika. Isplate potraživanja radnicima i uplate doprinosa za obvezna osiguranja stečajni upravitelj vrši najkasnije u roku od 8 dana po izvršenoj uplati (čl. 20.).
Direktiva nije odredila vremenski rok u kojem je potrebno predati zahtjev za naknadu. Sud je u predmetu Pflücke utvrdio da su države članice slobodne odrediti vremensko ograničenje, uz uvjet da ne bude nepovoljnije od vremenskih ograničenja koja se odnose na slične domaće zahtjeve i da nije postavljeno na način da u praksi čini nemogućim vršenje prava zajamčenih pravom Zajednice.

Prema Zakonu o osiguranju potraživanja radnika radnik može ostvariti svoja prava ako je potraživanje prijavio u roku i na način utvrđen propisima koji uređuju stečajni postupak, a ukoliko otvoreni stečajni postupak nad poslodavcem nije bio proveden, ako je svoje potraživanje prijavio u roku i na način utvrđen Zakonom. Radnik koji nije ostvario naplatu pravomoćno dosuđene naknade štete zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti ostvaruje pravo bez obzira na to kada mu je prestao radni odnos. Prava ne mogu ostvariti članovi uprave trgovačkog društva, član upravnog odbora i izvršni direktor (čl. 15.). Zahtjev kojim se pokreće postupak radnik mora podnijeti Agenciji ili područnoj službi Zavoda za zapošljavanje.

Zakonom su određeni pojmovi „poslodavac je u stečaju“, „radnik“ i „plaća“ (čl. 2.). Radnikom se smatra osoba zaposlena kod poslodavca na temelju ugovora o radu na neodređeno ili određeno vrijeme, u punom ili nepunom radnom vremenu, kao i osoba koja je kod poslodavca bila zaposlena u vremenu za koje se isplaćuju potraživanja u skladu sa Zakonom. Iako Direktiva daje mogućnost isključenja određenih kategorija radnika iz polja njezine primjene, to ovim Zakonom nije učinjeno.

9.8.3.3.2. Odredbe o socijalnoj sigurnosti

Uz potraživanja koja radnik ima iz ugovora o radu (radnog odnosa) u slučaju stečaja zaštićena su i njegova potraživanja socijalno-pravnog karaktera: prestacije iz socijalnog i mirovinskog osiguranja.

Osiguranje ovih potraživanja Zakon o osiguranju potraživanja radnika zajamčio je obvezom Agencije da, kod isplate plaće i naknade, obračuna i uplati doprinose za obvezna osiguranja (čl. 4.). Uplatu ovih doprinosa stečajni upravitelj dužan je, kao i isplate potraživanja radnicima, izvršiti u roku od 8 dana (čl. 20. st. 2.).

1486 Podnosi se u roku od 30 dana od dana kada je stečajni upravitelj na ispitnom ročištu u stečajnom postupku priznao tražbene radnika, a nije ih osporio ni jedan stečajni vjerovnik, ili od dana kada je objavljena odluka nadležnog suda da se stečajni postupak neće provoditi. O zahtjevu Agencija odlučuje rješenjem u roku od 15 dana od dana podnošenja zahtjeva. Protiv rješenja može se u roku od 30 dana podnijeti žalba, o kojoj odlučuje ministarstvo nadležno za rad. Rješenje ministarstva je konačno i protiv njega se može pokrenuti upravni spor. Agencija je dužna izvršiti uplatu u roku od 15 dana od dana konačnosti rješenja. U postupku rješavanja o zahtjevu primjenjuju se odredbe Zakona o općem upravnom postupku (čl. 19.).
Prema Direktivi države članice imaju mogućnost propisati da jamstvene institucije neće biti odgovorne za doprinose koje insolventni poslodavac duguje bilo nacionalnim fondovima obveznog socijalnog osiguranja (national statutory social security schemes) ili fondovima dopunskog mirovinskog osiguranja (supplementary occupational or inter-occupational pension schemes outside the national statutory social security schemes) (čl. 6.). Odredba je nejasno formulirana, što izaziva sporove oko njenog tumačenja.

Pravni pisci smatraju neodrživim tumačenje prema kojem ova odredba sadrži dopuštenje državama članicama da jednostrano ograniče doseg obveza utvrđenih Direktivom. Nasuprot tome, prihvatljivim se ocjenjuje stajalište, koje je zauzeo i Europski sud u predmetu Commission v. Italy. Prema tom tumačenju odredba samo ovlašćuje države članice da ne propisuju odgovornost jamstvenih institucija za doprinose koje insolventni poslodavac nije uplatio, istovremeno ih obvezujući da u tu svrhu izaberu neki drugi sustav koji će radnicima jamčiti prava na prestacije iz socijalnog osiguranja.

Ova obveza može se izvesti i iz čl. 7. Njime je propisana obveza država članica da poduzmu neophodne mjere kako bi osigurale da neplaćanje obveznih doprinosa, koje je poslodavac bio dužan izvršiti prije nastupa insolventnosti osiguravajućim institucijama prema odredbama nacionalnog zakonodavstva o obveznom socijalnom osiguranju, neće negativno utjecati na pravo radnika da zahtijeva naknade (prestacije) od navedenih osiguravajućih institucija, pod uvjetom da su doprinosi radnika stvarno odbijeni od iznosa plaće. Time je, navodi C. Barnard, potvrđeno stajalište Europskog suda u predmetu Commission v. Italy da država mora izabrati neki drugi sustav jamstva socijalnih prestacija.

U krug osoba koje uživaju socijalnopravnu zaštitu zajamčenu Direktivom uključeni su radnici kao i osobe koje su napustile poduzeće ili pogon poslodavca prije nastupanja insolventnosti. Države članice obvezne su poduzeti neophodne mjere kojima se štite interesi tih osoba u vezi s pravom da trenutno ili u budućnosti istaknu zahtjev za isplatu starosne mirovine, uključujući i obiteljsku mirovinu, iz dopunskih fondova mirovinskog osiguranja (čl. 8.).

---

1488 Sud koristi formulaciju ‘dopuštajući im’ (by allowing them).
1491 Loc. cit.
Izvorna verzija Direktive nije sadržavala odredbe o tome koja jamstvena institucija mora izvršiti plaćanje kada radnici rade u jednoj, a poslodavac postaje insolventan u drugoj državi članici. Zato se to pitanje često pojavljivalo pred Europskim sudom. Zbog razloga pravne sigurnosti i jačanja prava radnika, u skladu s prihvaćenom praksom Europskog suda i Uredbom o insolventnosti, izmjenama Direktive br. 80/987/EZ uneseno je novo poglavlje s odredbama kojima se izričito utvrđuje koja je institucija odgovorna za namirenje potraživanja plaće u slučajevima insolventnosti poduzeća koja svoje aktivnosti obavljaju u više država članica, te odredbom o suradnji između nadležnih upravnih vlasti država članica.

Ako poduzeće koje obavlja aktivnosti na teritorijima najmanje dvije države članice postane insolventno, za nenamirena potraživanja radnika odgovara institucija u državi članici na čijem teritoriju oni rade ili uobičajeno rade. Opseg prava radnika određen je pravom koje se primjenjuje na nadležnu jamstvenu instituciju (čl. 9. st. 1. i 2.). Države članice obvezne su poduzeti nužne mjere kako bi osigurale da u navedenim slučajevima pri određivanju insolventnosti poslodavca u smislu Direktive, u obzir budu uzete odluke donesene u kontekstu insolvencijskih postupaka koji su zatraženi u drugoj državi članici (čl. 9. st. 3.).

Kako bi se omogućila implementacija čl. 9., Direktivom je propisana obveza država članica da donesu odredbe o razmjeni relevantnih informacija između njihovih nadležnih upravnih vlasti i/ili jamstvenih institucija, koje će omogućiti posebice obavještavanje jamstvenih institucija odgovornih za podmirenje neisplaćenih potraživanja radnika (čl. 10. st. 1.);

Hrvatski zakonodavac ispunio je, dijelom, obvezu usklađivanja s odredbama Direktive propisujući da prava iz Zakona o osiguranju potraživanja radnika mogu ostvariti i radnici stranog poslodavca čije je sjedište na području država članica Europskog gospodarskog prostora. To su radnici kojima je mjesto rada ili uobičajeno mjesto rada bilo na području RH u trenutku kada je nad stranim poslodavcem pokrenut stečajni ili sličan postupak koji uključuje djelomičnu ili cjelokupnu imovinu poslodavca, sukladno nacionalnom zakonodavstvu države članice Europskog gospodarskog prostora nadležnom za provođenje postupka nad poslodavcem (čl. 16.).

Ostaje obveza da se, radi potpune implementacije

1493 Države članice trebaju obavijestiti Komisiju i druge države članice o detaljima za kontakt s njihovim nadležnim javnim vlastima i/ili jamstvenim institucijama, a Komisija mora te informacije učiniti dostupnim javnosti (čl. 10. st. 2.).
1494 Ova odredba počinje se primjenjivati stupanjem RH u EU.

9.8.3.3.4. Zabranu zloporaba


Istom odredbom propisano je pravo država članica da ne priznaju ili ograniče odgovornost jamstvenih institucija ako se čini da je ispunjenje obveze neopravdano zbog postojanja posebnih veza između radnika i poslodavca te zajedničkih interesa koji rezultiraju tajnim sporazumom među njima, ili ako je radnik, sam ili zajedno s bliskim rođacima, vlasnik bitnog dijela poduzeća ili pogona poslodavca i ima značajan utjecaj na njegove aktivnosti (čl. 12. st. b, c). Ovakva ovlast država članica za usvajanje prikladnih mjera kojima se sprječavaju moguće zloporabe svoje polazište ima u čl. 10. Konvencije MOR-a br. 173.

9.8.3.3.5. Odgovornost države za štetu (primjena Direktive i pravni lijekovi)

U odnosu na direktive o kolektivnim viškovima i prijenosu poduzeća, Direktiva o insolventnosti posebnu ulogu daje državi. Kao što je već spomenuto, u predmetu *Francovich* Sud je utvrdio da temeljna odredba Direktive, kojom se uređuju načela

---

organizacije, financiranja i djelovanja jamstvenih institucija, nema izravni učinak. To znači da, u slučaju kada država članica nije u propisanom vremenu implementirala odredbe Direktive u svoj pravni poredak, zainteresirane strane ne mogu tražiti zaštitu prava zajamčenih Direktivom u postupku protiv države pred nacionalnim sudom. Sud je, međutim, u istom slučaju prihvatio važno načelo, načelo odgovornosti države za štetu koju su tužitelji pretrpjeli zbog propusta države (u konkretnom slučaju Italije) da implementira Direktivu. Prema mišljenju Suda načelo odgovornosti države inherentno je sustavu uspostavljenom Ugovorom o EZ-u. Sud je ovime osnažio pravnu zaštitu pojedinaca pred nacionalnim sudovima, koja im stoji na raspolaganju ako im je onemogućeno ostvarivanje subjektivnog prava koje proizlazi iz prava Zajednice.

Sud je pritom utvrdio tri uvjeta za odgovornost države koje je u kasnijoj praksi doradio. Ispunjenjem ova tri uvjeta pojedinci dobivaju pravo zahtijevati naknadu štete izravnim pozivanjem na pravo Zajednice.

Sud je nadalje utvrdio kako se obveza države članice da naknadi štetu utvrđuje u skladu s nacionalnim pravom o odgovornosti za štetu. U nedostatku zakonodavstva Zajednice pravni sustav svake države članice treba imenovati nadležne sudove i propisati detaljna postupovna pravila kako bi se u potpunosti zaštitila prava pojedinaca zajamčena pravom Zajednice. Također, Sud zahtijeva da materijalnopravni i postupovnopravni uvjeti naknade štete utvrđeni nacionalnim pravom države članice ne budu nepovoljniji od onih koji se traže za slična domaća potraživanja i da ne budu oblikovani tako da naknadu štete čine stvarno nemogućom ili pretjerano teškom. Posljedično tome, nacionalni sudovi odgovorni su, u skladu s nacionalnim pravilima o odgovornosti, za ostvarenje prava radnika na naknadu štete pretrpljene kao posljedica propuštanja primjene odredbi direktive.

U predmetu Factortame (No. 3) Sud je izrazio stajalište da naknada štetu mora biti razmjerna pretrpljenoj šteti kako bi se osigurala učinkovita zaštitu povrijeđenih prava.
pojedinaca. Država članica mora naknaditi posljedice prouzročene štete u skladu s pravilima nacionalnog prava o odgovornosti za štetu.1504

9.9. Posebni slučajevi redovitog otkaza

Pored navedena tri osnovna oblika redovitog otkaza, ZR posebno uređuje mogućnost otkaza radniku zbog dva posebna razloga: neuspjeha probnog rada te nepolaganja stručnog ispita.

9.9.1. Otkaz zbog neuspjeha probnog rada

9.9.1.1. Pojmovno određenje i svrha probnog rada

Probni rad (njem. Probeanbeitsverhältnis; austr. Arbeitsverhältnis auf Probe; slov. poskusno delo; engl. probationary employment relationship; franc. la péríode d'essai) jest radni odnos zaključen sa svrhom provjeravanja i obostranog upoznavanja ugovornih strana, koji prestaje ako se za vrijeme probnog razdoblja utvrdi da nije moguć trajni zajednički rad.1505 Za vrijeme probnog rada poslodavac mora imati mogućnost provjeriti sposobnosti radnika, a radniku se mora omogućiti da odluči odgovarajuće radni zadaci i odnosi kod poslodavca (u pogonu) njegovim očekivanjima.1506 Probni rad često se određuje uzimajući u obzir interes samo jedne strane ugovora o radu, a to je poslodavac. Uža bi svrha tako shvaćenog probnog rada bila omogućiti poslodavcu ocijeniti je li radnik odgovarajuća osoba za obavljanje poslova, odnosno ima li određene kvalitete (karakerne osobine, mogućnost uklapanja u konkretnu radnu sredinu, sklonost timskom radu), što je moguće samo kada radnik već radi u određenoj sredini.1507

Radni odnos uz probni rad u teoriji se definira kao ugovor o radu zaključen pod suspensivnim, ili rezolutivnim uvjetom, kao preliminarni ugovor, ili radni odnos *sui generis*.\textsuperscript{1508}

Ž. Potočnjak zastupa stajalište da je „neuspjeh probnog rada zakonom utvrđeni posebni (dodatni) opravdani razlog za redoviti otkaz ugovora o radu“ (različit od opravdanih razloga za otkaz iz čl. 106. st. 1., *ex ZR*).\textsuperscript{1509}

Probni rad može biti zakonski i ugovoreni. **Zakonski** probni rad postoji danas u njemačkom pravu. To je rad osobe koja je kod poslodavca zaposlena do najduže 6 mjeseci. U tom razdoblju na nju se ne primjenjuje tzv. opća zaštita od otkaza, uređena *KSchG*-om.\textsuperscript{1510}

Isto je propisivao hrvatski ZR do Novele 2003. g.\textsuperscript{1511}

Za razliku od toga, **ugovoreni** probni rad temelji se na suglasnoj volji stranaka o takvom obliku radnog odnosa. Prema hrvatskom pravu mogućnost probnog rada ugovorne strane moraju ugovoriti *prilikom* sklapanja ugovora o radu na neodređeno ili određeno vrijeme.\textsuperscript{1512}

Kasnije ugovaranje probnog roka, za vrijeme trajanja ugovora, nije dopušteno. Ovakvo je stajalište potvrdila sudska praksa.\textsuperscript{1513}

Sporazum stranaka o probnom radu mora biti izričit, u obliku pisane klauzule ugovora o radu.\textsuperscript{1514}

U njemačkom pravu temelj za ugovaranje probnog roka jest ugovor o radu, ali i odgovarajući kolektivni ugovor. Probni rad može biti izričito ugovoren ili se o njemu može zaključivati tumačenjem ugovornih odredbi (primjerice, kada je ugovorom predviđen otkazni rok od dva tjedna u prvih šest mjeseci radnog odnosa).\textsuperscript{1515}

---

\textsuperscript{1508} Tintić, N., Radno i socijalno pravo, Knjiga I., op. cit., str. 458.; Gović, Iris, Sadska praksa o dvojbenim pitanjima vezanim uz važnije institute Zakona o radu, u: *Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa*, Zagreb, Inženjerski biro, 2006., str. 66.

\textsuperscript{1509} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 399-400.

\textsuperscript{1510} Ako zbog posebnih zahtjeva radnog mjesta (npr. u medijima, umjetničkoj ili znanstvenoj djelatnosti) poslodavac ne može u predviđenom zakonskom roku ocijeniti u dovoljnoj mjeri sposobnosti i rad radnika, trajanje probnog rada može se ugovorno produljiti. Büsemann/Schäfer, op. cit., str. 38.

\textsuperscript{1511} Za otkaz radniku koji je bio u radnom odnosu kraće od 6 mjeseci poslodavac nije morao imati opravdani razlog niti je imao obvezu da prije otkazivanja takvog radnika pokuša zaposliti na drugim poslovima, osposobi ga ili obrazuje za rad na drugim poslovima i provede socijalni izbor. Riječ je ustvari o zakonskom probnom radu.

\textsuperscript{1512} I u slovenskom pravu sporazum stranaka o probnom radu sadržan je u pojedinačnom ugovoru o radu (čl. 125. st. 1. ZDR-a).

\textsuperscript{1513} VSRH, Revr-574/03, od 2.6.2004. Terek, D., Redoviti otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 87.

\textsuperscript{1514} Nije valjan usmeni sporazum o probnom radu (čl. 12. ZR-a). Također, upućivanje u pojedinačnom ugovoru o radu na određbu kolektivnog ugovora, ili pravilnika o radu kojom se uređuje probni rad za određeno radno mjesto i njegovo trajanje, nije dovoljno, jer nije u skladu s odredbom ZR-a o obveznom sadržaju ugovora o radu (čl. 13. ZR-a). Terek, D., Redoviti otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 86.

\textsuperscript{1515} Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1363 (Rn. 84).
9.9.1.2. Trajanje probnog rada

Zbog svrhe koja se probnim radom ostvaruje, njegovo je trajanje unaprijed ograničeno. U njemačkom, hrvatskom i slovenskom pravu može trajati najduže 6 mjeseci, a u slovenskom može se produljiti u slučaju privremene odsutnosti radnika s posla.\textsuperscript{1516}

U austrijskom pravu radni odnos na probu može otkazati bilo koja stranka, u bilo koje vrijeme i bez obrazloženja. Općenito može trajati do mjesec dana (čl. 1158. st. 2. ABGB-a), za kućne pomoćnice naj dulje do tjedan dana, kućepazitelje dva mjeseca, a namještenike u poljoprivredi godinu dana.\textsuperscript{1517}

Trajanje probnog rada u konkretnom slučaju ovisi o ugovorenom trajanju. Njemački kolektivni ugovori često određuju probni rok kraći od 6 mjeseci. U literaturi možemo naići na stajalište koje na određeni način ograničava slobodu stranaka u određivanju njegova trajanja. Naime, smatra se da bi probni rok trebao trajati onoliko koliko je „potrebno da se provjeri radnika“, a ako su stranke ugovorile nerazmjerno dugačak probni rok, otkaz uz otkazni rok od 2 tjedna može se izreći samo unutar 'primjerenog roka'.\textsuperscript{1518}

Prema stajalištu u domaćoj literaturi, ugovorna odredba o probnom radu duljim od šest mjeseci ništetna je. U takvom slučaju trebalo bi smatrati da je ugovoren probni rad u trajanju od šest mjeseci i da je ništetna samo ugovorna odredba o trajanju probnog rada.\textsuperscript{1519}

9.9.1.3. Duljina otkaznog roka

Za probni rad propisani su kraći otkazni rokovi u odnosu na zakonom propisane osnovne otkazne rokove. Prema Obrazloženju njemačkog Zakona o određivanju otkaznih rokova svrha je ovakvog kraćeg otkaznog roka kod probnog rada odgovoriti na zahtjeve za fleksibilnošću: omogućiti ugovornim stranama relativno lako otkazivanje ugovora dok traje vrijeme provjeravanja.\textsuperscript{1520}

U njemačkom pravu otkazni rok iznosi 2 tjedna, u hrvatskom i slovenskom pravu sedam dana. U slovenskom pravu ovaj rok propisan je samo za otkaz koji daje radnik. Riječ je o najkraćim otkaznim rokovima, pa je dopušteno ugovaranje duljih otkaznih rokova kolektivnim ugovorima, pravilnikom o radu, ili pojedinačnim ugovorom o radu.\textsuperscript{1521} Ako je

\textsuperscript{1516} Čl. 622. st. 3. BGB-a; čl. 35. st. 2. ZR-a; čl. 125. ZDR-a.
\textsuperscript{1517} Floretta/Spielbüchler/Grillberger, op. cit., str. 356.
\textsuperscript{1518} Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1364 (Rn. 86).
\textsuperscript{1519} Produženje ugovorenog probnog rada moguće je ako postoji suglasnost ugovornih strana i ako je ukupno trajanje probnog roka (početnog i produženog) u okvirima zakonskog trajanja probnog roka. Produženje se ugovara izmjenama i dopunama ugovora o radu. Terek, D., Redoviti otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 87.
\textsuperscript{1520} Obrazloženje zakona (Kundigungsfristengesetz, 1993, cit.), cit. prema Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1363 (Rn. 80-81).
\textsuperscript{1521} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 402.
ugovoren probni rad, zakonski otkazni rok primjenjuje se *ipso iure*, pa ga nije potrebno posebno ugovarati.\(^\text{1522}\)

Čini se korisnim ukazati na određena pravila njemačkog prava o određivanju otkaznih rokova kod probnog rada. Ako stranke ugovore otkazni rok u duljem trajanju, moraju voditi brigu o tome da rok bude jednak za poslodavca i za radnika. Kolektivnim ugovorom može se predvidjeti kraći otkazni rok od zakonskog otkaznog roka od 2 tjedna. Ako su stranke suprotno zakonu ugovorile probni rok u trajanju duljem od najduljeg zakonom utvrđenog probnog roka, nakon proteka 6-mjesečnog roka na otkaz ugovora o radu treba primijeniti temeljni otkazni rok iz BGB-a, a ne kraći, 2-tjedni otkazni rok. Ovo posljednje rješenje moglo bi biti smjernica za domaću sudsku praksu u slučajevima kada je ugovorom o radu ugovoren probni rad dulji od šest mjeseci, koji ne bude otkazan nakon proteka šestomjesečnog razdoblja. Iako se odredba o probnom radu smatra ništetnom, na otkaz ugovora o radu mislimo da bi trebalo primijeniti dulje (osnovne) otkazne rokove.

9.9.1.4. Otkaz ugovora o radu s ugovorenim probnim radom (rokom)
9.9.1.4.1. Mogućnost otkazivanja

Otkazivanje ugovora o radu kod kojeg je ugovoren probni rad izaziva rasprave u domaćoj stručnoj javnosti. Jedan od osnovnih razloga takvog stanja jest postojeća, oskudna i nejasna zakonska regulativa o probnom radu i otkazu tog ugovora. ZR sadrži samo jednu odredbu kojom je uređena mogućnost ugovaranja probnog rada, njegovo najdulje trajanje te poseban, skraćeni otkazni rok za otkazivanje ugovora o radu. Nedovoljno razrađene odredbe otvaraju niz pitanja, od kojih je na najvažnija već upozoreno u literaturi radnoga prava.


Pravna je teorija pokušala ublažiti prikazane nedostatke tumačenjem instituta probnog rada i mogućnosti otkazivanja. Ž. Potočnjak u *neuspjehu probnog rada* vidi „zakonom utvrđeni posebni razlog za redoviti otkaz ugovora o radu“, a ne rezolutivan uvjet čijim

\(^{1522}\) Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1365 (Rn. 93).
ispunjenjem prestaje ugovor o radu. Odredba čl. 35. ZR-a propisuje (skraćeni) otkazni rok za otkaz probnog rada, dakle poseban rok za redoviti otkaz ugovora o radu. Dopuštenost redovitog otkaza utvrđena je i u sudskoj praksi. Prema stajalištu Vrhovnog suda poslodavac može redovito otkazati ugovor o radu u kojem je ugovoren probni rok i prije proteka ugovorenog roka probnog rada. 1523 U jednoj odluci niži je sud zauzeo mišljenje da se ugožavanjem probnog rada presumira ugožavanje prava na redovito otkazivanje ugovora o radu sklopljenog na određeno vrijeme. 1524 Na izvanredni otkaz tijekom probnog rada primjenjuju se opća pravila o izvanrednom otkazu ugovora o radu.

Nejasno je, pak, zbog kojih razloga poslodavac može redovito otkazati radniku koji je na probnom radu. Je li to samo neuspjeh probnog rada ili i drugi zakonom propisani razlozi za redoviti otkaz ugovora o radu, odnosno mora li se i neuspjeh probnog rada podvesti pod neki drugi, 'osnovni' razlog. Ž. Potočnjak s pravom ističe da bi prihvaćanje ovog posljednjeg poslodavcu nametnulo „pretjerano teške zahtjeve, neprimjerene svrsi i naravi probnog rada“, jer bi poslodavac u svakom slučaju morao dokazivati postojanje nekog od zakonom propisanih razloga za redoviti otkaz ugovora o radu, kao i ispuniti druge, zakonom utvrđene obveze (mogućnost zapošljavanja radnika na drugim poslovima, osposobljavanja ili obrazovanja, socijalni izbor itd.). Zbog tih razloga autor se zalaže za takvo tumačenje ove odredbe prema kojoj je neuspjeh probnog rada „implicite sadržan kao posebni, na zakonu utemeljeni, opravdani razlog za otkaz ugovora o radu“, bez obzira što se možda poklapa s razlogom za osobno uvjetovani otkaz ili otkaz uvjetovan skrivljenim ponašanjem radnika. To poslodavcu pojednostavljuje otkazivanje jer mora jedino na objektivan način utvrditi da radnik nije zadovoljio na probnom radu. Poslodavac u tom slučaju nema obvezu poštivanja odredbi o otkazu ugovora o radu (ex čl. 106. ZR-a), koja znači dokazivanje ostalih, zahtjevnih uvjeta. Ipak, autor smatra da se ovakvo tumačenje treba uzeti s rezervom. Autor ističe kako je spomenutom Novelom ZR-a iz 2003. g. napušten pristup olakšanog redovitog otkazivanju ugovora o radu koji traje do 6 mjeseci.

1525 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 401-402. Autor ističe kako je spomenutom Novelom ZR-a iz 2003. g. napušten pristup olakšanog redovitog otkazivanja ugovora o radu koji traje do 6 mjeseci.

9.9.1.4.2. Utvrđivanje (ne)uspješnosti radnika na objektivan način i donošenje odluke o otkazu

Za poslodavca će biti neprihvatljiv nastavak radnog odnosa zasnovanog uz probni rad ako je radnik u potpunosti nesposoban za obavljanje predviđenog rada. Neuspješnost radnika jedan je od opravdanih razloga otkaza probnog rada pa mora, kao i drugi razlozi, biti utvrđena 'na objektivan način'.

ZR ne sadrži nikakve odredbe o kriterijima i načinu praćenja uspješnosti radnika tijekom probnog rada. Oni su na taj način prepušteni poslodavcu ili sporazumu stranaka u ugovoru o radu. Stranke koje su se sporazumjelo o načinu praćenja rada radnika moraju se tog sporazuma pridržavati. Ako stranke u ugovoru nisu ništa predvidjele, poslodavac ima gotovo potpunu slobodu urediti praćenje radnikova rada. Ono bi, naravno, trebalo biti objektivno. Ovisno o tome tko je poslodavac, fizička ili pravna osoba, mogući su različiti

1526 Teorija razlikuje tri oblika ugovorenog probnog rada: radni odnos na kalendarski određeno vrijeme, radi provjeravanja, koji prestaje automatski istekom uz pravodobnu obavijest o tome (čl. 620. st. 1., 3. u vezi s čl. 163., 158. st. 2. BGB-a, čl. 15. st. 3. TzBIG-a); radni odnos na neodređeno vrijeme uz početni probni rok koji predstavlja najkraće vrijeme na koje je ugovor zaključen (Mindestvertragszeit), kod kojeg je isključen redoviti otkaz; radni odnos na neodređeno vrijeme s početnim, tzv., pravim rokom provjeravanja (echtes Erprobungszeit). Dütz, W., op. cit., str. 65.

1527 Iako u literaturi prevladava mišljenje da se ugovor o radu na određeno vrijeme ne može redovito otkazati ako to stranke nisu izričito ugovorile, BAG je zauzeo suprotno stajalište. To proizlazi, između ostalog, iz svrhe probnog rada da se strankama omogući da se što je moguće prije „riješe“ jedna druga ako ustanove da nije moguć trajni zajednički rad. BAG 4.7.2001 RzK i 9a Nr. 192. Više: Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1365-1366 (Rn. 88-91).

1528 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1502 (Rn. 257).

1529 Terek, D., Redoviti otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 87.
načini praćenja. Ž. Potočnjak zalaže se za institucionalizirano praćenje radnikova rada tijekom probnog rada.

U jednoj odluci Županijskog suda u Varaždinu vidljivo je da je sud prihvatio kao relevantne navedene elemente. Sud je utvrdio da u slučaju kada radnik pobija odluku o otazu ugovora o radu, sud nije ovlašten upuštati se u pravilnost poslodavčeve ocjene rada radnika tijekom trajanja probnog rada, osim kad bi se tvrdilo da je otaz ugovora o radu posljedica diskriminacije. Sud je ovlašten raspraviti jedino pitanje je li ugovorom o radu ugovoren probni rad, je li postojala negativna ocjena rada radnice za vrijeme trajanja probnog roka, je li njezin rad praćen u skladu s odredbama Pravilnika o radu poslodavca te je li ocjenu dala ovlaštena osoba.

Odluka o rezultatima probnog rada može biti pozitivna ili negativna. Treba je razlikovati od odluke o otazu probnog rada, koja je na njoj utemeljena. Obje odluke trebaju imati obrazloženje. Odluka o otazu mora biti u pisanom obliku, a preporučljivo je da i odluka o rezultatima probnog rada bude pisana.

U praksi se pojavljuje nekoliko spornih pitanja vezanih uz trenutak davanja ocjene, odnosno otkazivanja ugovora o radu i trajanje i istek probnog rada. Naime, često se odluka o negativnim rezultatima probnog rada, pa time i odluka o otazu, donose nakon isteka razdoblja probnog rada. Ako je radni odnos zasnovan na određeno vrijeme, a radnik je nakon isteka probnog rada nastavio raditi, postavlja se pitanje primjene presumpcije o zasnivanju radnog odnosa na neodređeno vrijeme, iz čl. 10. st. 5. ZR-a.

Ako je radni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme, mislimo da nema zapreke da odluka o neuspješnosti radnika i na njoj zasnovana odluka o otazu radniku bude donesena i nakon proteka probnog rada. Ta mogućnost trebala bi biti ograničena na određeno, vrlo kratko razdoblje nakon isteka probnog rada (primjerice, dva tjedna ili mjesec dana). Radni odnos takvom radniku prestaje nakon isteka otakznog roka od 7 dana, koji se računa od dana dostave odluke o otazu (čl. 112. st. 3. ZR-a). Ne bi bila dopuštena odluka o otazu u kojoj bi kao dan prestanka bio naveden sljedeći dan nakon isteka probnog rada. Prava radnika zaštićena su, jer je on u radnom odnosu ostao dulje vrijeme, odnosno određeno vrijeme nakon isteka ugovorenog trajanja probnog rada.

---

1530 Više o tome Terek, D., Redoviti otaz ugovora o radu, op. cit., str. 87.
1531 Ž. Potočnjak, Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 401.
1532 Županijski sud u Varaždinu, Gž-972/06-2, od 2.5.2006. IngPrSP, 2009., br. 5, str. 57.
Drugo važno pitanje odnosi se na mogućnost otkazivanja radniku za vrijeme dok probni rad još traje.\textsuperscript{1533} Vrhovni sud zauzeo je stajalište da poslodavac može otkazati ugovor o radu i prije proteka probnog roka. U slučaju radnika koji je na temelju ugovora o radu na neodređeno vrijeme, s ugovorenim šestomjesečnim probnim radom, obavljao poslove direktora, kojem je poslodavac otkazao ugovor nakon mjesec dana jer nije zadovoljio na poslovima za koje je sklopljen ugovor o radu, Vrhovni je sud utvrdio da „radni odnos ne mora u svakom slučaju trajati tijekom cijelog ugovorenog roka probnog rada. Ako poslodavac i prije isteka roka probnog rada utvrdi da radnik ne ostvaruje očekivane rezultate rada, može mu otkazati ugovor o radu i prije isteka ugovorenog roka probnog rada.“\textsuperscript{1534} Ovakvo stajalište prihvaćeno je i u literaturi.\textsuperscript{1535}

9.9.1.5. Prijedlozi \textit{de lege ferenda}

Svrha probnog rada opravdava različito uređenje ovog instituta i različit položaj radnika u probnom radu u odnosu na ostale radnike. I Konvencija MOR-a br. 158 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca dopušta izuzeće od primjene za radnike na probnom radu (čl. 2. st. 2.).

Zakonsko uređenje probnog rada u Hrvatskoj nije zadovoljavajuće. Primjena nedovoljno jasnih odredbi ZR-a u praksi otvara niz spornih pitanja i stvara teškoće kako poslodavcima tako i sudovima. Nažalost, zakonodavac nije iskoristio mogućnost da u novom zakonu otkloni postojeće nejasnoće i time uzrokovanu pravnu nesigurnost.

U nastavku dajemo prijedlog uređenja probnog rada \textit{de lege ferenda}:

1. Radnik i poslodavac mogu prilikom sklapanja ugovora o radu ugovoriti probni rad.

2. Probni rad ne smije trajati duže od šest mjeseci.

3. Za vrijeme trajanja probnog rada radnik može otkazati ugovor o radu uz otkazni rok od najmanje sedam dana, bez navođenja razloga.

4. Poslodavac može radniku otkazati ugovor o radu uz otkazni rok od najmanje sedam dana u slučaju:

\textsuperscript{1533} Kaladić, Ivan, Mogućnost ocjene neuspješnosti rada radnika prije isteka ugovorenog roka probnog rada, \textit{HPR}, god. 5, br. 11, 2005., str. 46-48.

\textsuperscript{1534} VSRH, Revr-160/04, od 9.06.2004.

\textsuperscript{1535} Svrha je probnog rada pružiti mogućnost radniku da iskaže svoju radnu uspješnost, koju poslodavac provjerava na objektivan način, pa svrha može biti „jasno ostvarena“ i prije isteka probnog rada, ako se pokaže da radnik nema sposobnosti za obavljanje ugovorenih poslova, ili ne ostvaruje očekivane rezultate rada, što je poslodavcu očito vidljivo. S druge strane, zakon ne daje nikakvo jamstvo da će radni odnos trajati do isteka probnog rada. Kada radnik ne postiže očekivane radne rezultate, za poslodavca bi bilo nepravično da mora ostati u radnom odnosu do isteka probnog rada, a ponekad bi mu to moglo uzrokovati i štetu. Kaladić, I., op. cit., str. 47.
1) ako za vrijeme trajanja probnog rada utvrdi da radnik nije uspješan u obavljanju ugovorenih poslova,
2) ako po isteku probnog rada utvrdi da radnik nije uspješno izvršio probni rad.

(5) Poslodavac može radniku otkazati ugovor o radu izvanrednim otkazom ako postoje razlozi iz čl. 108 ovog zakona.

(6) Na otkaz poslodavca radniku zbog neuspješnog probnog rada ne primjenjuju se odredbe o obvezi poslodavca da pokuša radnika zaposliti na drugim poslovima, obrazovati ga ili osposobiti za rad te odredbe o socijalnom izboru uređene ovim zakonom.

9.9.2. Otkaz zbog nepolaganja stručnog ispita

Uz otkaz zbog neuspjeha probnog rada, ZR uređuje još jedan poseban razlog za redovitim otkaz ugovora o radu. Riječ je o otkazu pripravniku zbog nepolaganja stručnog ispita u propisanom roku nakon završenog pripravničkog staža (čl. 40.). Polaganje stručnog ispita jedna je od temeljnih obveza pripravnika, koja može biti propisana zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu. Zakonom nije propisan poseban otkazni rok, pa se primjenjuju opći otkazni rokovi. Iz postojeće zakonske formulacije proizlazi da se pripravniku ugovor može otkazati i zbog drugih razloga, redovitim, a tako i izvanrednim otkazom.

U slovenskom pravu mogućnost otkazivanja pripravniku za vrijeme trajanja pripravništva značajno je ograničena te time puno teža u odnosu na hrvatsko pravo. Poslodavac ne može pripravniku otkazati ugovor o radu, osim ako ne postoje razlozi za izvanredni otkaz ugovora ili u slučaju pokretanja postupka prijenosa poduzeća (čl. 123. ZDRA). Zakon ne uređuje otkaz zbog nepolaganja stručnog ispita, odnosno posljedice nepoloženog ispita na postojanje ugovora o radu. Ispit je prema slovu zakona obvezan i polaže se nakon isteka razdoblja pripravništva, kao sastavni i zaključni dio pripravništva (čl. 122. st. 3. ZDRA). Prema tumačenju doktrine stranke ugovorom o radu mogu urediti način obavljanja i ocjenjivanja pripravništva, obveze u vezi s obavljanjem završnog ispita, eventualni dopust za učenje i dr., kao dio ugovornih prava i obveza. 1536 Mogućnost da se ugovorom urede i posljedice nepolaganja ispita, doktrina ne spominje. Mislimo da se iz formulacije odredbe čl. 122. st. 3. treba zaključiti da je uspješno položeni ispit uvjet za nastavak radnog odnosa.

9.10. Zabrana otkazivanja određenim skupinama radnika

Posebnu zaštitu od otkaza uživaju određene skupine radnika koje imaju određena svojstva ili uz posebne pretpostavke. Riječ je o osobama kojima je potrebna snažnija zaštita od otkaza, jer ih otkaz osobito teško pogaja i/ili su tu zaštitu zavrjedili. Posebna zaštita sastoji se u ograničenju otkazivanja takvim osobama. Može se odnositi na apsolutnu zabranu izricanja otkaza za vrijeme dok radnik ima određena svojstva ili ispunjava određene pretpostavke, ili na relativnu zabranu otkazivanja određenim osobama, kojima se otkaz može izreći samo uz suglasnost radničkog vijeća. U ovome dijelu rada bit će riječi o prvoj skupini osoba.

Prema hrvatskom pravu u skupinu kojoj je zabranjeno otkazati ugovor o radu ulaze trudnice i osobe koje koriste neko od prava kojima seštite roditelji i s njima izjednačene osobe, radnici privremeno nesposobni za rad zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti te osobe na izvršenju vojne obveze. Riječ je o apsolutnoj zabrani, jer se zabrana ne može otkloniti sudskom ili arbitražnom odlukom, čak i ukoliko postoje opravdani, zakonski razlozi za otkaz takvoj osobi.1539

Temelj zabrane otkazivanja trudnicama i drugim osobama koje koriste neko od prava kojima seštite roditelji i s njima izjednačene osobe, apsolutnoj zabrani, jest odredba čl. 71 ZR-a. Zabrana se odnosi na razdoblje trudnoće ili korištenja nekog od prava u vezi sa zaštitom roditelja kao i razdoblje od 15 dana nakon prestanka trudnoće ili prestanka korištenja nekog od navedenih prava. Sličnu, ali opsegom bitno manju zaštitu uživaju radnice trudnice prema njemačkom pravu. Poslodavac im ne smije izreći otkaz za vrijeme trajanja trudnoće te u razdoblju od četiri mjeseca nakon poroda (čl. 9. st. 1. Zakona o zaštiti majčinstva1541). Jedina je pretpostavka da je poslodavcu u vrijeme izricanja otkaza bilo poznato da je radnica trudna ili da je rodila, ili da mu je radnica to priopćila u roku od dva tjedna nakon što joj je dostavljena obavijest o otkazu. Ipak, od ovog pravila postoje izuzeci. Zakon izričito propisuje

---

1538 Zöllner/Loritz, op. cit., str. 316.
1539 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 434.
1540 To su osobe koje koriste rodiljnu, roditeljski, posvojiteljski dopust, koriste pravo rada s polovicom radnog vremena, rada u skraćenom radnom vremenu radi pojačane njege dijete, dopusta trudnice ili majke koja doji dijete, te dopust ili rad u skraćenom radnom vremenu radi skrbi i njegove dijete s težim smetnjama u razvoju.
1542 Ovaj rok nije obvezujući ako je njegovo propuštanje uzrokovano razlogom na kojega radnica nije mogla utjecati te ako je odmah po prestanku razloga izvijestila poslodavca.
da je nadležno tijelo vlasti (pokrajinska uprava za rad) ovlašteno „iznimno u posebnim slučajevima“ odobriti izrečeni otkaz, ako otkaz nije u vezi sa stanjem žene za vrijeme trudnoće niti tijekom razdoblja od četiri mjeseca nakon poroda. Ipak, takvi su slučajevi u praksi vrlo rijetki i dolaze u obzir jedino kod izvanrednog otkaza ugovora o radu. Zaštita radnica od otkaza odnosi se na zaštitu od gubitka radnog mjesta, a ne znači i potpunu zaštitu plaće u zaštićenom razdoblju.

Drugou skupinu radnika posebno zaštićenih od otkaza prema ZR-u čine radnici koji su privremeno nesposobni za rad zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti (čl. 74. st. 1.). Njima poslodavac ne smije otkazati ugovor o radu za vrijeme trajanja privremene nesposobnosti za rad, zbog liječenja ili oporavka, bez obzira o kojem se razlogu otkaza radilo. U njemačkom pravu za otkaz ovoj kategoriji radnika zahtijeva se prethodna suglasnost Glavnog uređa za socijalnu skrb, za redoviti i izvanredni otkaz zbog važnog razloga.

Treću skupinu zaštićenih radnika čine radnici koji vrše dužnosti građana u obrani (čl. 289. st. 7.-9. ZR-a). Poslodavac ne može takvim radnicima redovito otkazati ugovor o radu za vrijeme dok vrše te dužnosti, a ukoliko to učini, otkaz je nedopušten, a radnik ostvaruje sva prava propisana Zakonom za slučaj nedopuštenog otkaza. Također, Zakonom je propisano da vršenje dužnosti građana u obrani nije dopušten razlog za otkaz ugovora o radu.

Zaštita radnika koji služe vojni rok ili služe vojni rok kao civilni za vrijeme obavljanja službe.

U slučaju stečaja stečajni upravitelj oslobođen je ograničenja koja utvrđuje ZR pa ni ove skupine radnika nisu zaštićene od otkaza.

Prema stajalištu u hrvatskoj radnopravnoj doktrini apsolutna zabrana otkazivanja nekim skupinama pretjerana je, jer bez obzira na mogućnost da za njih nastupe neki od

---

1543 Zöllner/Loritz, op. cit., str. 318.
1544 Više ibid., str. 318-319.
1545 Ova skupina radnika u povoljnijem je položaju u odnosu na kategoriju radnika koji su privremeno nenazočni na radu zbog obične bolesti, jer im poslodavac ne smije otkazati ugovor o radu bez obzira o kojem se razlogu otkaza radilo, dok radnicima koji su nenazočni zbog obične, a ne profesionalne bolesti, ili ozljede na radu poslodavac može otkazati zbog drugih opravdanih razloga, osim zbog nenazočnosti na radu uvjetovane bolesti. Posebnu radno-pravnu zaštitu radnika koji su privremeno (ili trajno) nesposobni za rad treba shvatiti kao pozitivnu diskriminaciju kojom se pogoduje osobama s tjelesnim/duševnim poteškoćama u odnosu na osobe koje tih poteškoća nemaju. Grgurev, Ivana, Diskriminacija na temelju tjelesnih ili duševnih poteškoća u radnom pravu, RP, br. 2, 2006., str. 32-33.
1548 Više infra, pog. Otkaz ugovora o radu u slučaju stečaja poslodavca.
razloga za otkaz, primjerice zbog skrivljenog ponašanja, takvim radnicima poslodavac ne može otkazati ugovor o radu. Predlaže se relativiziranje odredbi ili promjena u smislu da bi se zabrana odnosila samo na poslovno i osobno uvjetovani otkaz. Ovakav je prijedlog prihvatljiv, na što upućuje i slično rješenje prihvaćeno u njemačkom pravu. Prednost treba dati zaštiti interesa poslodavca da organizira nesmetano poslovanje poduzeća, koje je ugroženo u slučaju skrivljenog ponašanja radnika. Sigurnost radnog odnosa radnika iz zaštićene skupine ostala bi zajamčena kada je riječ o poslovno i osobno uvjetovanom otkazu.

10. REDOVITI OTKAZ UGOVORA O RADU KOJI DAJE RADNIK

Radnik je u pravilu neograničen u svome pravu redovitog otkazivanja ugovora o radu. Takav položaj proizlazi iz načela slobode otkazivanja, prema kojem trajni radni odnosi mogu prestatiti otkazom kao jednostranom očitovanjem volje, čime je strankama zajamčena sloboda okončanja ugovora (Kündigungsfreiheit) kao rezultat slobode ugovaranja. Ograničenje slobode otkazivanja na strani radnika najčešće je vezano uz obvezu propisanog ili ugovorenog oblika otkaza te obvezu radnika da radi za vrijeme trajanja otkaznog roka.

10.1. Razlozi za redoviti otkaz

U većini zakonodavstava ne traži se poseban razlog za redoviti otkaz ugovora o radu koji daje radnik. Također, ni kolektivnim ugovorima nije ograničena sloboda radnika da redovito otkaze ugovor o radu.

Prema ZR-u radnik ne mora navoditi razloge zbog kojih redovito otkazuje ugovor o radu (čl. 107. st. 6. ZR-a), što znači da može otkazati i bez nekog određenog razloga.

10.2. Oblik otkaza ugovora o radu kojeg daje radnik

U vezi s oblikom otkaza ugovora o radu kojeg daje radnik upućujemo na poglavlje o obliku otkaza ugovora o radu općenito.

Prema hrvatskom pravu, kao i slovenskom te njemačkom, radnik može otkazati samo u pisanom obliku, a usmeni otkaz nema nikakav pravni učinak. U francuskom pravu ne postoji zakonom propisana obvezna (pisana) forma otkaza. Ona može biti predviđena kolektivnim ugovorom, ali nepoštivanje te obveze ne utječe na valjanost otkaza.

U judikaturi nekih zemalja prihvaćen je otkaz dan u prešutnom obliku, nepojavljivanjem na radnom mjestu ili njegovim napuštanjem (desertion of the post), kao što je primjerice u Austriji, u kojoj se ne zahtijeva određena forma otkaza radnika. U Francuskoj se smatra da je radnik napustio radno mjesto ako je odsutan s posla duže vrijeme, a s obzirom na okolnosti može se zaključiti da ima ozbiljnu i jasnu namjeru okončati ugovor. Prema stajalištu britanskih sudova smatra se da je ugovor o radu prestao ako se radnik ponaša na...

---

1550 v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 16-17 (Rn. 1); Preis, u: A/P/S, op. cit., str. 116 i d. (Rn. 1 i d).
1551 Termination of employment relationships, op. cit., str. 101.
1552 Isto ZDR, čl. 81. st. 1.
1553 Vidi supra, pogl. Oblik otkaza.
1554 Termination of employment relationships, op. cit., str. 104.
takav način da razumni poslodavac može vjerovati da je radnik okončao ugovor. Isto vrijedi i za Irsku. Ugovor o radu može prešutno, na ovaj način, prestati i u Grčkoj, Španjolskoj te Finskoj, u kojoj se zahtijeva da radnik bude odustan s posla najmanje tjedan dana i da za to nema valjanog razloga.1555

10.3. Trajanje otkaznog roka

Na trajanje otkaznog roka1556 u slučaju kada otkazuje radnik, u hrvatskom pravu primjenjuje se opće pravilo o najmanjem trajanju otkaznog roka (čl. 114. ZR-a). Ipak, radnik je u povolnijem položaju u odnosu na poslodavca jer je zakonom propisan poseban otkazni rok za slučaj kada ugovor otkazuje radnik, koji ne može biti dulji od mjesec dana, i ako radnik za to ima važan razlog. Osim toga, kraći otkazni rok od zakonskog za slučaj kada ugovor o radu otkazuje radnik, moguće je odrediti kolektivnim ugovorom ili pojedinačnim ugovorom o radu (čl. 114. st. 6. i 7.).

Oredbe slovenskog ZDR-a propisuju za slučaj kada ugovor otkazuje radnik minimalni otkazni rok od mjesec dana, koji je moguće kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu utvrditi i u duljem trajanju, ali ne dulje od tri mjeseca (čl. 92. st. 1.). U njemačkom pravu temeljni otkazni rok za radnika (jednak je i za poslodavca) iznosi 4 tjedna (čl. 622. st. 1 BGB-a). U Austriji otkazni rok iznosi 14 dana za radnike (čl. 77. GewO, čl. 1159.c ABGB-a), dok za službenike iznosi mjesec dana, a može se izreći krajem mjeseca (čl. 20. AngG-a).1557 U V. Britaniji zakonski minimalni otkazni rok iznosi tjedan dana za radnika koji je zaposlen dulje od mjesec dana (čl. 86(2), ERA (1996)).

10.4. Obveza rada za vrijeme otkaznog roka i odsutnost radi traženja posla

Za vrijeme trajanja otkaznog roka radnik je obvezan raditi. Radnikovo nepoštivanje otkaznog roka predstavlja povredu ugovora o radu.1558 Prema ZR-u radnik ima pravo uz naknadu plaće biti odsutan s rada najmanje četiri sata tjedno radi traženja novog zaposlenja (čl. 114. st. 5. ZR-a). Ovo pravo propisuje i slovenski ZDR, ali u manjem opsegu, jer pravo

1555 U drugim zakonodavstvima uz nedolaženje radnika na posao ili napuštanje radnog mjesta vezuju se drukčije posljedice. Tako se, primjerice, u Danskoj takvo ponašanje smatra povredom ugovora; u Italiji je to opravdani razlog za otkaz radniku, a u Nizozemskoj za izvanredni otkaz. U Švedskoj ne postoje zakonske norme, ali je u sudskoj praksi prihvaćeno da radni odnos može prestat nakon nekoliko tjedana, kao posljedica ponašanja radnika, osim u državnim službama gdje otkaz radnika mora uvijek biti u pisanom obliku. Termination of employment relationships, op. cit., str. 103-104.

1556 Više infra pogl. Otkazni rok.
1558 Termination of employment relationships, op. cit., str. 101-103.
oodsutnosti s rada iznosi najmanje dva sata tjedno, a zajamčeno je radniku samo u slučaju kada ugovor o radu otzuje poslodavac (čl. 95.).

10.5. Učinci otkaza ugovora o radu kojeg daje radnik

Zakonodavstva nekih zemalja priznaju pravo radnika koji je otkazao ugovor o radu na otkadnju, iako je riječ o pravu koje je, u pravilu, vezano uz otkaz koji poslodavac izriče radniku.1559 Također utvrđuje se pravo radnika na naknadu štete zbog takvog otkaza, koja se vezuje uz opravdanost otkaza odnosno krivnju poslodavca za otkaz.

Prema hrvatskom pravu radnik ima mogućnost tražiti odštetu od poslodavca u skladu s odredbom čl. 108. st. 3., o naknadi štete u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu. U sudskoj praksi takve naknade vezuju se uz iznos otpremnine na koju bi radnik imao pravo u slučaju kada mu poslodavac otkazuje ugovor o radu.1560

U Njemačkoj poslodavac isplaćuje radniku 'naknadu štete' ako radnik ima opravdani razlog za otkaz. U Francuskoj radnik ima pravo na naknadu štete ako je sud odlučio da se otkaz koji je dao radnik može 'pripisati' poslodavcu zbog njegova nekorektnog ponašanja (comportment fautif), npr. neisplate plaće, nasilja i sl., ili bitne promjene ugovora koju je izvršio poslodavac.

Ako je ugovor o radu otkazao radnik, to bitno utječe na prava radnika iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti, o čemu je bilo riječi kod prestanka ugovora o radu sporazumom ugovornih strana. U Austriji radnik gubi pravo na naknadu za slučaj nezaposlenosti, u Njemačkoj to pravo ostvaruje nakon 12 tjedana, dok u Francuskoj (kao i Španjolskoj, Nizozemskoj, Portugalu, Luksemburgu) naknadu može ostvariti jedino ako je imao opravdani razlog za otkaz. U V. Britaniji radnik gubi pravo na ovu vrstu naknade (u razdoblju od 1 do 26 tjedana), ako je otkazao bez opravdanog razloga.1561

10.6. Prava poslodavca u slučaju otkaza koji daje radnik

Temešno pravo poslodavca u slučaju otkaza koji daje radnik jest pravo na naknadu štete. U Austriji i Njemačkoj poslodavci mogu podići tužbu za naknadu štete pred radnim sudom, bez vremenskog ograničenja, ako radnik nije odradio otkazni rok, a za to nije imao opravdanih razloga. U Velikoj Britaniji poslodavac može zahtijevati naknadu štete pred sudom koji rješava građansko-pravne stvari, u roku od 6 godina od trenutka kada ga je radnik

1559 Više infra, pogl. Otpremnina.
1561 Termination of employment relationships, op. cit., str. 105-106.
propustio obavijestiti o otkazu, odnosno ako je do prestanka ugovora došlo zbog povrede ugovora. U Francuskoj poslodavac ima pravo zahtijevati od suda da utvrdi nezakonitost takvog otkaza, a u slučaju kada radnik nije poštivao otkazni rok, može tražiti naknadu štete. Pravo zahtijevati naknadu štete zbog neodrađenog otkaznog roka imaju i hrvatski poslodavci, ali ga u praksi najčešće ne koriste.

10.7. Konstruktivni otkaz (constructive dismissal)

U britanskom pravu poznat je poseban oblik otkaza, konstruktivni otkaz (constructive dismissal). Uređen je zakonom ERA (1996) (čl. 95(1)(c) kao otkaz radnika, bez ili s otkaznim rokom, u okolnostima u kojima je radnik ovlašten raskiniti ugovor bez otkaznog roka zbog razloga koji je u vezi s ponašanjem poslodavca. Radnik nije obvezan obavijestiti poslodavca o razlozima otkaza u trenutku raskida ugovora, jer je jedini razlog za otkaz ponašanje poslodavca. Ipak, radnici koji otkazuju bez prethodnog postupka uređenog Kodeksom prakse izloženi su opasnosti da se eventualna naknada štete na koju imaju pravo smanji za 25% ako je raskid bio nerazuman.

Test skrivljenog ponašanja poslodavca implicitno uključuje primjenu običajnog prava o ugovorima, točnije o pravu radnika da raskine ugovor u slučaju kada poslodavac povrijedi ugovor o radu (repudiatory breach of contract).

Što, ustvari, znači skrivljeno ponašanje poslodavca koje opravdava otkaz radnika, i britanskim je sudovima teško odrediti. Smatra se dovoljnim postojanje kršenja obveze uzajamnog povjerenja, kao dijela recipročne obveze suradnje. U to ulaze, primjerice: podvrgavanje radnika uvredljivim izjavama; odbijanje ispitivanja opravdanog prigovora radnika u vezi sa zaštitom zdravlja i sigurnosti na radu; optuživanje radnika za krađu; izricanje konačnog pisanog upozorenja zbog neznatnih prijestupa radnika; neutemeljeno inzistiranje da se radnik podvrgne psihijatrijskom pregledu; arbitrarno, kapricioso i neravnopravno izdvajanje radnika manjim povećanjem plaće u odnosu na ostale radnike; sprječavanje pristupa radnika prostorijama poduzeća mijenjanjem brava i obavještavanjem mušterija da radnik više ne radi u poduzeću; dopuštanje seksualnog zlostavljanja radnika; pisanje netočne preporuke za budućeg poslodavca itd.

---

1562 Ibid., str. 107-108.
Kršenjem ugovora uvijek se smatra smanjenje plaće, ograničavanje radnog vremena, zahtjev radniku da svoj glavni posao zamijeni nekim drugim posлом. I niz odvojenih postupaka može predstavljati kršenje ugovora.

Na koncept konstruktivnog otkaza primjenjuju se, međutim, i opća pravila prava o kršenju ugovora što otežava položaj radnika. Iako je konstruktivni otkaz uvijek otkaz zbog kršenja ugovora, kao takav nije ex lege nezakonit, već to utvrđuje sud.\footnote{Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 412-413.}
11. OTKAZNI ROK

11.1. Pojam i svrha otkaznog roka


Svrha je otkaznog roka spriječiti nastanak štete koja bi za stranku nekog ugovora mogla nastati iznenadnim prestankom ugovora voljom samo jedne ugovorne strane.1567 Zbog prihvaćenog načela o otkazu kao krajnjem sredstvu primjenjuje se u pravilu otkaz s otkaznim rokom, jer takva vrsta otkaza omogućava strankama ugovora o radu da otklene štetne posljedice koje bi mogle nastati otkazom odnosno da se prilagode prestanku radnog odnosa.1568 Njime se štite obje ugovorne strane. Poslodavac u tom razdoblju ima mogućnost tražiti novog radnika kao zamjenu za radnika koji mu je otkazao ili kojemu je otkazao ugovor o radu, a radnik može tražiti novi posao ili drugi način osiguranja egzistencije.1569

Uz otkazne rokove vezuju se pitanja: načina njihova utvrđivanja (zakonski i ugovoreni); početka i tijeka otkaznog roka; prava i obveza ugovornih strana za vrijeme trajanja otkaznog roka; utjecaja pogrešnog određivanja otkaznog roka na valjanost otkaza.

11.2. Zakonski otkazni rokovi

U analiziranim zakonodavstvima uređeno je samo najkraće trajanje otkaznih rokova, što je u skladu s pristupom da zakon jamči samo najnižu razinu prava radnika.1570

Slovensko i njemačko pravo predviđaju mogućnost da se odredbama kolektivnog ugovora, a u njemačkom pravu i pojedinačnog ugovora o radu, odstupi od zakonom

1567 Definira se i kao razdoblje između primitka izjavljenog otkaza i prestanka ugovora, predviđeno kako bi se drugoj strani omogućilo da se pripremi za prestanak ugovora koji nije morala ili mogla očekivati. Gorenc, V., Komentar ZOO, op. cit., str. 830.
1568 Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1350 (Rn. 10).
1569 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 404.; Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1350 (Rn. 11); Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 493.
1570 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 404.;
propisanih rješenja čak i kada je to nepovoljnije za radnika. U usporedbi s time, hrvatski radnik uživa veću zaštitu jer je mogućnost skraćivanja zakonom propisanog otkaznog roka kolektivnim ugovorom ili pojedinačnim ugovorom o radu dopuštena samo ako je to u korist radnika, dakle, samo kada radnik otkuze ugovor o radu (čl. 113. st. 6 ZR-a).

11.2.1. Općenito o kriterijima za određivanje trajanja otkaznih rokova

Kriteriji za trajanje otkaznih rokova u Hrvatskoj i Njemačkoj se određuju na temelju različitih kriterija. Hrvatski zakon o otkazu (ZR) propisuje kriterije: neprekinuto radno održavanje sa istim poslodavcem, godina života, razlog otkaza ugovora o radu, subjekt koji otkazuje ugovor o radu, obilježja / vrsta radnog odnosa (primjerice, probni rad i sl.) itd.

U hrvatskom pravu se otkazni rokovi utvrđuju na temelju kombinacije više kriterija. ZR propisuje kriterije: neprekinutog trajanja ugovora o radu s poslodavcem, godina života, razloga otkaza ugovora o radu, subjekta koji otkazuje ugovor o radu (tzv. aktivni subjekt otkaza), a kao jedan od kriterija prihvaćen je i kriterij ugovorenog probnog rada. Uz ove, jedan od kriterija jest i kriterij 'osobe s invaliditetom', utvrđen Zakonom o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, za koju se najkraće trajanje otkaznog roka iz ZR-a produžuje za mjesec dana (čl. 13. st. 3.).

Neka zakonodavstva propisuju otkazne rokove koji se ne vezuju uz određeni kriterij (temeljni, ili minimalni otkazni rok). U njemačkom pravu, tzv. temeljni otkazni rok (Grundkündigungsfrist) iznosi 4 tjedna i primjenjuje se na otkaz ugovora o radu poslodavca i radnika (čl. 622. st. 1. BGB-a), dok se u austrijskom pravu minimalni zakonski otkazni rok od 14 dana primjenjuje samo na radnike u industriji. Propisani su i termini otkaza (Kündigungstermine), datumi kada se otkaz može izreći i kada počinje teći otkazni rok: 15-og u mjesecu, ili na kraju kalendarskog mjeseca.

11.2.2. Pojedini kriteriji za utvrđivanje trajanja otkaznih rokova

Kriterij neprekinutog radnog odnosa kod poslodavca (u poduzeću) polazni je kriterij za utvrđivanje otkaznih rokova. U hrvatskom pravu otkazni rokovi iznose od 2 tjedna za radnika koji je u radnom odnosu proveo manje od 1 godine, do 3 mjeseca za radnika koji je

---

1571 Prema slovenskom ZDR-u, kolektivnim ugovorom na razini djelatnosti može se ugovoriti i drugačije, ali samo ako je riječ o malim poslodavcima (čl. 91). U njemačkom pravu kolektivnim ugovorima može se predvidjeti i drugačije otkazne rokove od onih zakonskih, bez ograničenja (čl. 622. st. 4. al. 1. BGB-a). Odredbe pojedinačnog ugovora o radu mogu sadržavati i kraći otkazni rok od temeljnog otkaznog roka propisanog st. 1. čl. 622. BGB-a, ako su za to ispunjene odredene pretpostavke (st. 5. istog čl.).

1572 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 405.

1573 Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, cit.

1574 Čl. 77. GewO, čl. 1159.c ABGB-a.
kod poslodavca bio u radnom odnosu neprekidno 20 godina. Najkraći otkazni rok za otkaz ugovora o radu kojim je ugovoren probni rad iznosi sedam dana. U slovenskom pravu otkazni rokovi određeni s obzirom na kriterij duljine radnog odnosa kod poslodavca, primjenjuju se samo kada ugovor o radu otkazuje poslodavac. Dodatnu pravnu sigurnost radniku daje odredba da se u radni odnos kod poslodavca uračunavaju i radni odnosi kod njegovih pravnih prednika.

U njemačkom pravu uz kriterij pripadnosti radnika poduzeću vezuju se zakonom propisani, tzv., produljeni otkazni rokovi (verlängerte Kündigungsfristen). Oni vrijede kada poslodavac otkazuje ugovor o radu radniku koji je u poduzeću proveo najmanje 2 godine. Posebna odredba, prema kojoj se kod računanja trajanja zaposlenja ne uzimaju u obzir razdoblja prije radnikovih navršenih 25 godina života (čl. 622. st. 2. al. 1. i 2. BGB-a), bila je predmet razmatranja Europskog suda. Prema mišljenju Suda odredba je protivna zabrani diskriminacije na temelju starosti, iz Okvirne direktive 2000/78/EZ, jer u nepovoljniji položaj stavljaju mlade radnike i radnike srednjih godina u odnosu na starije radnike.

Austrijsko pravo predviđa zakonski otkazni rok od 6 tjedana za namještenike koji su kod poslodavca proveli do 2 godine, do 5 mjeseci za namještenike zaposlene više od 25 godina; francusko od mjesec dana za najmanje 6 mjeseci rada kod poslodavca, do 2 mjeseca nakon dvije godine rada (čl. L. 122-6 CT-a); dok u V. Britaniji najkraći zakonski otkazni rok iznosi najmanje 6 mjeseci za svaku godinu neprekidnog rada kod poslodavca, a najduži 12 tjedana.

Kriterij životne dobi radnika noviji je kriterij u hrvatskom pravu, uveden Novelom ZR-a (2003.). Primjena ovog kriterija ovisi o kumulativnom ispunjenju drugog uvjeta, neprekidnog radnog odnosa u trajanju od 20 godina. Radniku koji je kod poslodavca proveduo rad u radnom odnosu neprekidno 20 godina otkazni rok povećava se za dva tjedna ako je radnik navršio 50 godina života, a za mjesec ako je navršio 55 godina života (čl. 114. st. 2.). Iako je jasna zaštitna svrha ove odredbe, njome se ustvari htjelo popraviti položaj starijih radnika koji je istom Novelom pogoršan, jer su njome najviše skraćeni upravo otkazni rokovi za te kategorije radnika.

1575 Iznose od najmanje 30 dana za radnika koji ima manje od pet godina radnog odnosa kod poslodavca, do 120 dana za radnika koji je kod poslodavca proveo najmanje 25 godina u radnom odnosu.
1577 To je utvrdio i Europski sud u presudi u citiranom predmetu Mangold, C-144/04.
1578 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 405.
Najkraći zakonski otkazni rok skraćuje se prema ZR-u za polovicu ako je razlog zbog kojeg poslodavac otkazuje radniku *skrивljenо ponašanje radnika*. Skraćeni otkazni rok predstavlja neku vrstu kazne radniku zbog kršenja obveza iz radnog odnosa.\(^{1579}\) I slovensko pravo predviđa posebni otkazni rok za ovaj slučaj, ali u jedinstvenom trajanju od mjesec dana (čl. 92. st. 3. ZDR-a).

Kriterij određivanja otkaznog roka s obzirom na **subjekt koji otkazuje** ugovor o radu primijenjen je u ZR-u za slučaj kada ugovor otkazuje radnik. Otkazni rok tada ne može trajati duže od mjesec dana, ali radnik za taj otkaz mora imati *osobito važan razlog*. Minimalni otkazni rok od mjesec dana propisuje i slovenski ZDR ne tražeći, za razliku od našeg zakona, da radnik obrazloži otkaz.\(^{1580}\)

Slažemo se sa stajalištem u doktrini da je ovakvom odredbom poremećena izvjesnost dužine trajanja otkaznog roka, a radniku nametnuta obveza dokazivanja osobito važnog razloga.\(^{1581}\) Formulacija o roku koji „ne može biti duži od mjesec dana“ nejasna je i otvara vrata različitim pravnim tumačenjima. Mislimo da to treba ispraviti, primjerice preciznim određenjem roka od mjesec dana. S druge strane, obveza obrazloženja osobito važnog razloga sigurno predstavlja teret za radnika i stavlja ga u nepovoljan položaj ako poslodavac ne prihvati obrazloženje. Poslodavac tada može zahtijevati od radnika da odradi propisani otkazni rok, a ako ovaj to odbije, može tražiti od radnika naknadu štete koja mu je zbog toga nastala.

Postoji li osobito važan razlog treba prosuđivati s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja.\(^{1582}\) U nekima od njih prepoznajemo razloge za konstruktivni otkaz, institut britanskog prava o kojem je ranije bilo riječi.

**Za osobe s invaliditetom** najkraće trajanje otkaznog roka, propisano ZR-om, uvećava se za mjesec dana, osim ako je otkaz skrivala sama osoba s invaliditetom (čl. 13. st. 3. Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom).

---

\(^{1579}\) Ibid., str. 406.

\(^{1580}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 406.

11.3. Ugovorni otkazni rokovi

Otkazni rokovi mogu biti ugovoreni kolektivnim ugovorima ili pojedinačnim ugovorima o radu; mogu biti dulji ili kraći od zakonskih, te se odnositi na jednu ili obje ugovorne strane.


Zabranu ugovaranja duljih otkaznih rokova za radnika nego za poslodavca predviđaju, pored hrvatskog, njemačko i austrijsko pravo (čl. 622. st. 6. BGB-a; čl. 1159.c ABGB-a). Svrha je zabrane spriječiti različito postupanje prema jednoj od ugovornih strana (Benachteiligungsverbot). Također, u njoj je sadržano i osnovno načelo da otkaz koji daje radnik ne smije biti otežan u usporedbi s otkazom koji izriče poslodavac.

U francuskom pravu zakonske otkazne rokove moguće je produljiti pojedinačnim ili kolektivnim ugovorom o radu; u V. Britaniji se zakonski otkazni rokovi primjenjuju se ako ne postoje ugovorni ili, tzv., razumni otkazni rokovi.

11.3.1. Otkazni rokovi u kolektivnim ugovorima i pojedinačnim ugovorima o radu

Na primjeru njemačkog prava moguće je analizirati sadržaj i ograničenja slobode stranaka kolektivnih ugovora da urede otkazne rokove na način različit od onog koji predviđa zakon. Ovlaštenje stranaka široko je postavljeno te otvara mogućnost da stranke predvide


otkazni rok koji traje svega jedan dan, odnosno redovit otkaz bez otkaznog roka (entfristete Kündigung). Ipak, u ovom posljednjem slučaju od stranaka kolektivnog ugovora traži se da jasno odrede razlog takvog otkaza koji ne smije ispunjavati pretpostavke za izvanredni otkaz ugovora o radu.\textsuperscript{1586} Ovlaštenje stranaka obuhvaća i propisivanje pretpostavki otkaznih rokova na način različit od onog utvrđenog zakonom.\textsuperscript{1587}

11.3.2. Sporazum o skraćenju otkaznog roka nakon izrečenog otkaza

U hrvatskoj literaturi i praksi raspravljalo se i o pitanju dopuštenosti sporazuma radnika i poslodavca o skraćivanju otkaznog roka nakon što je otkaz izrečen. U doktrini je prihvaćeno stajalište da je sporazum dopušten uz uvjet da je zaključen nakon otkazivanja ugovora o radu.\textsuperscript{1588} Stranke se dogovaraju o trenutku prestanka radnog odnosa, a ne o načinu njegova prestanka. Uređuju svoja prava i obveze: razdoblje u kojem radnik ima pravo raditi i primati plaću skraćuje se, kao i razdoblje u kojem poslodavac ima pravo zahtijevati od radnika rad. Kako ističe Ž. Potočnjak, „skraćuje se trajanje jednog dvostrano obveznog odnosa“. Opravdanost sporazuma može se procjenjivati i s aspekta interesa obje stranke da radni odnos prestane prije isteka otkaznog roka: interesa radnika da se što prije zaposli kod novog poslodavca te interesa poslodavca da se što prije „riješi“ tog radnika.\textsuperscript{1589}

Za ocjenu dopuštenosti sporazuma, kao dvostranog akta, valja uzeti u obzir i stajališta o dopuštenosti odricanja radnika od prava na otkazni rok, kao jednostranog akta. Prema mišljenju Vrhovnog suda odricanje je valjano samo ako je učinjeno naknadno, jer se radnik ne može unaprijed, prilikom sklapanja ugovora o radu, odreći prava na otkazni rok, ali to može učiniti nakon davanja otkaza.\textsuperscript{1590} I prema mišljenju Ministarstva rada i socijalne skrbi\textsuperscript{1591} radnik se može odreći prava na otkazni rok, ali se ne spominje nikakvo vremensko

\textsuperscript{1587} Stranke mogu za određenu duljinu trajanja pripadnosti poduzeću ugovoriti drukčije otkazne rokove od onih predviđenih zakonom; za radnike s duljim radnim odnosom predvidjeti jedinstvene otkazne rokove; odrediti drukčije termine otkaza; odrediti drukčije računanje razdoblja zaposlenja relevantnih za određenje trajanja pripadnosti poduzeću. Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1369 (Rn. 113).
\textsuperscript{1588} Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1368 (Rn. 109).\textsuperscript{1589} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 407-408; Knežević, N., Otkazni rokovi ugovora o radu i mogućnost odricanja radnika, op. cit., str. 91.
\textsuperscript{1590} 1591\textsuperscript{1590} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 407. Dopuštenost sporazuma postignutoj nakon izricanja otkaza isti autor potkrjepljuje sljedećim argumentima: nakon izricanja otkaza radnik ostvaruje zakonsko pravo na otkazni rok, koje je takve naravi da radnik njime može slobodno raspolagati; ne postoji javni interes koji bi ugovorne strane prisilio da ostanu u radnom odnosu do isteka roka; postoji interes stranaka da se radni odnos okonča i prije isteka otkaznog roka; to je povoljnije i s aspekta prava na osiguranje za slučaj nezaposlenosti, jer će radnik imati kraći staž prestane li radni odnos prije proteka otkaznog roka. Potočnjak, Ž., Otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 599.
ograničenje, što znači da bi sporazum bio dopušten i kada bi prethodio otkazu. Slažemo se s mišljenjem Ž. Potočnjaka da odricanje radnika od otkaznog roka prije izrečenog otkaza nije prihvatljivo. Protiv takvog rješenja govore razlozi pravne sigurnosti jer to može otvoriti vrata zloupotrebama od strane poslodavca.

Sporazum o skraćenju otkaznog roka mora biti u pisanom obliku kako bi se izbjegle poteškoće oko dokazivanja u eventualnom sudskom postupku. Ministarstvo rada govori o posebnoj pisanoj izjavi. Na sporazum valja primijeniti odredbe o valjanosti ugovora.\textsuperscript{1592}

11.3.3. Novčana naknada umjesto otkaznog roka

Neka zakonodavstva prihvaćaju mogućnost da se radniku umjesto korištenja prava na otkazni rok isplati naknada. Razlozi zbog kojih poslodavcu odgovara da radnik prestane raditi mogu biti različiti, jedan od njih je, primjerice, prestanak potrebe za radom radnika dok još traje otkazni rok. U hrvatskom pravu poslodavac je obvezan radniku koji je na njegov zahtjev prestao raditi prije isteka propisanog ili ugovorenog otkaznog roka isplatiti naknadu plaće i priznati sva ostala prava kao da je radio do isteka otkaznog roka (čl. 114. st. 4.). Slovenski ZDR predviđa mogućnost pisanog sporazuma poslodavca i radnika o odgovarajućoj novčanoj naknadi umjesto korištenja prava na otkazni rok (čl. 94. ZDR-a). U francuskom pravu novčana naknada umjesto otkaznog roka jednaka je plaću koju bi radnik primio da je radio do isteka otkaznog roka.\textsuperscript{1593} Prema britanskom pravu poslodavac može radnika osloboditi obveze da radi za vrijeme otkaznog roka i umjesto toga isplatiti mu naknadu (\textit{payment in lieu of notice}). Naknada se smatra naknadom čime se ugovorno nepravično otkazuje, osim ako ugovorom nije drukčije predviđeno. Ipak, u ovom slučaju smatra se da poslodavac ne krši ugovorne obveze pa najčešće nema tužbi zbog nepravičnog otkaza.

11.4. Računanje otkaznih rokova

Računanje otkaznih rokova uključuje pitanja: početka tijeka otkaznog roka, mogućnosti i razloga prekida (zaustavljanja) tijeka otkaznog roka te završetka otkaznog roka.

Početak tijeka otkaznog roka vezuje se uz trenutak dostave otkaza.\textsuperscript{1594} Prema odredbi ZR-a „otkazni rok počinje teći danom dostave otkaza ugovora o radu“ (čl. 113. st. 1.). Smatramo da je ovakva formularica nejasna, jer upućuje na to da je dan dostave otkaza istovremeno i prvi dan otkaznog roka. Budući da je otkaz valjan tek nakon što je dostavljen,

\textsuperscript{1592} Potočnjak, Ž., Otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 599.
\textsuperscript{1593} Grangé, J., op. cit., str. 125.
\textsuperscript{1594} O dostavi više supra pogl. \textit{Dostava izjave o otkazu}.

328
dan dostave ne uzima se u obzir prilikom računanja roka.\textsuperscript{1595} Zato bi odredbu o početku tijeka otkaznog roka trebalo izmijeniti tako da glasi: \textit{Otkazni rok počinje teći prvog sljedećeg dana nakon dostave otkaza.}

U \textbf{njemačkom} pravu početak otkaznog roka je u pravilu „dan nakon dostave otkaza“ (\textit{Tag nach Zugang der Kündigung}).\textsuperscript{1596} Prema \textbf{slovenskom} pravu otkazni rok počinje teći „sljedeći dan nakon uručenja otkaza“, ili „kasnije, danom kojeg u skladu s programom zbrinjavanja viška radnika u otkazu ugovora o radu odredi poslodavac“ (čl. 93. ZDR-a).

Otkazni rok \textbf{završava} istekom otkaznog roka. Protekom otkaznog roka, radni odnos među radnikom i poslodavcem prestaje, dok se radnik osigurava novca i zdravstvenih usluga.

\textbf{11.5. Prava i obveze radnika i poslodavca za vrijeme otkaznog roka}

Za vrijeme otkaznog roka radni odnos traje pa njegovi subjekti imaju sva prava i obveze koje iz tog odnosa proizlaze. Radnik je, prije svega, obvezan i dalje osobno izvršavati rad, kao svoju osnovnu obvezu iz ugovora o radu, a poslodavac mu je za taj rad obvezan isplatiti plaću, što predstavlja njegovu osnovnu obvezu. Odbijanje obavljanja rada za vrijeme otkaznog roka je krivična prekršajna pričina za ukidanje radnog odnosa.

\textsuperscript{1595} Usp. čl. 187. st. 1 BGB-a, Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1355 (Rn. 44).
\textsuperscript{1596} Loc. cit.
\textsuperscript{1597} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 410.
\textsuperscript{1598} Otkazni rok ne teče za vrijeme: trudnoće, korištenja rodiljnog, roditeljskog, posvojiteljskog dopusta, rada s polovicom punog radnog vremena, rada u skraćenom radnom vremenu zbog pojačane njege djeteta, dopusta trudnice ili majke koja doji dijete, te dopusta ili rada u skraćenom radnom vremenu radi skrbi i njege djeteta s težim smetnjama u razvoju prema posebnom propisu, primjerice, isprekidanosti otkaznog roka zbog privremene nesposobnosti radnika za rad ili izračunavanja otkaznog roka kada radnik nije iskoristio godišnji odmor.

\textsuperscript{1599} Ako je radnik bio odsutan s rada zbog neke od navedenih okolnosti, a otkaz mu je u to vrijeme uručen, otkazni rok ne teče sve dok traje okolnost opravdane nenazočnosti na radu. Marinković Drača, D., Pravo radnika na otkazni rok i otpremninu, \textit{RP}, br. 1, 2004., str. 15.
trajanja otkaznog roka jedan je od opravdanih razloga za izvanredni otkaz ugovora o radu.  

Poslodavac je obvezan radniku isplatiti plaću u visini utvrđenoj otkazanim ugovorom o radu.  

Radnik za vrijeme otkaznog roka ima dodatno, zakonom zajamčeno pravo na odsustvovanje s rada radi traženja novog zaposlenja uz naknadu plaće. U hrvatskom pravu ono iznosi najmanje četiri sata tjedno, u slovenskom pravu najmanje dva sata tjedno.

Jedno od osnovnih prava radnika je pravo na godišnji odmor. Za razliku od rješenja ranije važećeg zakona, kojim je radnik pravo na korištenje godišnjeg odmora prenosio u novi radni odnos, prema novom ZR-u poslodavac je radniku za dane neiskorištenog godišnjeg odmora obvezan isplatiti naknadu. Ona se određuje na način propisan zakonom, a radnik je ostvaruje u visini razmjernoj broju dana neiskorištenog godišnjeg odmora. U literaturi se ova promjena ocjenjuje važnom. Postavlja se i pitanje hoće li na taj način biti stvorene situacije u kojima radnik neće moći uopće iskoristiti svoje pravo na godišnji odmor, već ostvariti jedino naknadu umjesto korištenja godišnjeg odmora. Važno je istaknuti da je ova odredba suprotna čl. 12. Konvencije MOR-a br. 132 o plaćenom godišnjem odmoru, prema kojem je svaki sporazum o odricanju od prava na minimalni plaćeni godišnji odmor ili odustajanju od takvog odmora u zamjenu za naknadu ili nešto drugo primjereno nacionalnim uvjetima, ništetan ili zabranjen. Ipak, čini nam se da će se njenom primjenom ostvariti i pozitivni učinci, jer će oni poslodavci koji do sada nisu omogućavali svojim radnicima korištenje prava na godišnji odmor u slučaju otkaza, a takva je praksu u nas česta, biti obvezni isplatiti radniku naknadu. Isto pravo radnika na naknadu umjesto neiskorištenog godišnjeg odmora nalazimo i u francuskom pravu.

Poslodavcu je, kao što je već navedeno, priznato pravo da svoju obvezu davanja posla i isplate plaće radniku za obavljeni rad tijekom otkaznog roka zamijeni obvezom isplate naknade plaće (naknade štete) ako na njegov zahtjev radnik prestane raditi prije isteka otkaznog roka.

Tijekom otkaznog roka mogu se ispuniti pretpostavke za prestanak ugovora o radu prema drugom pravnom temelju, što utječe na prava i obveze ugovornih strana. Kao što je odbijanje rada za vrijeme trajanja otkaznog roka jedan od razloga za izvanredni otkaz, tako se za vrijeme trajanja otkaznog roka mogu steći pretpostavke za izvanredni otkaz ugovora o radu.

---

1602 Potočnjak, Ž. Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 23.
1603 Jug, Jadranko, Odmori i dopusti prema novom Zakonu o radu, te institut prenošenja ugovora o radu na novog poslodavca, u: Ogledi o novom Zakonu o radu, op. cit., str. 118-119.
zbog drugih razloga. U tom slučaju ugovor o radu prestaje izvanrednim otkazom, a radnik ne ostvaruje pravo na otpremninu.1604

U praksi ima slučajeva kada za vrijeme trajanja otkaznog roka dođe do umirovljenja radnika. Ugovor o radu prestaje umirovljenjem, a ne redovitim otkazom.1605 Ako je za vrijeme otkaznog roka dneseno rješenje o općoj nesposobnosti za rad, radni odnos prestaje dostavom rješenja. Kako je to nova osnova prestanka ugovora o radu, prestaju pravni učinci odluke o otkazu i tijek otkaznog roka. Prema stajalištu Županijskog suda u Zagrebu ako radnik umre za vrijeme otkaznog roka, smatra se da je ugovor o radu prestao smrću, a ne otkazom, pa njegovi nasljednici nemaju pravo na isplatu otpremnine.1606 Ovo rješenje, prema našem mišljenju, nije u skladu s naravi otpremnine kao naknade koja se isplaćuje radniku zbog prestanka radnog odnosa, koja je po svojoj naravi i nagrada za vjernost tom radniku.

11.6. Pravne posljedice nevaljanih ugovornih odredbi o otkaznim rokovima ili pogrešnog računanja otkaznih rokova

Prema stajalištu prihvaćenom u njemačkoj sudskoj praksi otkazni rokovi ugovoreni pojedinačnim ugovorom o radu koji nisu u skladu sa zakonskim otkaznim rokovima ništetni su (čl. 134. BGB-a). To, međutim, nema za posljedicu nevaljanost cijelog ugovora o radu jer je zakonska presumpcija da bi ugovorne stranke zaključile ugovor i bez tog dijela koji je ništetan.1607 Ovakvo rješenje prihvaćeno je i u domaćoj judikaturi.1608 Prema stajalištu doktrine ugovor o radu u tom slučaju prestaje istekom propisanog ili ugovorenog otkaznog roka.1609

Ako su otkazni rokovi za radnika i poslodavca razlikuju, primjenjuju se oni koji su za radnika povoljniji. To su, u pravilu, duži otkazni rokovi jer se njima dulje štiti postojanje radnog odnosa (načelo primjene za radnika povoljnijeg prava).1610

U slučaju pogrešno određenog otkaznog roka radnik, prema stajalištu našeg Vrhovnog suda, mora odmah zahtijevati od poslodavca zaštitu svojih prava ako želi da poslodavac

1605 VSRH, Rev-2943/00, od 29.8.2002.
1607 BAG 10.7.1973, AP Nr. 13 zu § 622 BGB.
1610 Usporedba otkaznih rokova radi utvrđivanja koji je povoljniji za radnika (Günstigkeitvergleich) sastoji se u objektivnoj ocjeni svih otkaznih rokova kao cjeline. BAG 4.7.2001, AP Nr. 59 zu § 622 BGB.
ispravi tu pogrešku, a ako radnik nije prethodno tražio zaštitu kod poslodavca, može zahtijevati samo naknadu plaće zbog pogrešnog određenog trajanja otkaznog roka.\footnote{VSRH, Rev-1285/99, od 27.10.1999.}

U jednoj odluci Vrhovni sud je uvrdio da „sam otkaz nije nezakonit zbog toga što poslodavac nije odredio otkazni rok“, te da nema zapreke da sud utvrdi dan prestanka radnog odnosa s obzirom na trajanje otkaznog roka. Ovo ovlaštenje sud obrazlaže time što tužbeni zahtjev kojim se od suda traži da utvrdi da otkaz nije dopušten sadrži u sebi i zahtjev na utvrđenje da otkazni rok nije određen kako je to ugovoreno ili propisano, odnosno da uopće nije određen.\footnote{VSRH, Revr-249/07-2, od 5.06.2007. IngPrSP, 2009., br. 1, str. 4.}
12. IZVANREDNI OTKAZ UGOVORA O RADU

12.1. Osnovna obilježja izvanrednog otkaza ugovora o radu

Izvanredni otkaz ugovora o radu (njem. außerordentliche Kündigung; engl. dismissal without notice; slov. izredna odpoved) može se definirati kao otkaz bez obveze poštivanja propisanog ili ugovorenog otkaznog roka. Razlozi za izvanredni otkaz su ozbiljne i teške okolnosti zbog kojih jedna ugovorna strana smatra da ugovor o radu treba prestati, a zbog tih okolnosti od nje nije razumno očekivati da nastavi izvršavati prava i obveze iz ugovora o radu do prestanka ugovora istekom otkaznog roka. Izvanrednim otkazom stranke se odmah oslobađaju obveza iz radnog odnosa čije nastavljanje po općem mišljenju od njih nije opravdano zahtijevati. Izvanredni otkaz dovodi do prijevremenog prestanka radnog odnosa.

Prema odredbi čl. 108. ZR-a, poslodavac i radnik imaju pravo izvanredno otkazati ugovor o radu, zaključen na neodređeno i određeno vrijeme, ako zbog osobito teške povrede obveze iz radnog odnosa, ili neke druge osobito važne činjenice, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obiju ugovornih strana nastavak radnog odnosa nije moguć (čl. 107. (114.) ZR-a. Slične formulacije sadrže i slovenski ZDR (čl. 110. st. 1.) te njemački BGB (čl. 626. st. 1.).

Prema austrijskom pravu izvanredni otkaz može se izreći samo zbog važnog razloga. U britanskom pravu izvanredni otkaz poslodavca vezuje se uz radnikovo kršenje ugovora (repudiatory breach of contract), na što se primjenjuje opće pravilo ugovornog prava prema kojem strana koja nije kriva za povredu ugovora ima mogućnost izbora između...

---

1613 Ipak, ova definicija nije u potpunosti točna, jer ni svaki redoviti otkaz ne mora biti otkaz s otkaznim rokom ako je taj rok isključen ugovornim sporazumom stranaka, a, s druge strane, i kod izvanrednog otkaza osoba ovlaštena izreći otkaz može dati drugoj strani određeni rok za „izlazak“ iz radnog odnosa (tzv. Auslauffrist). v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 557 (Rn. 6).

1614 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 410.


1616 Uz ovu, opću odredbu o otkazu ugovora o službi, posebne odredbe o izvanrednom otkazu postoje u HGB-u za trgovačke zastupnike; Zakonu o pomorcima za izvanredni otkaz ugovora posade broda i kapetana; Zakon o odnosu profesionalnog obrazovanja; BGB-u (čl. 627.) za izvanredni otkaz posebnih ugovora o službi koji nisu radni odnosi. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1414 (Rn. 4).

1617 Po uzoru na njemačko pravo Konvencija MOR-a br. 158 propisuje da poslodavac može otkazati radni odnos bez obveze poštivanja otkaznog roka ili plaćanja novčane naknade umjesto davanja tog roka ako je radnik povrijedio obvezu iz radnog odnosa koja je takve naravi da nije razumno zahtijevati od poslodavca nastavljanje radnog odnosa do isteka otkaznog roka (čl. 11.).


Prema shvaćanju njemačke doktrine norma koja uređuje izvanredni otkaz ugovora o radu predstavlja pravno načel o kojim se objema ugovornim stranama jamči neotuđivo pravo (Freiheitsrecht) da izazu iz radnog odnosa koji ih krajnje opterećuje. Riječ je o prisilnim normama koje su obvezujuće, jer stranke ne mogu isključiti ili ograničiti njihovu primjenu ugovorom o radu, sporazumom poslodavca s radničkim vijećem, kolektivnim ugovorom.

12.2. Pretpostavke valjanosti (dopuštenosti) izvanrednog otkaza ugovora o radu

Valjanost izvanrednog otkaza ugovora o radu ovisi o ispunjenju sljedećih pretpostavki: postojanju važnog razloga; odmjerenju interesa; roku za izricanje otkaza; iznošenju otkaznih razloga (Njemačka); obliku otkaza.

12.2.1. Postojanje važnog razloga

U skladu s načelom ultima ratio izvanredni otkaz ugovora o radu dopušten je samo iznimno, ako za njega postoji važan razlog. Nacionalni zakoni pretpostavku postojanja važnog razloga određuju različito: prema ZR-u važan razlog je „osobito teška povreda obveze iz radnog odnosa ili neka druga osobito važna činjenica“; slovenski ZDR govori o „razlozima“, koje taksativno nabraja. Njemački

---

1620 Pélissier, J., Le nouveau droit du licenciement, op. cit., str. 7.
1621 Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, op. cit., str. 409 i d.
1622 Odredba čl. 626. BGB-a tumači se i kao temelj za prestanak osnove pravnog posla. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1415-1416 (Rn. 6).
BGB je najneodređeniji - koristi izraz važan razlog (wichtiger Grund), bez detaljnijeg obrazloženja. U njemačkoj literaturi ističe se kako je važan razlog relativno neodređeni pravni pojam koji u svakom konkretnom slučaju treba protumačiti onaj koji primjenjuje pravo (poslodavac, sudac, ili netko treći), i koji subjektu primjene prava „olakšava konkretizaciju osjećaja za pravdu u pojedinačnom slučaju“. Nepostojanje jasnog pojmovnog određenja vodi pravnoj nesigurnosti, pa je zadaća sudske prakse razvijanje barem osnovnih smjernica koje bi olakšale primjenu prava.

„Kršenje ugovora“, koje je važan razlog za izvanredni otkaz radniku u britanskom pravu, mora biti takve kvalitete: „da pokazuje da se radnik nije pridržavao bitnih uvjeta ugovora o radu“, ili „da je nespojivo s nastavkom povjerenja“ između poslodavca i radnika. Namjerno neizvršavanje razumne i zakonite upute poslodavca ili neovlašteno uzimanje imovine poslodavca, prema običajnom pravu, gotovo sigurno predstavlja opravdani razlog za izvanredni otkaz.

Važan razlog, kao jedna od pretpostavki dopuštenosti izvanrednog otkaza, u zakonskim formulacijama ne stoji sam, već je dopunjen i tumači se pomoću drugih pretpostavki: pojma prihvatljivosti (Zumutbarkeit) nastavka radnog odnosa, svih okolnosti konkretnog slučaja i odmjeravanja interesa obiju ugovornih strana. Važan razlog za izvanredni otkaz postoji, dakle, ako postoje okolnosti zbog kojih osobi koja otkazuje, uzimanjem u obzir svih okolnosti pojedinačnog slučaja i odmjeravanjem interesa obiju ugovornih strana, nastavak radnog odnosa nije prihvatljiv. Otkazni razlog je zato svako činjenično stanje koje kao važan razlog objektivno opterećuje radni odnos (objektive Belastung des Arbeitsverhältnisses).

Drugim riječima, „pri davanju izvanrednog otkaza mjerodavan je objektivni kriterij (opće shvaćanje, a u krajnjem slučaju shvaćanje suda pred kojim je spor iznesen) prosudbe je li nastavak radnog odnosa moguć.“

---

1624 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1420 (Rn. 21).
1625 Zöllner/Loritz, op. cit., str. 282.
1627 Loc. cit.
1628 Prema njemačkoj doktrini, tumačenje pojma 'važnog razloga' mora biti usko, jer se njime dira u načelo ugovornog povjerenja; kršenje ovog načela dopušteno je samo u slučaju kada je povreda ugovornih interesa strane koja otkazuje toliko jaka da očito preteže nad interesom suprotne strane da se ugovor nastavi izvršavati, odnosno da prestane na redovit način. Pri tumačenju valja uzeti u obzir i stupnjevit odnos između izvanrednog i redovitog otkaza, u kojem je izvanredni otkaz nevaljan uvijek kada se „razbije o pravne prepreke“ za redoviti otkaz ugovora o radu. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1421 (Rn. 24-25).
1629 BAG 23.3.1972, AP Nr. 63 zu § 626 BGB.
1630 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 411.
Relevantne okolnosti moraju negativno utjecati na radni odnos. Budući da se razlog otkaza odnosi na budućnost, a otkaz nije sankcija za ponašanje u prošlosti, bitni su budući učinci otkaza (načelo prognoze). Tako je, primjerice, dopušten izvanredni otkaz zbog postojanja opasnosti od ponavljanja određenog ponašanja (Wiederholungsgefahr). No, čak i kada opasnost ponavljanja ne postoji, otkaz će iznimno biti dopušten ako je nepovratno narušen temelj budućeg nastavka radnog odnosa (npr. teška povreda povjerenja, schwere Loyalitätsverletzung).

Postoji li važan razlog za izvanredni otkaz, ocjenjuje se prema kriteriju nemogućnosti nastavka radnog odnosa do isteka otkaznog roka. Važno je utvrditi je li poslodavcu neprihvatljiv nastavak radnog odnosa do isteka roka za redoviti otkaz, odnosno do kraja ugovora zaključenog na određeno vrijeme. Okolnosti moraju biti takve da se prema razumnoj ocjeni nastavak radnog odnosa ne čini prihvatljivim. Prema načelu ultima ratio izvanredni otkaz nije opravdan ako je strani koja otkazuje prihvatljivo nastaviti radni odnos do isteka otkaznog roka. Izvanredni otkaz mora biti ultima ratio; redoviti otkaz je u odnosu na izvanredni otkaz blaža mjera.

Važeće hrvatsko, njemačko i slovensko pravo ne poznaju apsolutne razloge za otkaz, koji bi sami po sebi bili opravdani (zakoniti) razlog izvanrednog otkaza ugovora o radu. Razlozi za otkaz ne mogu se apsolutizirati, već je u svakom pojedinačnom slučaju potrebno odmjeravanjem stranačkih interesa utvrditi postoji li interes stranaka za nastavkom radnog odnosa.

Zahtjev za 'pravičnošću u pojedinačnom slučaju' (Einzelfallgerechtigkeit) nužno je jači od zahtjeva za pravnom sigurnošću (Rechtssicherheit).

U slovenskom pravu razlozi za izvanredni otkaz ugovora o radu poslodavca i radnika propisani su taksativno, ali predstavljaju samo polazište za odmjeravanje interesa kako bi se utvrdilo je li moguća nastavak radnog odnosa (čl. 111., 112. u vezi s čl. 110. ZDR-a).

---

1633 BAG 15.11.1984, AP Nr. 87 zu § 626 BGB. Vidi i Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 411 i tamo cit. literatura.
1634 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1432 (Rn. 56).
1635 Tako i primjerično određeni važni razlozi mogu poslužiti kao važne upute za određenje tipičnih činjeničnih stanja, koja su sama po sebi prikladna biti važan razlog za izvanredni otkaz, ali se na njima ne može temeljiti pretpostavka o nemogućnosti nastavka radnog odnosa. Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 475; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1433 (Rn. 57).
U domaćoj literaturi upozorava se na neke odluke Vrhovnog suda u kojima se za određene otkazne razloge (povrede radne obveze) tvrdi da predstavljaju 'sami po sebi' razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu.\(^{1636}\) Takva se praksa kritizira i ističe potreba da se u svakom pojedinačnom slučaju, uz težinu povrede radne obveze, kumulativno ocijene i okolnosti slučaja te interesi obiju strana.\(^{1637}\)

Kako bi se izbjeglo stvaranje nepreglednog i nepredvidivog *case law* u području prava izvanrednog otkaza ugovora o radu i zajamčila pravna sigurnost, u njemačkoj literaturi predlaže se sistematizacija otkaznih razloga\(^{1638}\) i razvoj općih smjernica za ocjenu određenih otkaznih razloga.\(^{1639}\) Važan razlog uvijek je povezan s konkretnim radnim odnosom, odnosno ugovornim interesima stranaka, a ne odnosi se na povredu interesa treće osobe. Zbog toga sve okolnosti i ponašanja koja ne utječu štetno na radni odnos ne predstavljaju važne razloge za otkaz.\(^{1640}\)

Prema **načelu razmjernosti** izvanredni otkaz dopušten je tek iznimno, kao posljednje sredstvo, te se primjenjuje ako iz okolnosti pojedinačnog slučaja proizlazi da su iscrpljene sve druge, blaže mjere, prikladne da se neodrživi radni odnos nastavi u ranijem obliku.\(^{1641}\) Ovo načelo treba prihvatiti kao temeljno načelo našeg otkaznog prava.\(^{1642}\)

### 12.2.2. Odmjeravanje interesa

Prije izricanja izvanrednog otkaza uvijek je potrebno izvršiti odmjeravanje interesa, čak i u najtežim slučajevima povrede obveze od strane radnika, primjerice kada se uspostavi da radnik ne uspostavlja ustanovljene radne obveze, ili upotrebe fizičke sile.\(^{1643}\) Za razliku od redovitog otkaza, kod izvanrednog

---


\(^{1638}\) Sistematizacija može biti izvršena na temelju različitih kriterija. Jedna od njih temelji se na sudskoj praksi BAGa, koji je kao kriterij podjele važnih razloga uzetio povrede u različitim područjima radnog odnosa: u području izvršenja činidbe rada (povreda glavnih i sporednih obveza radnika i poslodavca); u području povezanosti svih radnika u pogonu (povrede reda pogona i mira u pogonu); u području osobnog povjerenja ugovornih stranaka (povreda obveze povjerenja i obveze brige); u području poduzetništva (negativan utjecaj okolnosti izvan pogona). Osnovni prigovor ovoj podjeli odnosi se na njezinu nepotpunost, jer ne obuhvaća niz razloga. Busseman/Schäfer, op. cit., str. 156 i d. (Rn. 340 i d.); Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1433 (Rn. 59). U hrvatskoj literaturi nalazimo podjelu na 21 grupu otkaznih razloga. Pezo, Ivica, Razlozi za izvanredni otkaz, op. cit.

\(^{1639}\) Priris, U., Prinzipien, op. cit., str. 476. i d.; Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1434 (Rn. 60).

\(^{1640}\) Priris, U., Prinzipien, op. cit., str. 237. Uz te pretpostavke važni razlozi mogu biti i događaji i okolnosti koji su postojali prije zasnivanja radnog odnosa. BAG 17.8.1972, AP Nr. 65 u § 626 BGB.

\(^{1641}\) BAG 30.5.1978, AP Nr. 70 u § 626 BGB. Postoji čitav niz blažih mjera kojima se može izbjegnuti izvanredan otkaz: opomena; premještaj radnika; daljnje zaposlovanje radnika uz lošije uvjete rada; otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu; redoviti otkaz; različite vrste ukora utvrđene radnim redom; prikladne prijelazne mjere u slučaju dulje bolesti radnika. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1446.

\(^{1642}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 412.

\(^{1643}\) BAG 10.11.2005 EzA § 626 BGB 2002 Nr. 11.
otkaza obveza odmjeravanja interesa izričito je propisana zakonom. Pojam neprihvatljivosti nastavka radnog odnosa može se promatrati i kao rezultat tog odmjeravanja.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1421 (Rn. 23).}

Pri odmjeravanju interesa valja uzeti u obzir sve okolnosti radnog odnosa, odnosno pojedinačnog slučaja. To procjenjuje poslodavac odnosno radnik prije davanja otkaza te vrijednosno ocjenjuje sud (\textit{richterliche Wertentscheidung}) u eventualnom sudskom sporu o dopuštenosti izvanrednog otkaza.\footnote{Ibid., str. 1449-1451 (Rn. 97, 106). Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 233 i d.} Niti jedna od tih okolnosti nema prednost, već se razmatraju posebnosti pojedinačnog slučaja. Najčešće se uzimaju u obzir: starost radnika, trajanje pripadnosti poduzeću, obveze uzdržavanja i ekonomsko stanje poduzeća.\footnote{BAG 27.4.2006, EzA § 626 BGB 2002; BAG 22.2.1980, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG Krankheit.} Sudovi su u postupku dužni ispitivati okolnosti na koje su se stranke u postupku pozvalе, a nisu \textit{ex offio} obvezni ispitivati i druge okolnosti pojedinačnog slučaja.\footnote{Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1451-1452 (Rn. 110).} Treba, međutim, istaknuti da se ovakvoj metodologiji u literaturi prigovara da dovodi do preširokog odmjeravanja interesa, u kojemu se ocjenjuju i okolnosti koje nisu u uskoj vezi s ugovorom o radu, što može dovesti čak i do primjene jako udaljenog kriterija pravičnosti.\footnote{Što je slabija ta povezanost, to manje značenje treba imati neka okolnost u postupku odmjeravanja interesa. Zato bi odmjeravanje trebalo ograničiti na interese vezane uz osobu radnika vezane uz osobu radnika vezane uz osobu radnika vezane uz osobu radnika vezane. Ekonomske okolnosti u kojima se nalazi poduzeće također se ne smatraju u vezi s ugovorom. Preis, U., Prinzipien, op. cit., str. 222 i d.}

12.2.3. Rok za izricanje izvanrednog otkaza

Iako kod izvanrednog otkaza ne teče otkazni rok, jedno od njegovih obilježja i pretpostavki valjanosti jest da se mora izreći u određenom kratkom roku od nastupa ili saznanja za činjenice (razlog) zbog kojeg se izriče. Taj rok može biti utvrđen zakonom kao subjektivan\footnote{U hrvatskom pravu iznosi 15 dana (čl. 108. st. 2. ZR-a), a u njemačkom dva tjedna od saznanja za činjenice relevantne za otkaz (čl. 626. st. 2. al. 2. BGB-a; tzv. \textit{Ausschlussfrist, Kündigungserklärungsfrist}).} ili objektivan rok.\footnote{U slovenskom pravu propisana su oba roka za izricanje izvanrednog otkaza: subjektivni rok, koji iznosi najduže 30 dana od utvrđenja razloga za izvanredni otkaz, te objektivni rok od 6 mjeseci od nastanka razloga. Poseban rok preduviđen je za slučaj ako je razlog otkaza skrivljeno ponašanje jedne ugovorne strane, koje ima sva obilježja kaznenog djela, kada ugovorna strana može otkazati ugovor o radu u roku od 30 dana od utvrđenja razloga za izvanredni otkaz i počinitelja za cijelo vrijeme dok je moguć kazneni progon (čl. 110. st. 2. ZDR-a).} U \textit{austrijskom} pravu rok nije uređen zakonom. Doktrina smatra da strani koja želi otkazati treba dati primjeren rok za razmišljanje (\textit{angemessene Überlegungsfrist}).\footnote{Floretta/Spielbüchler/Grillberger, op. cit., str. 411.}

Vezano uz pravne posljedice proteka roka javlja se pitanje može li se isto činjenično stanje uzeti u obzir kao okolnost koja upućuje na neko drugo ponašanje, za koje nije nastupila prekluzija, a koje može biti opravdanim razlog izvanrednog otkaza ugovora o radu. U domaćoj judikaturi o tome je zauzeto pozitivno stajalište.

U tom smislu za našu judikaturu moglo bi biti zanimljivo mišljenje njemačkog BAG-a, koji je ocijenio da „zakašnjeli“ razlozi otkaza mogu biti relevantni, ali u ograničenom smislu, samo ako su u uskoj stvarnoj vezi (enge sachliche Zusammenhang) s događajima za...
koje se saznalo unutar roka za izricanje otkaza, tako da ti novi događaji čine daljnju i posljednju kariku u lancu događaja koji je poslužio kao povod za otkaz. Davanje većeg značenja beznačajnim novijim događajima zbog njihove povezanosti sa starijim, „zakašnjelim“, bilo bi protivno svrsi ovog roka.  


U domaćoj doktrini nalazimo stajalište da bi o poštivanju roka za izvanredni otkaz ugovora o radu sud trebao voditi brigu ex offo, jer da postupanje poslodavca predstavlja povredu prisilnog propisa. Takav stav prihvaćen je u slovenskoj judikaturi, prema kojoj sud treba tijekom trajanja postupka azilu po službenoj dužnosti na rok za izvanredni otkaz, neovisno o tome jesu li ga stranke ugovorile ili ne.

12.2.3.2. Početak tijeka roka za izvanredni otkaz

12.2.3.2.1. Saznanje za razlog otkaza

Subjektivni rok za izvanredni otkaz počinje teći u trenutku kada je osoba ovlaštena za odlučivanje o otkazu saznala za činjenice na kojima se otkaz temelji. Relevantne činjenice

---

1660 BAG 17.8.1972, AP Nr. 4 zu § 626 BGB Ausschlussfrist, cit. Literatur je utvrđivanje „uske veze“ ocijenila nepraktičnim.
1662 Družiči učinak imalo bi izričito poslodavičevu odricanje od prava a radniku izrekene otkaze zbog povrede ugovora za koju je znao. Loc. cit.
1663 Loc. cit.
1664 Črnčič, I., Komentar ZR, op. cit., str. 231.
1666 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 421.
moraju se utvrditi sa sigurnošću i u potpunosti.1667 Za konkretno određivanje početka tijeka roka uvijek je važna odluka poslodavca o tome koju će činjenicu izabrati kao povod za otkaz.

Njemačka sudski praks začinjeno je ublažila strogi zakonski rok, dajući prednost 'obvezi' poslodavca da cjelovito utvrdi relevantne okolnosti (pflichtgemäbes Ermessen) pred početkom tijeka ovog roka. Prema stajalištu BAG-a poslodavac ne bi smio zbog ograničenog roka za izricanje izvanrednog otkaza odluku o otkazu donijeti u hitnji, bez prethodnog provjeravanja činjeničnog stanja i prikupljanja dokaza, između ostalog, saslušanjem radnika.1668 Rok za izricanje izvanrednog otkaza ne može početi teći dok poslodavac provodi te nužne mjere.1669 U slovenskoj judikaturi prihvaćeno je da rok za izricanje otkaza poslodavca počinje teći u trenutku saznanja za stvarni nastanak razloga za otkaz, a najkasnije do trenutka kada poslodavac sazna za razlog u okviru iznošenja obrane radnika.1670

Specifičnu situaciju predstavlja počinjenje neke povrede koja ima obilježja kaznenog djela. Koji će se trenutak smatrati relevantnim trenutkom saznanja razloga za otkaz, na koncu ovisi o tome smatra li strana koja otkazuje ugovor to važnim razlogom. Kada je riječ o kaznenom djelu čiji počinitelj nije poznat, a vodi se istraga, Vrhovni sud RH bio je mišljenja da se kao dan saznanja za djelo i počinitelja uzima dan kada je poslodavac obaviješten o razultatima kriminalističke obrade.1671

Kada je već donesena pravomoćna presuda za kazneno djelo počinjeno na radu ili u svezi s radom, sporno je kada nastupa prekluzija roka, odnosno je li dovoljna već i osnovana sumnja poslodavca u povredu radne obveze ako je kaznenu prijavu podnio poslodavac. U literaturi se postavlja pitanje je li tek pravomoćna presuda definitivni dokaz povrede radne obveze, pa subjektivni rok počinje teći tek od trenutka kada je poslodavac primio presudu, te zaključuje kako oslobađajuća kaznena presuda za djelo koje je i razlog

---


1668 Saslušanje radnika treba obaviti u kratkom roku od najviše tjedan dana, koji se može produljiti samo u slučaju postojanja posebnih okolnosti. BAG 6.7.1972, AP Nr. 3 zu § 626 BGB Ausschlussfrist.


otkaza radniku ne znači da je odluka o otkazu nezakonita. O tome je zauzeo stajalište VSRH utvrdivši da pravomoćna presuda donesena u kaznenom postupku ne mora biti od utjecaja na saznanje o činjenicama koje su razlog izvanrednog otkaza, a niti za tijek zakonskog roka za otkazivanje.

Mislimo da bi se vezivanjem važnog razloga uz postojanje (osuđujuće) pravomoćne presude neopravdano i nedopustivo suzio prostor za odlučivanje poslodavca o važnom razlogu, što se može lančano prenijeti i na pitanje tijeka roka za davanje otkaza. Da li je opravdana sumnja dovoljno snažan, odnosno važan razlog za otkaz, treba prosuđivati prema kriterijima i smjernicama utvrđenim zakonom i sudskom praksom.

U jednom slučaju VSRH utvrdio je da je izvanredni otkaz dan u roku kada je u vrijeme otkazivanja trajala nemogućnost izvršavanja obveza iz ugovora o radu zbog pritvora, neovisno o tome kada je pritvor određen. U konkretnom slučaju ugovor o radu nije otkazan zbog pritvora nego zbog činjenice da radnica ne može izvršavati obveze iz ugovora o radu kao posljedice pritvora, pa se prekluzivni rok računa s obzirom na tu okolnost, a ne na trenutak određivanja pritvora.

Kao smjernica za određivanje početka tijeka roka može nam koristiti i sljedeće stajalište iz njemačke sudske prakse. Osoba ovlaštena izreći otkaz može u pravilu čekati s izricanjem otkaza do okončanja ili nastavka istražnog kaznenog postupka odnosno kaznenog postupka. No i tada ne smije izreći otkaz u trenutku koji je po svojoj volji izabrala, već ako želi otkazati prije završetka kaznenog postupka, mora za to imati stvaran razlog (sachlicher Grund), primjerice, saznanje za nove činjenice, ili dokaze.

Za početak tijeka roka važno je znanje osobe ovlaštene na izricanje otkaza, koje ne mora biti neposredno.

1672 Majstorović, D., op. cit., str. 783.
1673 Pravomoćnom presudom suda u kaznenom postupku utvrđuje se da je netko počinio određeno kazneno djelo, a da je radnik počinio tešku povredu radne obveze koja opravdava izvanredni otkaz, dužan je ocijeniti sam poslodavac uz mogućnost otkazivanja radniku u zakonskom roku. VSRH, Revr-875/05-2, od 28.03.2006. IngPrSP, 2007., br. 4, str. 46.
1675 Poslodavac smije čekati do okončanja kaznenog postupka ako ne može sam sa sigurnošću utvrditi krivnju radnika, a u izrazanjem otkaza ovlašten je, na temelju uvida u spise državnog odvjetnika, čekati čak i nakon proteka zakonskog roka, to i do pokretanja istražnog postupka ili podizanja optužnice. Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1456-1457 (Rn. 127).
Problem početka tijeka roka javlja se kod tzv. trajnih razloga za otkaz (Dauergründen). To su određena ponašanja ili radnje na kojima se može utemeljiti otkaz, koje traju nепrekidno dulje vrijeme, kao što je primjerice duži izostanak radnika s posla. U domaćoj sudskoj praksi smatra se da prekluzivni rok za izricanje otkaza ne počinje teći sve dok takva radnja traje te poslodavač može otkazati tek nakon njezina okončanja. U njemačkoj judikaturi upozorava se na potrebu razlikovanja ovakvih razloga od činjeničnih stanja koja su već zaključena, ali nastavljaju proizvoditi određene učinke. Trajni poremećaj odnosa povjerenja također ne ulazi u grupu trajnih razloga za otkaz. Ako su povrede radnih obveza istovrsne, ali nema vremenskog kontinuiteta radnje izvršenja, rok teče odvojeno od dana saznanja za svaku od tih povreda. Kada radnik izostaje neopravdano s posla, svaki novi dan izostanka predstavlja novu povredu ugovora o radu.

U domaćoj pravu u grupu trajnih razloga ulaze i nezavršena trajna stanja (nicht abgeschlossener Dauerzustand). Među njima značajno je mjesto dugotrajne bolesti radnika koja može predstavljati važan razlog za izvanredni otkaz radnika kojem se ne može redovito otkazati. Prekluzivni rok počinje teći u trenutku saznanja poslodavca za trajnu nesposobnost radnika za izvršenje ugovorom preuzete obveze rada.

U domaćoj judikaturi zauzeto je stajalište o početku tijeka roka u slučaju štrajka. On započinje od dana saznanja da je radnik sudjelovao u nezakonitom štrajku, a ne od dana dostave presude kojom je utvrđena nezakonitost štrajka, što je povoljnije za radnika.

12.2.3.2.2. Objektivni rok za izricanje otkaza

U domaćoj literature predlaže se uvođenje objektivnog roka, u trajanju od 2 ili 3 godine od počinjenja osobito teške povrede, nakon čega se ugovor ne bi mogao otkazati. Prednost objektivnog roka vidi se ne samo u zaštiti radnika, nego i koristi koju bi imao za poslodavce zbog ažurnije kontrole proizvodnog procesa. Kao nedostatak propisivanja isključivo subjektivnog roka za otkaz ističu se poteškoće u praksi, mogućnost manipulacije...

---

1679 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1459 (Rn. 133).
1681 Terek, D., Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 89.
zbog dvojbenosti dokazivanja trenutka saznanja te suprotnost temeljnim načelima pravnog poretka.\footnote{Apsurdno je da, s jedne strane, postoji zastara kaznenog progona protekom određenog objektivnog roka od počinjenja kaznenog djela, a, s druge strane, nema zastare prava izvanrednog otkazivanja. Majstorović, D., op. cit., str. 782.}

Kao podloga za zaključak o tome je li potrebno ili opravdano uvođenje objektivnog roka u hrvatsko pravo, može nam poslužiti primjer reguliranja objektivnog roka za izvanredni otkaz u slovenskom pravu. Objektivni rok, propisan ZDR-om, iznosi 6 mjeseci od nastanka razloga za izvanredni otkaz. Uz taj opći rok, zakon propisuje i poseban objektivni rok za izvanredni otkaz zbog skrivljenog ponašanja jedne ugovorne strane za vrijeme dok je moguć kazneni progon. Propisivanjem posebnog objektivnog roka za slučaj kada je povreda koja može biti važan razlog za otkaz kazneno djelo, koji traje sve dok je radnika koji je to djelo počinio moguće kazneno procesuirati, sprječavaju se eventualne negativne posljedice prekratkog općeg objektivnog roka.

12.2.3.3. Računanje roka


Postavlja se pitanje odnosi li se računanje roka samo na donošenje odluke o otkazu ili i na dostavu odluke radniku. U domaćoj judikaturi prihvaćeno je da u tom roku poslodavac mora samo donijeti odluku o izvanrednom otkazu, a ne i dostaviti je radniku.\footnote{VSRH, Rev-1168/01, od 11.7.2001. cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 421.} Rok izvršene dostave odluke ne uračunava se u 15-dnevni rok za izricanje izvanrednog otkaza.\footnote{VSRH, Rev-452/02, od 13.11.2002.} Ovakvo stajalište vjerojatno je pod utjecajem činjenice da je riječ o relativno kratkom roku, jer u njemu poslodavac mora prikupiti podatke relevantne za donošenje odluke, omogućiti radniku pravo na obranu te osigurati sudjelovanje radničkog vijeća. Kako prihvaćeno rješenje otvara mogućnost za nesavjesno postupanje poslodavca koji, primjerice, može antidatirati odluku o otkazu te tako izbjeći primjenu pravila o roku, radniku treba priznati pravo da dokazuje kada je odluka o otkazu stvarno donesena.\footnote{Iviš, Z., op. cit., str. 45.}

Nasuprot ovakvom rješenju, u njemačkom pravu u prekluzivni rok uračunava se i rok dostave odluke o otkazu osobi kojoj se otkazuje. Osoba koja otkazuje snosi rizik otpreme

\footnote{\textsuperscript{1684}} Ap

\footnote{\textsuperscript{1685}} Ov

\footnote{\textsuperscript{1686}} Ov

\footnote{\textsuperscript{1687}} Ov
(Beförderungsrisiko), što znači da ona mora osigurati dostavu odluke o otkazu osobi kojoj otkazuje u propisanom prekluzivnom roku.\textsuperscript{1688}

Kako je jedna od pretpostavki valjanosti izvanrednog otkaza sudjelovanje radničkog vijeća u postupku otkazivanja (savjetovanje, odnosno davanje suglasnosti), očitovanje radničkog vijeća o namjeravanoj odluci poslodavca mora se dobiti prije proteka prekluzivnog roka za izricanje otkaza. To znači da se ovaj rok ne produljuje za vrijeme potrebno da se radničko vijeće izjasni o namjeravanom otkazu.\textsuperscript{1689} Osim toga, radniku se mora omogućiti iznošenje obrane, koje također ulazi u rok za izricanje otkaza. Ovo su razlozi zbog kojih se i u domaćoj literaturi zagovara potreba produljenja relativno kratkog prekluzivnog roka za izvanredni otkaz,\textsuperscript{1690} koja nam se čini opravdanom.

12.2.4. Oblik izvanrednog otkaza i obrazloženje razloga

Prema hrvatskom pravu izvanredni otkaz mora biti u pisanom obliku, mora biti obrazložen i mora se dostaviti. Za razliku od redovitog otkaza, kod izvanrednog otkaza radnik mora obrazložiti otkaz, odnosno dokazati postojanje važnih razloga za otkaz.

VSRH zauzeo je stajalište prema kojem okolnost da izreka odluke o otkazu ugovora o radu ne sadrži činjenični opis povrede radne obveze koja je razlog za otkaz, ne čini tu odluku nezakonitom kada takav opis sadrži obrazloženje odluke. Ako je u obrazloženju detaljno opisan sadržaj postupanja radnika i navedeni razlozi zbog kojih se smatra da se radi o osobito teškoj povredi radnih obveza, tada se izreka ne može tumačiti odvojeno od razloga iznesenih u obrazloženju, a iz same izreke ne mora biti vidljivo o kakvoj je povredi radnih obveza riječ.\textsuperscript{1691}

12.2.5. Teret dokazivanja

U sporu o dopuštenosti izvanrednog otkaza teret dokazivanja postojanja važnog razloga za otkaz na onoj je ugovornoj strani koja je izvanredno otkazala ugovor o radu. Ona, osim toga, mora dokazati da je otkaz izrečen u okviru prekluzivnog roka, pa dokazuje trenutak i način saznanja postojanja važnog razloga. Smatra se da su to okolnosti koje su u njezinom području kontrole.\textsuperscript{1692}

\textsuperscript{1688} Više Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1461-1462 (Rn. 141, 144).
\textsuperscript{1689} O njemačkoj sudskoj praksi vidi više kod ibid., str. 1462-1463 (Rn. 145-151). Prema njemačkom pravu za otkaz radnika trudnica i starijih radnika, kao i radnika teških invalida potrebna je suglasnost nadležnih tijela vlasti pa pribavljanje suglasnosti ulazi također u prekluzivni rok za otkaz. Ibid., str. 1463-1465 (Rn. 152-153).
\textsuperscript{1690} Majstorović, D., op. cit., str. 782.
\textsuperscript{1692} Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1469 (Rn. 168).
Prilikom dokazivanja činjenica na koje se u odluci o otkazu pozvala, strana koja otkazuje mora dokazati da su one prikladne biti važan razlog izvanrednog otkaza, što uključuje i dokazivanje onih činjenica koje isključuju oslobađajuće razloge na suprotnoj strani. Na strani koja otkazuje jest i teret dokazivanja da je nastavak radnog odnosa neprihvaljiv.

12.3. Razlozi za izvanredni otkaz ugovora o radu koji daje radnik

Kada je općenito riječ o razlozima za izvanredni otkaz koji daje radnik, domaća sudskca praksa znatno je siromašnija slučajevima nego što je to s izvanrednim otkazom koji daje poslodavac. Najčešći razlozi za izvanredni otkaz poslodavcu mogu biti neisplata plaće, nepoduzimanje mjera zaštite na radu, zlostavljanje radnika, kaznena djela poslodavca na štetu radnika ili radniku bliskih osoba, bolest radnika i dr. U njemačkoj judikaturi opravdani razlog otkaza jesu i sljedeći: ostvarenje poslovnih izgleda, neopravdana suspenzija radnika, neosnovana sumnja poslodavca, nalaganje preduzimenog poslodavca, te dr.

Neisplata plaće, odnosno često ili značajno kašnjenje s isplatom plaće, jedan je od najvažnijih opravdanih razloga zbog kojeg radnici otkazuju ugovor o radu izvanrednim otkazom. U slučaju radnice koja je zbog neisplate plaća izvanredno otkazala ugovor o radu i od poslodavca tražila naknadu odnosno naknadu štete, Ustavni sud zauzeo je stajalište da otkaznu koju zahtijeva radnica „ima karakter naknade štete koja nastaje radniku uslijedi otkaza ugovora o radu“.

Prema odredbi ZR-a (čl. 108. st. 3.), stranka ugovora o radu koja izvanredno otkaze ugovor o radu ima pravo od stranke koja je kriva za otkaz tražiti naknadu štete zbog neizvršenja ugovorom o radu preuzetih obveza. Radnica je u konkretnom slučaju svoje potraživanje zasnovala na činjenici da joj poslodavac nije isplatio plaća kao svojoj zaposlenici u skladu s ugovorom o radu, zbog čega je ona otkazala ugovor o radu.

Prema njemačkoj judikaturi izvanredni otkaz zbog neisplate plaće opravdan je ako je radnik prethodno neuspješno upozorio poslodavca na neisplatu te ako je riječ o značajnom

---

1693 BAG 6.8.1987, AP Nr. 97 zu § 626 BGB.
1694 Analiza pojedinih slučajeva izvanrednog otkaza koji daje poslodavac nije predmet istraživanja zbog ograničenog opsega rada.
1695 Pezo, I., Razlozi za otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 118-120.
1696 Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1563-1564 (Rn. 397-404).
1697 Opravdanost razloga potvrdilo je svojim mišljenjem i Ministarstvo rada i socijalne skrbi, prema kojem ako poslodavac radnicima godinu dana daje izplatio plaće, a uzimajući u obzir njegovu zakonsku obvezu to može biti razlog za izvanredni otkaz ugovora o radu poslodavcu. Sektor rada, ur.br. 524-02-97-2, od 30.06.1997. cit. prema Pezo, I., Razlozi za otkaz, op. cit., str. 118-119.
kašnjenju s isplatom ili o značajnom iznosu plaće. Isto vrijedi i za vremenski dulje propuštanje uplate doprinosa za socijalno osiguranje ili poreza na plaću.\textsuperscript{1699}

Razlozi kao što je nepoduzimanje mjera zaštite na radu, odnosno ugrožavanje zdravlja i sigurnosti radnika, zlostavljanje radnika, kaznena djela poslodavca na štetu radnika ili njemu bliskih osoba ili druge ozbiljne povrede povjerenja, opravdani su razlog izvanrednog otkaza. U nekim zakonodavstvima, poput britanskog, predstavljaju razloge na kojima radnik može utemeljiti, tzv. konstruktivni otkaz.

\textsuperscript{1699} Dörner, u: A/P/S, op. cit., str. 1564-1565 (Rn. 400).
13. OTKAZ S PONUDOM IZMIJENJENOG UGOVORA O RADU

13.1. Pojmovno određenje i svrha otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu

Ugovorom o radu utvrđeni uvjeti rada (prava i obveze) obvezuju obje ugovorne strane. Niti jedna od njih ne može jednostrano, protiv volje druge strane, mijenjati određene ugovorne uvjete. Stranke se o izmjenama mogu sporazumjeti, a u nekim zakonodavstvima moguć je i pridržaj prava izmjena ugovornih uvjeta u korist jedne ugovorne strane.1700

Za razliku od otkaza ugovora o radu kao jednostranog akta kojim jedna ugovorna strana raskida ugovor koji više ne odgovara njezinim interesima i kada je njegovo održavanje na snazi po općem mišljenju nepravično, otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu (njem. Änderungskündigung, engl. dismissal for contract variation, dismissal and re- engagement on new terms; franc. licenciement et modification du contrat du travail) jest institut koji poslodavcu omogućava da izmijeni postojeći ugovor o radu, otkazujući ugovor te nudeći istovremeno radniku nastavak radnog odnosa uz izmijenjene uvjete rada.1701

Izjavljeni otkaz ugovora o radu mora biti utemeljen na nekom od zakonom propisanih, opravdanih razloga za otkaz.1702

Iako na ovaj način poslodavac može protiv volje radnika izmijeniti odredbe ugovora o radu, pravo poslodavca uvjetovano je ovlaštenjem radnika da ponuđene izmjene prihvati ili odbije te da ospravara dopuštenost izrečenog otkaza ugovora o radu. Radniku stoje na raspolaganju tri mogućnosti: 1. prihvatiti ponudu poslodavca u cijelosti, pri čemu dolazi do izmjene ugovora o radu i novih uvjeta rada; 2. prihvatiti ponudu poslodavca uz pridržaj prava pobijanja valjanosti otkaza; 3. odbiti ponudu poslodavca, čime dolazi do prestanka ugovora o radu otkazom.

Propisivanjem prava radnika da prihvati ponudu poslodavca, ali istovremeno zadrži pravo pobijati valjanost otkaza, poboljšan je položaj radnika za vrijeme dok teče rok za razmatranje te ponude. Radnik može pokrenuti sudski postupak radi pobijanja odluke o otkazu. Ako uspije u tom postupku, ima pravo tražiti od poslodavca da ga vrati na poslove na kojima je radio prije otkaza te mu nadoknadi razliku između plaće koju je imao prije i nakon

1700 Primjerice u njemačkom, tzv., Änderungsvorbehalt.
1702 Uređen je čl. 115. ZR-a; čl. 90. i 90.a ZDR-a, čl. 2. KSchG-a.
1703 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 426.; Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 375 i d. (Rn. 2 i d.).
otkaza koji je poništen.\textsuperscript{1704} Za razliku od općih odredbi o zaštiti od otkaza, koje su usmjerene zaštiti postojanja (trajanja) radnog odnosa, svrha je normi koje uređuju otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora zaštititi sadržaj ugovora o radu (Vertragsinhaltsschutz), odnosno radnog odnosa.\textsuperscript{1705} Ipak, čini nam se da se takva svrha ovog instituta u našem pravu ne ostvaruje u potpunosti, jer, u slučaju kada radnik pobija otkaz, sud nije obvezan preispitivati sadržaj novog ugovora o radu kojeg je radniku ponudio poslodavac.

Kod otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora riječ je o pravnom poslu koji se sastoji od dvije izjave volje: o otkazu ugovora o radu, s jedne, te ponudi nastavka radnog odnosa uz izmijenjene uvjete, s druge strane.\textsuperscript{1706} Ove izjave volje moraju biti stvarno i vremenski povezane.

Bez obzira što zakoni uređuju otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora kao otkaz koji daje poslodavac, ovaj otkaz može izreći i radnik\textsuperscript{1707} ako mu više ne odgovaraju postojeći uvjeti rada, iako je u takvoj mogućnosti saznačaj rizik da poslodavac neće pristati na ponudu radnika.\textsuperscript{1708}

U austrijskom pravu otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora smatra se uvjetovanim otkazom. Iako je uvjetovani otkaz u pravilu nedopušten, dodavanje uvjeta otkazu dopušteno je ako ispunjenje uvjeta ovisi isključivo o volji radnika koji dobiva otkaz.\textsuperscript{1709} Valjan je ako se njime ugovorni uvjeti ne mijenjaju protivno prisilnom pravu (uvjeti propisani zakonom ili kolektivnim ugovorima) te ako nije protivan moralu. Austrijski radnik ipak nema mogućnost prihvatiti otkaz uz uvjet, odnosno pridržati pravo da osporava njegovu socijalnu opravdanost, kao što je to u hrvatskom i njemačkom pravu.\textsuperscript{1710} U francuskom pravu ovaj institut prihvaćen je u pravnoj znanosti kao otkaz i izmjena ugovora o radu zbog bitnih izmjena ugovornih uvjeta. Ako radnik odbije prihvatiti ponuđene izmjene, dolazi do raskida ugovora otkazom.\textsuperscript{1711} Prema britanskom običajnom pravu poslodavac može radniku izreći otkaz i ponuditi novi ugovor o radu s izmijenjenim uvjetima. Ako je radniku zajamčeno pravo na otkazni rok, takav otkaz smatra se valjanim. Prema statutarnom pravu poslodavac može otkazati ugovor, ako za to ima neki opravdani razlog te ponuditi radniku novi ugovor. Sud u

\textsuperscript{1704} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 426-427.
\textsuperscript{1705} Ibid., str. 427.; Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 375 (Rn. 2); Künzl, Reinhardt, §§ 2, 3, u: A/P/S, op. cit., str. 518 (Rn. 3); BAG 11.10. 2006, NZA 2007, 87.
\textsuperscript{1706} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 375 (Rn. 4); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 519 (Rn. 5).
\textsuperscript{1707} U nastavku se radi praktičnosti govori o otkazu poslodavca radniku.
\textsuperscript{1708} Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 521 (Rn. 13).
\textsuperscript{1709} Tzv. otkaz uz potestativni uvjet. Ovaj oblik otkaza prihvaćen je i u njemačkom pravu. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 376 (Rn. 7).
\textsuperscript{1710} Floretta/Spielbüchler/Grillberger, op. cit., str. 108; Marhold, F., op. cit., str. 24.
\textsuperscript{1711} Pelissier, J., Le nouveau droit du licenciement, op. cit., str. 17-18.
pojedinačnom slučaju ocjenjuje valjanost otkaza na temelju nekoliko elemenata: postojanja opravdanog razloga za otkaz, razumnosti ponude novog ugovora sa stajališta radnika, ali i toga bi li razumni poslodavac otkazao ugovor o radu radniku koji je odbio ponudu.\footnote{Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 252.}

13.2. Oblik otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora

Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora mora biti u pisanom obliku (čl. 118. ZR-a; čl. 623. BGB-a). Zahtjev pisanog oblika odnosi se ne samo na izjavu o otkazu, nego i na ponudu izmijenjenog ugovora, jer je riječ o jedinstvenom pravnom poslu (\textit{einheitliches Rechtsgeschäft}).\footnote{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 376 (Rn. 8).}

Sadržaj ponude mora u pisanoj obavijesti o otkazu doći do izražaja u dovoljnoj mjeri. Relevantna je prava volja strane koja je ponudu stavila, pa zato u obzir treba uzeti ne samo činjenice navedene u pisanoj obavijesti o otkazu nego i sve okolnosti prikladne da se utvrdi sadržaj ponude.

13.3. Izjava o otkazu

Izjava o otkazu jedan je od bitnih elemenata sadržaja otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora. Poslodavac mora na jasan način izraziti volju da okonča radni odnos redovitim otkazom održenog datuma ako radnik ne pristane na ponudu izmijenjenih uvjeta rada. Stvarna volja poslodavca (radnika) utvrđuje se tumačenjem izjave, na temelju načela savjesnosti i poštenja te uzimanjem u obzir običaje u prometu.\footnote{Izjava da se ukida smjenski rad radnicima i da mogu raditi samo u normalnom radnom vremenu nije izjava o otkazu ugovora o radu, kao što to nije ni izjava da se ukidaju postojeće naknade za rad po akordu i smanjuju za 20%. Ibid., str. 377 (Rn. 11).} Ako u učinjenom očitovanju volje nema izjave o otkazu, smatra se da je riječ o običnoj ponudi poslodavca za sporazumnju izmjenju ugovora o radu.\footnote{Ibid., str. 377 (Rn. 13).}

Postavlja se pitanje na koju se vrstu otkaza može odnositi izjava o otkazu. U slovenskom pravu ne postoji dvojba jer zakon izričito upućuje na primjenu odredbi koje uređuju redovitim otkaz ugovora o radu (čl. 90. st. 1. ZDR-a).

Iz odredbe ZR-a da se na otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora primjenjuju odredbe ovog zakona „koje se odnose na otkaz“ proizlazilo bi da strana koja otkazuje može izjaviti kako redoviti tako i izvanredni otkaz. Spor oko mogućnosti izjavljivanja izvanrednog otkaza s
ponudom izmijenjenog ugovora otklonjen je odlukom Vrhovnog suda RH koji je zauzeo stajalište da se za dopuštenost otkaza treba dokazati postojanje razloga za poslovno, osobno ili ponašanjem radnika uvjetovani otkaz, što znači da se izjava o otkazu može odnositi samo na redoviti otkaz ugovora o radu.

U njemačkom pravu situacija je samo naoko jasnija. Iako KSchG izričito upućuje na redoviti otkaz, a izvanredni je otkaz „previdio“, u njemačkoj judikaturi i doktrini prevladava stajalište da se takva praznina može popuniti primjenom čl. 2. KSchG-a na temelju analogije, pa se izjava o otkazu može odnositi i na izvanredni otkaz ugovora o radu. Analogija je dopuštena jer je radniku koji prihvati ponudu za izmjenu ugovora zajamčeno zakonom pravo pridržaja pobijanja otkaza, kao sredstvo koje mu omogućuje da u postupku pred sudom pobija izmjene uvjeta rada, ne dovodeći u opasnost svoje radno mjesto. Kao poseban pojavni oblik otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora u njemačkom se pravu javlja kolektivni otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora (Massenänderungskündigung, gruppenänderungskündigung, gebündelte Kündigung).

13.4. Ponuda izmijenjenog ugovora

Drugi bitan element otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora jest ponuda za nastavak radnog odnosa uz izmijenjene uvjete. Da bi bila valjana, njezin sadržaj mora biti određen, a ponuda i otkaz moraju biti povezani.

Ponuda mora biti jasna (određena), što znači da sadržaj novog radnog odnosa mora biti razumljiv, tako da je radnik može prihvatiti odmah, bez daljnjeg razjašnjavanja. Kao poseban pojavni oblik otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora u njemačkom pravu javlja kolektivni otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora, kao sredstvo koje mu omogućuje da u postupku pred sudom pobija izmjene uvjeta rada, iako može dovesti u opasnost svoje radno mjesto.

Kod otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora ponuda se najčešće odnosi na nepovoljnije uvjete rada, iako može uključivati povoljnije ugovorne uvjete. No u ovom

---

1716 O argumentima pro et contra te mogućnosti, Rožman, Krešimir, Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, op. cit., str. 24.
posljednjem slučaju stranke će često postići ugovorni sporazum pa neće biti potrebno izricanje otkaza.\textsuperscript{1722}

U \textbf{njemačkom} je pravu dugo bilo sporno može li se ovakvim otkazom radni odnos na neodređeno vrijeme naknadno promijeniti u radni odnos na određeno vrijeme. BAG je naposljetku prihvatio tu mogućnost, kada radni odnos na neodređeno vrijeme objektivno više nije moguć, već postoji jedino mogućnost rada na određeno vrijeme.\textsuperscript{1723} U ovom slučaju bitno je pitanje je li promjena uvjeta rada \textit{socijalno opravdana}, što se može utvrđivati ako radnik odbije ponudu ili je prihvati uz pridržaj prava pobijanja otkaza. Valjanost izmjene ugovora ovisi će o ispunjenju zakonom propisanih uvjeta za sklapanje ugovora o radu na određeno vrijeme.\textsuperscript{1724}

\textbf{Slovensko} pravo razlikuje ponudu poslodavca za odgovarajuće zaposlenje (\textit{ustrezna zaposlitev}) i neodgovarajuće zaposlenje (\textit{neustrezna zaposlitev}). Odgovarajuće zaposlenje je ono za koje se zahtijeva jednaka vrsta i stupanj obrazovanja kao prema prijašnjem ugovoru o radu, s neizmijenjenim radnim vremenom, a mjesto obavljanja rada nije udaljeno više od tri sata vožnje u oba smjera javnim prijevoznim sredstvom ili organiziranim prijevozom poslodavca od mjesta prebivališta radnika (čl. 90. ZDR-a). Novelom ZDR-a (2007.) uveden je novi oblik otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora prema kojem se izmjenja ugovora odnosi na rad radnika kod novog poslodavca, a tu izmjenu radniku može ponuditi ne samo dotadašnji poslodavac, nego i zavod za zapošljavanje (čl. 90.a ZDR-a). Posebnost je što se ponuda izmijenjenog ugovora stavlja tijekom otkaznog roka, dakle, nakon što je radnik dobio otkaz.

Otkaz i ponuda izmijenjenog ugovora moraju biti \textbf{stvarno i vremenski povezani}. \textit{Stvarna povezanost} može se utvrditi tumačenjem obje izjave, iz kojih mora proizlaziti volja poslodavca da radni odnos ne okonča, nego nastavi pod izmijenjenim uvjetima. Izjave o otkazu i ponudi nastavka radnog odnosa mogu biti povezane na različite načine: izjavljene odvojeno ili povezano, kada se u izjavi o otkazu navede da otkaz vrijedi ako radnik odbije prihvatiti ponudu za nastavak radnog odnosa.

\textit{Vremenska povezanost} dvije izjave otvara niz spornih pitanja, a kako nije uređena zakonom, značajnu ulogu u tumačenju imaju sudska praksa i doktrina. Opće prihvaćeno je da izjava s ponudom nastavka radnog odnosa mora biti \textit{dostavljena} istodobno s izjavom o otkazu ili prije izjave o otkazu. Istodobnost otkaza i ponude o izmijenjenom ugovoru najviše

\textsuperscript{1722} Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 522 (Rn. 18).
\textsuperscript{1723} BAG 25.4.1996, AP Nr. 78 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
\textsuperscript{1724} Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 379 (Rn. 21); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 521 (Rn. 13).
odgovora namjeri zakonodavca i osigurava jasnu povezanost ovih izjava. Ako izjava o otkazu uslijedi nakon stavljenje ponude, poslodavac mora naglasiti da ostaje kod ranije ponude. Preporučljivo je da se poslodavac u izjavi o otkazu izričito pozove na ponudu ili je ponovi. O prihvatljivosti ponude izmjerenog ugovora, koja je stavljena nakon izjavljenog otkaza, postoje različita mišljenja, pretežno ona o njezinoj neprihvatljivosti. Prema stajalištu u hrvatskoj literaturi ponudu za izmjenu ugovora o radu poslodavac ne može staviti naknadno, kao pojašnjenje već danog otkaza. U njemačkoj doktrini prevladava stajalište da naknadna ponuda izmjenjenog ugovora nije prihvatljiva. Međutim, uz nju se ipak vezuju određeni pravni učinci. U takvim slučajevima, prema mišljenju judikature i doktrine, treba ocijeniti je li ustvari izjavljen novi otkaz s ponudom izmjenjenog ugovora o radu. To se utvrđuje tumačenjem stavljene ponude i ispitivanjem sadrži li izjava (ponuda) poslodavca dovoljno podataka koji potvrđuju da je riječ o otkazu ugovora o radu. Ovime se otvara pitanje odnosa ranijeg otkaza i nove ponude (otkaza). Raniji otkaz poslodavac ne može jednostrano povući, već je za to potrebna i suglasnost radnika. Ako se radnik s time ne složi, smatra se da kasniji otkaz s ponudom izmjenjenog ugovora ne uklanja raniji otkaz, o čijoj valjanosti treba eventualno odlučivati sud kao o prethodnom pitanju. Iznimku od istodobnosti otkaza i ponude izmjenjenog ugovora predstavlja i otkaz s ponudom novog ugovora o radu kod drugog poslodavca slovenskog prava. U ovom slučaju poslodavac radniku najprije otkazuje ugovor o radu, a novi odgovarajući radni odnos radniku je ponuđen za vrijeme otkaznog roka.


1726 Opsežno, Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 525-529 (Rn. 30-59).


1728 To se argumentira pozivanjem na rok (od 3 tjedna) u kojem se radnik kojem je otkazano uz ponudu izmjenjenog ugovora mora izjasniti o danoj ponudi i eventualno podići tužbu. Ako poslodavac s ponudom ček je do zadnjeg dana isteka tog roka, skraćuje radniku rok za razmišljanje o ponudi. Takvu posljedicu nije moguće spriječiti modifikacijom tog roka i produljenjem roka za podizanje tužbe. Zbog razloga pravne sigurnosti rok za razmišljanje o ponudi ne može se produljivati. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 380 (Rn. 25).
U prilog neprihvaćanju ponude izmijenjenog ugovora stavljene nakon danog otkaza govore razlozi pravne jasnoće i sigurnosti. Ipak, mislimo da u interesu zaštite sigurnosti (postojanja) radnog odnosa treba razmotriti mogućnost da se i takvoj ponudi priznaju određeni pravni učinci na temelju tumačenja volje poslodavca i uz postojanje suglasnosti radnika. Prema načelu ultima ratio otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu blaža je mjera u odnosu na 'bezuvjetni' otkaz.

13.5. Posebnosti postupka otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora

Posebnost postupka kod otkazivanja ugovora o radu s ponudom izmijenjenog ugovora proizlazi iz posebnosti tog instituta kao jedinstvenog pravnog posla sačinjenog od dva pravna akta: izjave o otkazu i ponude izmijenjenih uvjeta rada. Zakonskim odredbama uređeni su neki elementi postupka: izjašnjavanje radnika o ponudi poslodavca te trajanje i računanje roka u kojem se radnik mora izjasniti o ponudi.

Prema odredbi ZR-a radnik se o ponudi za sklapanje ugovora o radu pod izmijenjenim uvjetima mora izjasniti u roku kojeg odredi poslodavac, a taj rok ne smije biti kraći od osam dana. Zakonom je određen i početak tijeka roka u kojem radnik može tražiti zaštitu povrijeđenih prava protiv otkaza uz ponudu izmijenjenog ugovora, iz čl. 129. st. 1. ZR-a. Ako je radnik odbio ponudu za sklapanje izmijenjenog ugovora o radu, taj rok teče od dana kada se radnik izjasnio o odbijanju te ponude. Ako se radnik nije izjasnio ili se izjasnio nakon isteka ostavljenog roka, rok za podnošenje zahtjeva za zaštitu povrijeđenih prava teče od dana isteka roka koji je za izjašnjenje o dostavljenoj ponudi odredio poslodavac (čl. 115. st. 4. ZR-a). Prema stajalištu u doktrini odredbe ZR-a o rokovima za izjašnjavanje radnika o ponudi implicitno sadrži presumpciju „da propust radnika da se u roku koji je odredio poslodavac očituje o ponudi za sklapanje ugovora o radu pod izmijenjenim uvjetima znači odbijanje te ponude“. 

ZR nije uredio pitanje početka tijeka roka za podnošenje zahtjeva za zaštitu prava poslodavcu, odnosno za sudsku zaštitu u slučaju ako radnik prihvati ponudu izmijenjenog ugovora. U prilog tumačenju da se kao dan početka tijeka roka prihvati dan kada je radnik priopćio poslodavcu svoje prihvaćanje ponude za izmjenu ugovora o radu, govori više razloga. Između ostalog, time se ostvaruje svrha oba roka: roka za razmišljanje o ponudi i roka za traženje pravne zaštite. Prihvaćanje drugog mogućeg rješenja, da rok počinje teći s

---

1730 Preciznim određivanjem ovih rokova postignuta je jasnoća kod računanja rokova u kojima radnik može tražiti sudsku zaštitu. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 428.
1731 Ibid., str. 427-428; Rožman, K., Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, op. cit., str. 26.
1732 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 428.
trenutkom dostave radniku obavijesti o otkazu s ponudom izmijenjenog ugovora, značilo bi preklapanje dvaju rokova: roka za razmišljanje o ponudi izmijenjenih uvjeta rada i roka za traženje zaštite prava, čime bi se radnicima koji prihvate ponudu neopravdano skratilo trajanje roka za zaštitu prava u odnosu na radnike koji je odbiju ili se o njoj ne izjasne, odnosno izjasne se nakon proteka roka. Na ovakvo tumačenje upućuje i činjenica da se u ZR-u početak tijeka roka za zaštitu prava u slučaju odbijanja ponude izmijenjenog ugovora odnosno neizjašnjavanja o ponudi, ili izjašnjavanja nakon proteka roka, ne vezuje uz dostavu otkaza radniku, već upravo uz trenutak izjašnjavanja radnika o ponudi.1733

U njemačkom pravu rok za izjašnjavanje o ponudi izmijenjenog ugovora vezuje se uz trajanje otkaznog roka, ali i svakom slučaju ne može biti duži od tri tjedna od dana dostave otkaza (čl. 2. st. 2. KSchG-a). Prema slovenskom pravu rok za izjašnjavanje o ponudi istovremeno je rok u kojem je radnik koji prihvati ponudu obvezan zaključiti novi ugovor o radu. Taj rok iznosi 15 dana i teče od primitka pisane ponude (čl. 90. st. 2. ZDR-a).

13.5.1. Prihvaćanje ponude izmijenjenog ugovora

Jedna od mogućnosti koju radnik ima u slučaju kada mu je izrečen otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora jest bezuvjetno prihvaćanje ponude (Annahme ohne Vorbehalt). Radni odnos postoji dalje uz izmijenjene uvjete rada. Prema njemačkom pravu prihvat ponude ne mora biti učinjen u pisanoj obliki; može biti izričit ili proizlaziti iz konkludentnog ponašanja radnika. O prihvatu kao očitovanju volje mora saznati druga ugovorna strana.1734 Ako je radnik zakasnio s prihvaćanjem ponude izmijenjenog ugovora, takvo zakašnjelo prihvaćanje ponude smatra se novim prijedlogom poslodavcu.

13.5.2. Prihvaćanje ponude uz pridržaj prava pobijanja otkaza

Druga mogućnost koju radnik ima jest da prihvati ponudu, ali istovremeno pridrži pravo pobijanja otkaza. Radni odnos traje i dalje, dok traje i postupak utvrđivanja dopuštenosti otkaza.1735

---

1733 Loc. cit.
1735 Izmijenjeni ugovor o radu postoji uz raskidni uvjet utvrđenja socijalne neopravdanosti otkaza u sudskom postupku. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 399 (Rn. 100).
Prema hrvatskom pravu radnik mora najprije postaviti zahtjev za zaštitu prava protiv otkaza poslodavcu, a ako poslodavac tom zahtjevu ne udovolji, radnik može pobijati otkaz u postupku pred sudom. Sudski postupak pokreće se tužbom kojom se pobija dopuštenost otkaza, odnosno traži utvrđenje njegove ništetnosti zbog nepostojanja opravdanih razloga za otkaz.

Ako se u postupku utvrđi ništetnost otkaza, radnik ostaje u radnom odnosu, na temelju prethodno zaključenog ugovora o radu. Ako sud potvrdi dopuštenost otkaza, radnik ostaje u radnom odnosu, ali uz izmijenjene uvjete rada, dakle, na temelju izmijenjenog ugovora. Vođenje i rezultat sudskog postupka radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza nema utjecaj na postojanje radnog odnosa radnika. O utvrđenoj ništetnosti otkaza ovisit će samo na temelju kojeg će ugovora (prethodnog, ili izmijenjenog) radnik nastaviti raditi. Odbijanjem tužbe kojom se pobija otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora gasi se radnikovo pravo pobijanja tog otkaza.

13.5.2.1. Pravna narav i oblik pridržaja prava pobijanja otkaza

U njemačkoj doktrini postoje različita stajališta o pravnoj naravi pridržaja prava pobijanja otkaza. Široko je prihvaćeno stajalište da je riječ o očitovanju volje koje ima konstitutivno djelovanje (privatrechtsgestaltende Willenserklärung).\(^\text{1736}\)

Očitovanje volje o pridržaju prava pobijanja otkaza mora biti dano na način da poslodavac za njega sazna. Mora biti dovoljno određeno i jasno kako bi ga poslodavac mogao nedvojbeno razumjeti. Prema stajalištu u literaturi očitovanje ne mora biti u određenom obliku, već to može biti i usmeno, telefaksom, e-mailom, na konkludentan način, osobno, ili putem glasnika, odnosno zastupnika. Pisana se forma preporučuje zbog lakšeg dokazivanja.\(^\text{1737}\)

Radnik se nije obvezan očitovati o pridržaju prava prije podizanja tužbe, već je dovoljno da to učini u trenutku podizanja tužbe pa i u istom podnesku.\(^\text{1738}\)


\(^\text{1737}\) Očitovanje dano na konkludentan način može se prihvatiti samo kao iznimka, ako je ono toliko jasno da poslodavac mora zaključiti o postojanju pridržaja. O pridržaju prava ne može se zaključivati samo na temelju nastavka radnog odnosa pod izmijenjenim uvjetima nakon proteka otkaznog roka. Opširnije ibid., str. 582-583 (Rn. 213-217).

\(^\text{1738}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 399 (Rn. 101); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 582 (Rn. 212).

\(^\text{1739}\) Ako je radnik podigao tužbu „zbog pobijanja (radi zaštite od) otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora“, kojom traži da se utvrdi da izmijenjeni uvjeti ugovora nisu socijalno opravdani, to je dostatno očitovanje pridržaja prava pobijanja otkaza. Ako je radnik tužbu označio kao „tužbu za pobijanje otkaza“, izjava o pridržaju...
13.5.2.2. Pravni učinci pridržaja prava pobijanja otkaza

Ako je prihvatio ponudu poslodavca i pridržao pravo pobijati otkaz, radnik je vezan radnim odnosom s izmijenjenim uvjetima rada sve dok traje postupak utvrđivanja dopuštenosti otkaza. Izmijenjeni ugovor o radu čija valjanost ovisi o raskidnom uvjetu na taj se način ostvaruje. Očitovanje volje koje je dostavljeno drugoj strani ne može biti jednostrano povučeno, već je za to potrebna suglasnost druge strane. Radnik je obvezan raditi uz izmijenjene uvjete rada sve do pravomoćnog okončanja sudskog postupka, a te se obveze može osloboditi samo sporazumom o prestanku ugovora o radu s poslodavcem ili novim redovitim otkazom ugovora o radu.

Prema slovenskom pravu radnik koji prihvati ponudu poslodavca za odgovarajuće zaposlenje na neodređeno vrijeme, ali zadrži pravo pobijanja utemeljenosti otkaznog razloga pred sudom, gubi pravo na otpremninu. Ako je radniku ponuđeno neodgovarajuće novo zaposlenje, koje je on prihvatio uz pridržaj prava pobijanja otkaza, ima pravo na razmjerni dio otpremnine u visini o kojoj se sporazumi s poslodavcem (čl. 90. ZDR-a). Kada je radniku ponuđeno novo odgovarajuće zaposlenje na neodređeno vrijeme kod drugog poslodavca i radnik zaključi ugovor o radu, poslodavac mu nije dužan isplatiti otpremninu u skladu s čl. 109. ZDR-a, ako se drugi poslodavac u ugovoru o radu obveže da će u vezi s minimalnim otkaznim rokom i pravom na otpremninu poštivati radni staž radnika kod oba poslodavca (čl. 90.a ZDR-a).

13.5.3. Odbijanje ponude izmijenjenog ugovora


13.5.4. Ispitivanje dopuštenosti otkaza

Dopuštenost otkaza utvrđuje se u našem pravu prema odredbama ZR-a koje uređuju razloge za redoviti otkaz ugovora o radu: osobno uvjetovani, poslovno uvjetovani i otkaz uvjetovan skrivenim ponašanjem radnika. Prema stajalištu Vrhovnog suda raspored na radno mjesto, odnosno otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora dopušten je ako postoje otkazni prava mora u njoj biti konkretno naznačena. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 399 (Rn. 102); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 583 (Rn. 219).

Za razliku od hrvatskog prava, u kojem se ocjena dopuštenosti otkaza uz ponudu izmijenjenog ugovora ograničava na utvrđivanje postojanja opravdanih razloga za otkaz, a ne i na ispitivanje ponuđenih izmjena ugovora, odnosno uvjeta rada, u \textit{njemačkom} pravu otkaz i ponuda izmijenjenog ugovora o radu ocjenjuju se kao cjelina. To dovodi do složenijeg postupka ocjenjivanja opravdanosti otkaza te postojanja dvije različite tužbe: tužbe za zaštitu otkaza (\textit{Kündigungsschutzklage}) i tužbe za zaštitu od otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora (\textit{Änderungsschutzklage}). Time se sprječava poslodavac da zloporabi otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora na način da radniku ponudi nove ugovorne uvjete koji ne odgovaraju promijenjenim okolnostima.

Ako je radnik \textit{odbio ponudu} poslodavca, postupak ocjenjivanja odvija se u dva stupnja. U prvom stupnju ispituje se postoji li razlog koji opravdava izmjenu postojećeg ugovora o radu, dakle, neki od razloga za redoviti otkaz, iz čl. 1. KSchG-a. U drugom stupnju ocjenjuje se je li radnik opravdano (\textit{billigerweise}) morao prihvatiti ponudu izmijenjenog ugovora koju mu je predložio poslodavac. Relevantni kriterij je načelo razmjernosti; predložena promjena mora biti prikladna i potrebna (\textit{geeignet und erforderlich}) kako bi se sadržaj ugovora o radu prilagodio promijenjenim mogućnostima zaposlenja. Polazište je prijašnji ugovor o radu. Predložene promjene ne smiju se jako udaljiti od sadržaja prijašnjeg radnog odnosa, jer je cilj nastavak tog radnog odnosa.\footnote{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 404-405 (Rn. 126-129a).} Slično dvostupanjsko ispitivanje postoji u \textit{britanskom} pravu, u statutarnom režimu otkaza i ponude izmijenjenog ugovora, o kojem je ranije bilo riječi.

Primjena ovakvog dvostupanjskog ispitivanja znači da se na utvrđivanje opravdanosti otkaznog razloga primjenjuju isti kriteriji koji vrijede za obični otkaz, a ne nekakvi ublaženi kriteriji. Činjenica da je radnik odbio \textit{prihvatljivu} ponudu izmijenjenog ugovora ne znači da su kriteriji utvrđivanja opravdanosti takvog otkaza blaži, nego samo to da se radnik u
postupku povodom otkaza ne može pozvati na mogućnost daljnjeg zaposlenja, jer je to već odbio. Mogućnost daljnjeg zaposlenja, dakle, nije potrebno ispitivati.\footnote{Usp. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 429-430.}

Ako je radnik prihvatio ponudu izmijenjenog ugovora, uz pridržaj prava pobijanja otkaza, prema njemačkom pravu težište sudačkog ocjenjivanja takvog otkaza prebacuje se na ocjenu opravdanosti ponude izmijenjenog ugovora (Rechtfestigung des Änderungsangebotes). Naime, radni odnos se nastavlja, a predmet spora njegov je sadržaj (ponuda izmijenjenog ugovora), te u određenom dijelu i izrečeni otkaz. To je rezultat dvostruke zaštite zajamčene KSchG-om: zaštite postojanja radnog odnosa i zaštite njegova sadržaja.\footnote{Ponuda i otkaz promatraju se kao cjelina. Izmjena ugovornih uvjeta rada nije sama sebi svrha, nego je motivirana željom da se spriječi gubitak radnog mjesta. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 587-588 (Rn. 233-234).}

Ponuda izmijenjenog ugovora središnja je točka tužbe za pobijanje otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora. Izmjena sadržaja ugovora opravdana je tek ako bi radnik bez takve promjene izgubio radno mjesto. Ispitivanje je, kao i u slučaju kada radnik odbije ponudu, dvostupanjsko.

**13.5.5. Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora u sudskoj praksi**

Kada je riječ o osobno uvjetovanom otkazu, otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora opravdan je ako je narušavanje ugovornih odnosa nastalo zbog razloga u osobi radnika, moguće otkloniti promjenom uvjeta rada. Ova vrsta otkaza može se izreći kao mjera u slučaju kada se kod radnika pojavi ograničenje ili nemogućnost obavljanja rada zbog bolesti ili starosti, pa nastavak radnog odnosa prema dotadašnjim uvjetima nije moguć, ali postoji drugo, primjereno radno mjesto (načelo razmjernosti).\footnote{U ovim slučajevima treba voditi brigu o svim pretpostavkama dopuštenosti otkaza zbog bolesti. Ovu vrstu otkaza moguće je izreći i zbog sigurnosnih razloga, povezanih s konkretnom obvezom rada; zbog ponovljenih prekršaja radnika; zbog nepostojanja ili nestanka određenih osobnih karakteristika; zbog narušavanja reda u poduzeću i sl. Künzl, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 589 (Rn. 241).}

Kod otkaza uvjetovanog ponašanjem radnika poslodavac je prema načelu razmjernosti obvezan prije izricanja otkaza ispitati mogućnost daljnjeg zaposlenja radnika na nekom radnom mjestu.

\footnote{Radnicu koji je alkoholičar može se ponuditi radno mjesto na kojem su zahtjevi sigurnosti slabiji i eventualno slabiju plaću; profesionalnom vozaču koji je ostao bez vozačke dozvole ponudi se drugo radno mjesto; radnici koja odbije skinuti maramu s glave ponudi se radno mjesto na kojem neće biti u kontaktu s mušterijama i sl. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 407-408 (Rn. 134-138); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 583 (Rn. 242-243a).}
drugom slobodnom radnom mjestu, na kojem više neće postojati mogućnost takvog skrivljenog ponašanja ili će ono manje štetiti odnosima. Ovo je, primjerice, moguće kada je riječ o sukobu radnika sa svojim radnim kolegama, a narušavanje odnosa u poduzeću može se otkloniti premještajem radnika na neko drugo radno mjesto.

Kada je riječ o poslovno uvjetovanom otkazu, ponuda izmijenjenog ugovora može se odnositi na promjenu mjesta rada, radnog vremena, promjenu (smjanjenje) plaće, pojačavanje rada kao rezultat smanjenja broja osoblja, novo oblikovanje radnih mjesta i sl.

Čini se da je u njemačkom pravu najkompleksnije pitanje otkaza uz ponudu izmijenjenog radnog vremena radnika. Ako se zbog mjera racionalizacije smanji obujam posla te zbog toga prestane potreba za daljnjim zaposlenjem nekih radnika, poslodavac može, u skladu sa svojim organizacijskim ovlaštenjima, odlučiti hoće li potreban rad obavljati manji broj radnika u punom radnom vremenu ili postojeći radnici u nepunom. Budući da je riječ o poduzetničkoj odluci, u njemačkoj judikaturi zauzeto je stajalište da sud u sudskom postupku o dopuštenosti otkaza ne može utvrđivati svrhovitost običnog otkaza, odnosno otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu radi skraćenja radnog vremena određenog broja radnika.\footnote{BAG 22.4.2004, AP Nr. 74 zu § 2 KSchG 1969.}

Uz određivanje radnog vremena vezuju se još dva pitanja. Jedno se odnosi na slobodu poslodavca da uredi radno vrijeme u poduzeću (puno ili skraćeno) s obzirom na svoj poduzetnički koncept, koja je u njemačkom pravu gotovo neograničena. Drugo je pitanje zabrane izricanja otkaza radniku samo zbog njegova odbijanja da radi u skraćenom ili punom radnom vremenu. Prema Zakonu o radu sa nepunim radnim vremenom (TzBfG) poslodavac ne smije odbiti zahtjev radnika za promjenu radnog odnosa s punim u radni odnos s nepunim radnim vremenom, kao i promjenu za rad u jednoj smjeni, postavljen u skladu s odredbama tog zakona. Zato nije valjan otkaz kao ni otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora izrečen samo zbog odbijanja radnika da prihvati promjenu radnog odnosa s obzirom na puno ili nepuno radno vrijeme.\footnote{Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 593 (Rn. 250).}

13.6. Razgraničenje otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora i drugih jednostranih izmjena ugovora

Primjena instituta otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu u domaćoj praksi pokazuje da se on često koristi na neprimjeren način. Za ovom vrstom otkaza najčešće se
poseže u slučaju potrebe za rasporedom (pomicanjem) radnika na drugo radno mjesto ili mjesto rada, što nije uvijek opravdano.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 430, 432. Takvo stajalište relikt je ranije važećeg prava u kojem je raspored radnika na druge poslove bio izričito uređen zakonom. Poslodavac je zbog potrebe proizvodske procesa mogao radnika rasporediti na svako radno mjesto koje je odgovaralo njegovom stupnju stručne spreme određene vrste zanimanja i njegovom znanju i sposobnostima (Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa, čl. 17 st. 2.). Takve odredbe više nema pa se postojeća praznina popunjava primjenom otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora. Rožman, K., Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, op. cit., str. 25.}

Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora predstavlja samo jedno od sredstava kojim stranka može jednostrano izmijeniti sadržaj ugovora o radu, konstitutivno oblikovati ugovorne uvjete (Gestaltungsrecht). Cilj otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora nije prestanak radnog odnosa, već izmjena ugovora o radu te nastavak postojećeg radnog odnosa na temelju novog ugovora.\footnote{Berkowsky, Wilfried, Die betriebsbedingte Änderungskundigung und ihr Streitgegenstand, NZA, H. 21, 2001, str. 1130.}

U skladu s načelom razmjernosti poslodavac može izreći otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora samo ako ne postoji mogućnost izmjene postojećih uvjeta rada primjenom nekih drugih, manje drastičnih sredstava.

Izmjena poslova na kojima radnik radi, smanjenje plaće, skraćenje radnog vremena ili promjena nekih drugih ugovornih odredbi može se ostvariti i sporazumom stranaka, radnika i poslodavca, koji na taj način ugovor (a i svoje interese) prilagođavaju novonastalim okolnostima. Sporazumijevanje stranaka neformalni je postupak, za razliku od otkazivanja ugovora, a sporazum može imati oblik izmjena i dopuna postojećeg ugovora (aneks ugovora o radu), ili novog ugovora o radu.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 433.}

Ako se stranke ipak ne uspiju sporazumjeti oko izmjena ugovora, nastalu situaciju, u kojoj zbog promijenjenih okolnosti jednoj od stranaka više nije prihvatljivo nastaviti radni odnos, moguće je riješiti i nekim drugim jednostranim izmjenama određenih ugovornih uvjeta, blažima od otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora.

13.6.1. Pravo davanja uputa radniku

Jedan od blažih načina jednostrane izmjene određenih ugovornih uvjeta predstavlja pravo organizacije, odnosno pravo poslodavca da radniku daje upute za obavljanje (činidbe) rada (njem. Direktionsrecht; engl. right to give instructions).\footnote{U njemačkom pravu uređeno čl. 106 GewO. Koristi se i termin nalagodavno pravo (Weisungsrecht), karakterističan za upravno pravo, koji označava pravo viših vlasti da nižim organima daju upute za izvršenje određenih zadataka općenito ili u svakom pojedinačnom slučaju. Creifelds/Weber, op. cit., str. 1557-1558.}

Time se konkretizira obveza činidbe rada koja je u ugovoru o radu određena na općenit način. Danas je tradicionalni opseg ovog prava značajno ograničen, jer poslodavac može davati upute radniku ako ne postoje
ograničenja predviđena zakonskim odredbama, kolektivnim ugovorom, sporazumom s radničkim vijećem ili pojedinačnim ugovorom o radu. Tako određena obveza rada ne može se proširiti, osim u slučaju nužde ili stanja elementarnih nepogoda.1753

**Sadnžaj** prava davanja uputa uključuje samo ovlast poslodavca da pobliže odredi vrstu, vrijeme i mjesto obavljanja rada (Art. Zeit und Ort der Arbeitsleistung).

**Opseg** prava davanja uputa određen je prije svega sadržajem pojedinačnog ugovora o radu. Što su ugovorne odredbe konkretnije, to je ovlast poslodavca da daje upute uži i obrnuto. Prema njemačkom pravu ovlaštenje davanja uputa može biti izričito ugovoreno. U tumačenju sadržaja ugovora primjenjuje se načelo savjesnosti i poštenja te uzimaju u obzir običaji u prometu: posebnosti određenog zanimanja, kao i običaji određene grane. Pri utvrđivanju opsega ovog ovlaštenja mogu se, nadalje, uzeti u obzir i organizacijski planovi, opisi radnog mjesta, kao i prihvaćene predodžbe o određenom zanimanju.1754

Ako je u ugovoru o radu **rad koji radnik treba izvršiti određen općenito** (npr. da je riječ o namješteniku ili zanatliji), smatra se da je riječ o radu koji obavljaju i drugi radnici određene grupe zanimanja u istom poduzeću.1755 Time mogu biti obuhvaćeni i sporedni poslovi koji su povezani s ugovorim radom.1756

Ako je, nasuprot tome, izričito ugovoreno da će radnik raditi na **točno određenim poslovima** (npr. prodavač na odjelu kućnih potrepština), to ne ostavlja prostora poslodavcu da ostvaruje svoje pravo davanja uputa (npr. rasporedi ga na neki drugi odjel), već može takvom

---

1753 Zöllner/Loritz, op. cit., str. 73-74.; Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 226 (Rn. 580); Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 533 (Rn. 50); BAG 12.4.1973, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

1754 Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 534 (Rn. 52); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 381-382 (Rn. 31, 35).

1755 Ako je u ugovoru rad obavljan poslovima na struku (npr. prodavač, zidar), takvom radniku može biti naloženo obavljanje poslova koji ulaze u okvir prihvaćene predodžbe o tom zanimanju. Prodavačka koja radi na jednom odjelu može biti raspoređena na drugi odjel, ako u njezinom ugovoru ne postoji izričita odredba o odjelu na kojem će raditi (npr. prodavačka na odjelu dječje odjeće); veterin zaposlen kao veterinarski inspektor ne može biti premješten na poslove inspektora za trihenelozu; profesionalni vozač ne može biti premješten na poslove koji ne uključuju vožnju; trgovački zastupnik ne može biti premješten u upravnu službu poduzeća; kvalificirani radnik ne može biti premješten na poslove pomoćnog radnika. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 535 (Rn. 56).

radniku ponuditi otzak s ponudom izmijenjenog ugovora. Iste posljedice, prema stajalištu njemačke sudsko prakse, nastaju kada su jedna, ili nekoliko obveza rada iz ugovora o radu (u kojem je rad određen na općenit način) u praksi konkretizirane tijekom duljeg vremenskog razdoblja.\footnote{BAG 15.8.2002 AP BGB § 613 a Nr. 241. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 536 (Rn. 59).}

Ovlaštenje davanja uputa ne odnosi se samo na obavljanje rada radnika (\textit{Arbeitsverhalten}), nego uključuje i ponašanje radnika u skladu s redom u pogonu (\textit{Ordnungsverhalten}).\footnote{Prema mišljenju BAG-a poslodavac može radniku zaposlenom kao prodavaču u prodavaonici namještaja određenog stila u načelu jednostrano narediti da ne nosi traperice, traperice ili otvorene košulje; radnicima koji obavljaju poslove njegovatelja u klabinima može jednostrano, zbog razloga sigurnosti, biti zabranjeno nošenje nakita; radniku može biti naloženo da na službenom putovanju sam vozi automobil i uzme sa sobom drugog radnika. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 537 (Rn. 60); v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 387 (Rn. 52).}

Kada je riječ o \textit{mjestu rada} radnika, ono može biti precizno određeno ugovorom o radu, no ako stranke nisu ugovorile točno mjesto rada ili su ugovorile više takvih mjesta, u njemačkom je pravu prihvaćeno da poslodavac može, na temelju pravične procjene, konkretizirati mjesto rada radnika. Ako dođe do premještaja poduzeća, ili ureda radnika, radnik će biti obvezan raditi i na tom mjestu rada ako je riječ o manjem premještaju. Prema stajalištu BAG-a premještaj mjesta rada za više od 100 km izlazi iz okvira nalogodavnog prava, pa je u tom slučaju potrebna izmjena ugovora o radu.\footnote{BAG 14.6.1973, DB 1973, 1304. cit. prema Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 538 (Rn. 62).}

Mogućnost poslodavca da na temelju prava davanja uputa konkretizira \textit{vrijeme} u kojem će radnik obavljati rad ovisi o tome jesu li trajanje te početak i završetak radnog vremena određeni ugovorom o radu ili sporazumom s radničkim vijećem. Ako je ovo pitanje jasno uređeno tim aktima, ili se može utvrditi tumačenjem, poslodavac ne može provoditi nikakve jednostrane promjene radnog vremena.\footnote{BAG 23.9.2004, AP BGB § 611 Direktionsrecht Nr. 64. Ako je ugovorom o radu uređeno trajanje tijednog radnog vremena nalogodavno pravo poslodavca može se, prema stajalištu njemačke judikature, odnositi na jednostrane izmjene dnevnog radnog vremena te početak i kraj radnog vremena, ako se time ne dira u ugovoreno trajanje tijednog radnog vremena, kao ni raspored radnog vremena na pojedine dane u tjednu. I u ovom slučaju poslodavac ne može donijeti odluku bez sudjelovanja radničkog vijeća. Više: Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 538-539 (Rn. 63-65); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 384 (Rn. 41).}

Otvoreni nalogodavni ovlaštenja poslodavca u hrvatskom pravu postavljeni su odredbama o obveznom sadržaju ugovora o radu (u kojem treba naznačiti naziv, narav ili vrstu rada na koji se radnik zapošljava ili kratak popis ili opis poslova), pravu poslodavca da pobliže uredi mjesto i način obavljanja rada i radniku daje obvezne upute za obavljanje rada u skladu s naravi i vrstom rada, poštujući pritom prava i dostojanstvo radnika (čl. 13., 5. st. 1. i 2. ZR-a). Smije li se u slučaju konkretnih izmjena poslova radnika, radnog vremena, mjesta rada radnika i drugih ugovornih uvjeta poslodavac koristiti svojim nalogodavnim ovlastima,
ili je potrebno pristupiti izmjenama postojećeg ugovora o radu, ovisit će, dakle, o sadržaju ugovora o radu. Smatramo da pri tumačenju nedovoljno određenih ugovornih klauzula svakako valja primijeniti načelo savjesnosti i poštjenja te prihvaćena običajna pravila određene djelatnosti ili zanimanja.

Jedina iznimka kada je dopušteno odstupiti od navedenih pravila o opsegu nalogodavnog prava poslodavca jesu slučajevi nužde (Notfälle), kada poslodavac može svojim radnicima naložiti obavljanje odgovarajućeg rada koje oni prema ugovoru o radu nisu obvezni obavljati.\(^\text{1761}\) Pomoć radnika u slučaju nužde smatra se imanentnom ugovoru o radu. Slučaj nužde postoji kada neki krizni događaj nastupi neovisno o volji poslodavca, a riječ je o događaju koji ne može biti savladan na drugi način, nego jedino nalaganjem dodatnoga rada radnicima.\(^\text{1762}\)

U slučaju kada je poslodavac vršenjem svojeg prava davanja uputa konkrećizirao sadržaj ugovora o radu (točnije, obavljanje obveze rada) potrebno je ocijeniti **dopuštenost** tako određenog sadržaja. U **njemačkom** pravu temelj za određivanje koje poslove poslodavac smije odrediti radniku predstavlja čl. 315. BGB-a, o pravu jedne ugovorne strane da odredi činidbu te ocjeni obveznosti tako određene činidbe na temelju pravičnosti. Ocjena na temelju pravičnosti uključuje uzimanje u obzir i odmjeravanje interesa obiju ugovornih strana na temelju ustavnih načela i zakonskih normi te općih vrijednosnih sudova, kao i načela razmjernosti (primjerenosti, prihvatljivosti i običaja u prometu).\(^\text{1763}\) U obzir treba uzeti i dodatne činjenice, kao što je oduzimanje određenih zadataka radniku, koje vodi ili treba služiti sprječavanju profesionalnog napredovanja pojedinog radnika, ili njegovoj diskriminaciji.\(^\text{1764}\) Važna je i poslovna nužnost promjena kao i okolnosti vezane uz osobu radnika (opterećenje koje za radnika, ili njegovu obitelj predstavlja promjena posla ili mjesta rada).\(^\text{1765}\)

Prema stajalištu njemačke judikature u obzir valja uzeti i prigovor savjesti radnika (**Gewissenskonflikt**) kao jedno od ograničenja prava davanja uputa. Poslodavac bi morao izbjegavati nalaganje nekog posla radniku koji bi mogao izazvati prigovor savjesti radnika,

---

\(^\text{1761}\) BAG 29.1.1960 AP Nr. 12 zu § 123 GewO i dr.

\(^\text{1762}\) Slučaj nužde ne postoji ako se konkretna situacija mogla spriječiti pravovremenim planiranjem osoblja, kao ni kada je riječ o stalnom nedostatku osoblja, ili stalnim hitnim narudžbama. Radniku ne smije biti naloženo preuzimanje posla drugih radnika koji se nalaze u štrajku, osim ako je riječ o poslovima koji se ne smiju prekidati. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 542 (Rn. 72).

\(^\text{1763}\) BAG 28.11.1989, AP Nr. 6 zu § 88 BetrVG 1972.

\(^\text{1764}\) BAG 12.9.1996, AP Nr. 1 zu § 30 ZDG.

\(^\text{1765}\) Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 542 (Rn. 74).
uvijek kada mu može narediti obavljanje nekog drugog posla.\textsuperscript{1766} Isto vrijedi i za druge poslove koji dovode ili mogu dovesti do tjelesnog oštećenja, ili štete po život i zdravlje radnika (primjerice, boravak u prostorijama u kojima se puši).\textsuperscript{1767}

U hrvatskom pravu, prema mišljenju doktrine,\textsuperscript{1768} treba uzeti u obzir odredbe koje donosi ZOO: čl. 4., o načelu savjesnosti i poštjenja u obveznim odnosima, čl. 10. st. 3., o dužnosti sudionika obveznog odnosa da se suzdrži od postupaka kojima se otežava ispunjenje obveza drugog sudionika, i čl. 320., o tumačenju nejasnih odredbi ugovora sklopljenih prema unaprijed otisnutom sadržaju, te besplatnih ugovora u smislu koji je manje težak za dužnika, a u naplatnim ugovorima u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih činidaba. Važna je i ranije spomenuta odluka Vrhovnog suda prema kojoj je radnik u izvanrednim okolnostima obvezan obavljati i poslove koje inače ne obavlja.\textsuperscript{1769} Smatramo da se pravo poslodavca da daje upute ne smije pretvoriti u ničim ograničeno diskrecijsko pravo i samovolju poslodavca. U sprječavanju takvih postupaka posebnu ulogu morali bi odigrati sudovi. Stajalište koje je zauzeo Vrhovni sud RH, proširujući obvezu rada radnika, nije prihvatljivo. Poslodavcu u svakom slučaju na raspolaganju stoji i institut otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu, koji za radnika može predstavljati i povoljnije rješenje od ničim kontrolirane ovlasti poslodavca da jednostrano mijenja uvjete rada.

13.6.2. Druge jednostrane izmjene ugovora o radu

Osim prava davanja uputa radniku, u njemačkom pravu dopuštene su i druge jednostrane izmjene ugovora o radu kojima se može izbjegati izricanje otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora. To su pridržaj opoziva, djelomični otkaz, utvrđivanje rokova ili drugih uvjeta u pojedinačnim odredbama ugovora o radu, tzv. otkaz iz predostrožnosti (vorsorgliche Kündigung), promjena osnove pravnog posla.\textsuperscript{1770}

\textsuperscript{1766} Radnik u ovakvim slučajevima ima pravo odbiti raditi, a u slučaju ako ne postoji mogućnost zapošljavanja na drugim poslovima, ili ako je radnik prilikom zasnivanja radnog odnosa mogao predvidjeti sukob savjesti, gubi pravo na naknadu plaće, a u određenim slučajevima to može biti i razlog osobno uvjetovanog otkaza. BAG 22.5.2003, AP Nr. 18 zu 1 § KSchG 1969 Wartezeit. Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 542 (Rn. 75).

\textsuperscript{1767} Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 543 (Rn. 75).

\textsuperscript{1768} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 432.


\textsuperscript{1770} Širo, Künzl, u: A/P/S, op. cit., str. 543-550 (Rn. 79-96); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 388-392 (Rn. 54-73).
14. POSTUPAK PRIJE I ZA VRIJEME OTKAZIVANJA UGOVORA O RADU

Način na koji je uređen postupak prije ili za vrijeme otkazivanja ugovora o radu pokazatelj je rigidnosti radnozaštitnog zakonodavstva. Postupak prije i za vrijeme otkazivanja ugovora o radu odnosi se na različite obveze poslodavca koje mora izvršiti kako bi otkaz radniku bio valjan, odnosno zakonit. Postupak može obuhvaćati obvezu poslodavca da radnika upozori na kršenje ugovorne obveze, koje može predstavljati razlog za otkaz; obvezu da radniku omogući pravo na obranu od njegovih tvrdnji; obvezu da u postupak donošenja odluke o otkazu uključi radničko vijeće ili sindikat; kao i obvezu da od tijela javne vlasti traži odobrenje za otkaz radniku. Ovi elementi produžuju i poskupljuju postupak otkazivanja za poslodavca, a uz određene pretpostavke mogu rezultirati i „zabranom“ poslodavcu da u konkretnom slučaju otkaze ugover o radu. U hrvatskom pravu prisutni su svi navedeni elementi pa je postupak prije i za vrijeme otkazivanja ugovora o radu za poslodavca prilično zahtjevan.

14.1. Opomena radnika

O opomeni kao pretpostavki valjanosti otkaza zbog skrivljenog ponašanja radnika bilo je riječi supra, u pogl. Opomena pa upućujemo na taj dio rada.

14.2. Obveza poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane

Obveza je poslodavca da prije donošenja odluke o otkazu radniku omogući iznošenje obrane. Pravo na obranu jedno je od temeljnih prava koje se jamči radniku u slučaju kada mu prijeti otkaz, koji može ugroziti njegovu karijeru i budućnost. Svrha je osigurati dijalog među strankama i razmatranje svakog pitanja prije konačne odluke o otkazu ugovora o radu1771 te radniku omogućiti izjašnjavanje o okolnostima važnim za donošenje te odluke.1772 Ako je razlog planiranog otkaza skrivljen ponašanje radnika, radnik se može izjasniti o povredama za koje se tereti te pružiti razloge i dokaze kojima opravdava svoje ponašanje.1773 Prema Konvenciji MOR-a br. 158 radniku se jamči pravo na obranu u slučaju otkaza zbog razloga koji su u vezi s ponašanjem radnika, ali i nezadovoljavajućim obavljanjem rada (čl. 7.).

1771 Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 63-64.
1772 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 393.
U hrvatskom pozitivnom pravu obveza poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane ograničena je na postupak koji prethodi redovitom i izvanrednom otkazu zbog skrivljenog ponašanja radnika (čl. 111. st. 2 ZR-a). U njemačkom pravu vezuje se uz otkaz namještenicima, osobno uvjetovani otkaz zbog sumnje na radnika (Verdachtskündigung), otkaz zbog pritiska treće osobe (Drückkündigung). U drugim zakonodavstvima ta je obveza šira. U slovenskom pravu postoji u slučaju redovitog otkaza zbog nesposobnosti za rad, ili skrivljenog ponašanja radnika te u slučaju izvanrednog otkaza (čl. 83. st. 2 ZDR-a). U Francuskoj radnik ima pravo iznijeti obranu u slučaju otkaza zbog razloga u osobini radnika i u slučaju otkaza zbog ekonomskih razloga (osim kada je riječ o kolektivnom višku, a u poduzeću postoji radničko vijeće ili delegati osoblja).1774

Obveza poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane u hrvatskom i slovenskom je pravu relativizirana, jer ne tereti poslodavca ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da to učini, što je u skladu s odredbom Konvencije br. 158. Koje okolnosti oslobađaju poslodavca obveze da sasluša radnika, hrvatski zakon nije utvrdio,1775 a u slovenskom zakonu okolnosti su samo primjerično nabrojane.1776

U njemačkom pravu samo namještenici u javnim službama imaju pravo biti saslušani, ali prije izricanja opomene kojom se upozoravaju na ponašanje, dok radnici u privatnom sektoru nemaju to pravo. Ipak, poslodavcu se preporučuje da radniku omogući da iznese obranu kako bi doznao okolnosti relevantne za ocjenu o izricanju opomene. Omogućavanje obrane radniku smatra se izrazom poduzetničke kulture i kadrovske politike.1777

14.2.1. Oblik i rok za iznošenje obrane

Konvencija MOR-a br. 158 ne određuje u kojem obliku obrana mora biti iznesena, a to ne propisuje ni za opomenu. Bitno je radniku dati stvarnu mogućnost da se brani i time utječe na tijek i rezultat otkazivanja ugovora o radu, a to se može ostvariti saslušanjem radnika.1778

1774 L. 122-14 CT-a.
1776 Kada je poslodavac žrtva kršenja obveze, u slučaju neuspjeha probnog rada, ili ako to radnik izričito odbije, ili se neopravdano ne odazove pozivu na obranu. U ovom posljednjem slučaju smatra se da je poslodavac izvršio svoju obvezu.
1777 Više supra pogl. Saslušanje radnika prije opomene i disciplinski postupak.
1778 Zato zakon ne može određivati stroge oblike njegova ostvarivanja. Sadržaj, oblik, način i opseg prava na obranu ovise o volji radnika, a obveza je poslodavca da omogući radniku to pravo uz propisane uvjete. Belopavlović, N., Zakon o delovnih razmerjih, op. cit., str. 50.
U hrvatskom pravu obrana je neformalna pa može biti dana i usmeno (saslušanjem). U literaturi se ipak preporučuje pisani oblik.\textsuperscript{1779} Ni slovenski zakon ne određuje oblik u kojem radnik iznosi obranu (zagovor). Propisan je jedino pisani oblik poziva na iznošenje obrane i njegov sadržaj. Poziv se mora uručiti prema pravilima o dostavi otkaza. Pri iznošenju obrane može po ovlaštenju radnika sudjelovati predstavnik sindikata ili druga osoba koju je radnik na to ovlastio, što je karakteristično za disciplinske postupke (kao i u francuskom i britanskom pravu).\textsuperscript{1780}

U prilog pisanog oblika iznošenja obrane govore razlozi pravne sigurnosti, osiguranja dokaza te mogućnost da radnik na taj način detaljno i sabrano obrazloži svoja stajališta.\textsuperscript{1781} Hrvatski zakon ne propisuje rok u kojem bi radnik trebao iznijeti obranu. Bitno je da to bude nakon izrečene opomene, a prije odluke o otkazu. U literaturi predlaže se primjena primjerenog roka. Kod izvanrednog otkaza predlaže se rok od 5 dana, koliko iznosi i rok u kojem se radničko vijeće dužno očitovati o otkazu.\textsuperscript{1782} U slovenskom pravu poslodavac mora radniku omogućiti obranu u razumnom roku, koji ne smije biti kraći od tri radna dana.

### 14.2.2. Pravne posljedice neizvršenja obveze poslodavca da radniku omogući iznošenje obrane

Hrvatski ZR ne propisuje pravne posljedice za slučaj da poslodavac ne ispuni svoju obvezu i ne omogući radniku iznošenje obrane. Iako se u literaturi može naići na stajalište da bi takav propust poslodavca trebao imati za posljedicu ništetnost odluke o otkazu, dvojbu je razriješila sudsk praksa koja je dodatno relativizirala ovu obvezu. Naime, Vrhovni je sud zauzeo, po našem mišljenju ispravno, stajalište da je uskrata mogućnosti iznošenja obrane relevantna samo ako bi radnikova obrana, da je bila iznesena, odvratila poslodavcu od donošenja odluke o otkazu jer bi radnik opravdao svoje ponašanje. Tek ako poslodavac nema za sud prihvatljivo opravdane zbg kojeg je propustio izvršiti svoju obvezu, njegov je otkaz

\textsuperscript{1779} Ruždjak, M., Sklapanje i prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 37.

\textsuperscript{1780} Korištenje pomoći druge osobe pri iznošenju obrane preduvjeti je Preporukom MOR-a br. 166 (čl. 9). Druga osoba može biti radnički predstavnik, ili sindikalni predstavnik, kao i osoba izvan poduzeća. Vidi supra pogl. Saslušanje radnika prije apomene i disciplinski postupak.

\textsuperscript{1781} Čak i ako se obrana iznosi usmeno, pred poslodavcem ili osobom koju je on za to ovlastio, uz sudjelovanje predstavnika sindikata ili druge od radnika ovlaštene osobe, svakako bi trebala biti dokumentirana u posebnom zapisniku. Na taj bi se način izbjegle moguće teškoće oko dokazivanja činjenice da je radniku omogućeno pravo na obranu, kao i dokazivanja okolnosti na koje se radnik kao relevantne poziva, a koje će i poslodavcu poslužiti za donošenje konačne odluke hoće li ili ne otkazati ugovor o radu.

\textsuperscript{1782} Ruždjak, M., Sklapanje i prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 38.
nezakonit. To znači da nema automatske ništetnosti odluke o otkazu zbog propuštanja ove obveze.

14.3. Sudjelovanje predstavnika radnika u postupku otkazivanja

14.3.1. Općenito

Jedan od modela koji ima važnu ulogu za jačanje sigurnosti radnog odnosa jest uključivanje radničkih predstavnika u donošenje odluke o otkazu ugovora o radu. Razvijen je u njemačkom pravu. U nacionalnim pravima obveza poslodavca u vezi sa sudjelovanjem radničkih predstavnika ili predstavnika sindikata u postupku prije i za vrijeme otkazivanja radniku uređena je kao obveza obavještavanja (notification) ili obveza savjetovanja (consultation) poslodavca s radničkim predstavnicima, a u nekim zakonodavstvima za valjanost otkaza traži se suglasnost (consent) predstavnika sindikata na odluku o otkazu ili odobrenje (authorization) predstavnika sindikata (radničkog vijeća) za otkaz predstavnicima ili dužnosnicima sindikata, članovima radničkih vijeća, predstavnicima zaštite na radu.

Iako je sudjelovanjem radničkog vijeća postupak otkazivanja postao složeniji i rigidniji, njime se ostvaruje niz značajnih ciljeva. Prethodna suglasnost radničkih predstavnika učinkovito je sredstvo za sprječavanje otkaza kada za to ne postoje opravdani razlozi. Radničko vijeće svojim mišljenjem o namjeravanom otkazu radniku može utjecati na odluke poslodavca, radnika i suda u vezi s otkazom. Poslodavca može odvratiti od otkaza. Radniku pomaže u utvrđivanju i dokazivanju stvarnih otkaznih razloga, čime utječe na njegovu odluku o pokretanju sudskog postupka protiv odluke o otkazu. Mišljenje vijeća može utjecati i na ocjenu suda o dopuštenosti otkaza.

U postupku pobijanja otkaza radnik se može pozvati na argumente radničkog vijeća o otkazu, provedenom socijalnom izboru, odnosno mogućnosti da radnik nastavi raditi dok traje sudski postupak. Sudjelovanje radničkih predstavnika u postupku otkazivanja služi zaštiti pojedinačnih interesa radnika,

---

1784 Suprotno Ruždjak, Marijan, Postupak otkazivanja ugovora o radu od poslodavca, PiP, br. 12, 2001., str. 27.
1785 Tu mogućnost predviđa i Preporuka MOR-a br. 166 (čl. 11). Značenje izraza „predstavnici radnika“ (workers' representatives) utvrđuje se prema definiciji iz Konvencije br. 135 o predstavnicima radnička (1971.).
1786 Odoobrenje predstavnika sindikata ili radničkog vijeća traži se u Bugarskoj, Finskoj, Litvi, Ruskoj Federaciji. Protection against Unjustified Dismissal, op. ci., str. 69-70.
1788 Koch, Ulrich, § 102 BetrVG, u: A/P/S, op. cit., str. 1117-1118 (Rn. 3-4).
jačajući njegov položaj u tom postupku, ali i zaštiti kolektivnih interesa, omogućujući radničkom vijeću utjecaj u određivanju sastava osoblja.


Važno je naglasiti da izvan dosega zaštite koja se ostvaruje sudjelovanjem radničkog vijeća u postupku otkazivanja ostaje značaj broj radnika na koje se ne primjenjuju odredbe o sudjelovanju radnika u odlučivanju.

Specifična je uloga radničkog vijeća u postupku otkazivanja prema austrijskom pravu. U njoj dolaze do izražaja elementi korporatističkog sustava radnih odnosa. O mišljenju koje

---

1791 Kada je riječ o kolektivnim otkazima ugovora o radu radničko vijeće sudjeluje u donošenju programa zbrinjavanja viška radnika, a u postupku otkazivanja može sudjelovati kroz opću ovlast suodlučivanja o uvоđenju nove tehnologije ili promjenama u organizaciji i načinu rada, koji mogu dovesti do otkaza ugovora o radu, ili o prenošenju poduzeća ili dijela poduzeća (dijela gospodarske djelatnosti, ili gospodarske djelatnosti), kao i ugovora o radu na novog poslodavca (čl. 149. st. 3. al. 5., 11. ZR-a). Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 438.
1792 U hrvatskom pravu to su radnici zaposleni kod, tzv., malih poslodavaca te zaposleni u tijelima državne uprave, u kojima radnici nemaju pravo osnivanja radničkih vijeća (čl. 136. ZR-a). U Austriji zaštitu ne uživaju samo radnici zaposleni kod poslodavaca koji zapošljavaju manje od 5 radnika, u kojima ne djeluje radničko vijeće. U njemačkom pravu radničko vijeće sudjeluje u postupku otkazivanja ugovora o radu posloprimcima u privatnom sektoru. Odredbe BetrVG-a ne primjenjuju se na javne službenike i druge kategorije posloprimaca navedene u čl. 5. st. 2., 3. BetrVG-a (neke od njih su: zastupnici pravnih osoba, članovi obitelji poslodavca, vodeći namještenici i dr.) pa te kategorije radnika ne uživaju ovaj oblik zaštite. Ograničavajući sudjelovanje predstavnika radnika u postupku otkazivanja samo na sindikate u slovenskom pravu zaštitu uživaju samo radnici članovi sindikata, čime su radnici koji to nisu stavljeni u neravnopravan položaj. Više: Klampfer, Marta, Odpoved pogodbe o zaposlitvi, DiD, let. 2, št. 2, 2002., str. 230-231.
radničko vijeće daje tijekom postupka savjetovanja o namjeravanom otkazu bitno ovisi opseg zaštite radnika od otkaza. Naime, ako se radničko vijeće suglasiti s namjeravanim otkazom, tada radnik više ne može pobijati otkaz zbog 'socijalne neopravdanosti', nego samo zbog postojanja nekog od zabranjenih razloga. 

To u najvećem broju slučajeva sprječava radnika da pobiju otkaz. Takvo ovlaštenje vijeća pravna doktrina naziva ograničavajućim pravom radničkog vijeća (Sperrrecht). Vijeću je ovim mehanizmom dana značajna pravna moć, čak i u internom odnosu prema vlastitom osoblju. Prema stajalištu Austrijskog ustavnog suda to je izraz kolektivnopravne konstrukcije zaštite od otkaza. Zaštita od otkaza pripada osoblju, koje je koristi kroz radničko vijeće. Ono može i odustati od korištenja te zaštite i na taj način iskoristiti ograničavajuće pravo. Radnik se zbog toga neće moći obratiti sudu s vlastitim predmetom, budući da zaštita od otkaza nije njegova stvar, nego stvar osoblja.

14.3.2. Tijek postupka

Tijek postupka sudjelovanja predstavnika radnika u donošenju odluke o otkazu čine određene radnje koje imaju ista ili slična obilježja bez obzira o kojim je predstavnicima (radničkom vijeću, sindikatu, delegatima osoblja ili dr. predstavnicima) i o kojem obliku sudjelovanja (savjetovanju, ili suodlučivanju) riječ, pa se u nastavku analizira ono što im je zajedničko.

14.3.2.1. Obavještavanje radničkog vijeća

Postupak započinje poslodavac obaviješću radničkom vijeću o namjeri otkazivanja ugovora o radu, dakle prije donošenja odluke o otkazu (čl. 149. st. 1 ZR-a). Otkaz izrečen bez prethodnog saslušanja radničkog vijeća nevaljan je (čl. 102. st. 1. al. 3. BetrVG-a). Hrvatsko i njemačko pravo ne propisuju oblik u kojem bi trebala biti dana obavijest radničkom vijeću. To može biti učinjeno i u usmenoj formi (na sjednici radničkog vijeća, predsjedniku radničkog vijeća), ali se zbog lakšeg dokazivanja preporučuje to učiniti u pisanom obliku.

1793 Zabrana otkazivanja zbog članstva u sindikatu, sudjelovanja u radu sindikata, ili u radu povjerenstva za izbore radničkih vijeća i dr. (čl. 15. st. 3. t. 1. ArbVG-a).
1797 Očitovanje vijeća dano nakon otkaza, kao ni naknadna suglasnost vijeća ne čini takav otkaz valjanim. Više Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1137-1138 (Rn. 62, 63).
1798 Treba ju popratiti dokazom o izvršenom priopćavanju (primjerice, svjedoci ili pisana izjava predsjednika radničkog vijeća), a najprikladnije bi bilo dostavljano radničkom vijeću nacrta otkaza ugovora o radu, u skladu s
Poslodavac je obvezan obavijestiti radničko vijeće o namjeri otkazivanja pravodobno i potpuno kako bi ono moglo dati primjerke, a rezultati rasprave mogli stvarno utjecati na donošenje odluke (čl. 149. st. 4 ZR-a). Pravodobnost znači da vijeće mora biti obaviješteno u odgovarajućem roku kako bi se osiguralo dovoljno vremena da u propisanom roku zauzme stajalište o namjeravanom otkazu. Obavijest treba biti potpuna, što znači da mora sadržavati podatke o radniku i razloge otkaza te podatke o vrsti otkaza koju poslodavac namjerava izreći, kao i trajanju otkaznog roka kod redovitog otkaza. Podaci o radniku uključuju sve potrebne osobne podatke na osnovu kojih radničko vijeće može nedvojbeno saznati kojeg radnika poslodavac namjerava otpustiti.

U praksi su moguće situacije kada je radničko vijeće dalo mišljenje o namjeravanom otkazu radniku, ali je poslodavac odluku o otkazu donio nakon proteka značajnog razdoblja od saslušanja vijeća. Ako se činjenično stanje na kojem se temelji odluka o namjeravanom otkazu u međuvremenu promijenilo, valjanost provedenog saslušanja ocjenjuje se s obzirom na duljinu vremena koje je proteklo te promjenu činjeničnog stanja na kojem je vijeće temeljilo svoju odluku.

Jednako važno jest i pitanje je li valjan postupak saslušanja radničkog vijeća proveden na osnovi nepotpunih podataka. U njemačkom pravu takav postupak smatra se u pravilu nevaljanim, ali je za ocjenu bitno može li se taj nedostatak pripisati poslodavcu ili radničkom vijeću. Ako je poslodavac odgovoran za propust, postupak saslušanja nije valjan.


1799 Ibid., str. 1140 (Rn. 68).
1800 Ibid., str. 1146 (Rn. 86).
1801 Ibid., str. 1146 (Rn. 86). Neophodni podaci su prije svega ime i prezime radnika, a prema njemačkoj judikaturi to u nekim slučajevima može biti i državljanstvo, a u većim poduzećima i neki drugi identifikacijski podaci (osobni broj radnika, područje rada). Bitan podatak je i dob radnika, duljina staža u poduzeću te obveze uzdržavanja i obiteljsko stanje kao podaci koje je i poslodavac dužan uzeti u obzir pri socijalnom izboru. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 439.; Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1150 (Rn. 92).
1802 Prema mišljenju njemačkih zemaljskih sudova to može biti razdoblje od 4 ili 6 mjeseci. Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1138 (Rn. 64).
1803 Ako je došlo do bitnih promjena (primjerice, promijenjen je broj radnika koje će poslodavac zadržati na radu), posebice do nastupanja novih otkaznih razloga (kao i promjene vrste otkaza), od radničkog vijeća mora se tražiti novo očitovanje o namjeravanom otkazu. BAG 27.5.1977 AP Nr. 14 zu § 102 BetrVG 1972; Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1138 (Rn. 64); Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 440.
1804 Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1150 (Rn. 92), 1173 (Rn. 153).
ugovora, umjesto običnog otkaza i obrnuto).

Smatramo da bi ovakvo stajalište morala prihvatiti i domaća judikatura, koja o ovom pitanju nema jedinstveno mišljenje.

14.3.2.2. Saslušanje radnika u postupku donošenja odluke radničkog vijeća

Radničko vijeće može tijekom postupka taslušati radnika. Saslušanje radnika korisno je s više aspekata: olakšava vijeću da utvrdi jesu li otkazni razlozi na koje se poslodavac poziva utemeljeni te postoje li razlozi zbog kojih neće prihvatiti namjeravani otkaz i posljedično tome, omogućava daljnje zaposlenje radnika za vrijeme dok traje postupak pobijanja otkaza ugovora o radu.

U njemačkom pravu radničko vijeće ovlašteno je prije zauzimanja stajališta saslušati radnika kojem poslodavac namjerava otkazati ugovor o radu ako to smatra potrebnim (čl. 102. st. 2. al. 4. BetrVG-a). Iako saslušanje radnika nije zakonska obveza, niti je radniku priznati zahtjev da bude saslušan, ova odredba tumači se kao obvezujuća (Sollvorschrift) pa se radničko vijeće u pravilu smatra obveznim provesti saslušanje. No za propuštanje ove obveze ne postoji sankcija.

Smatramo da bi po uzoru na njemačko pravo u ZR trebalo de lege ferenda dodati odredbu (čl. 149. st. 2. al. 2.) o ovlaštenju radničkog vijeća da prije donošenja odluke sasluša radnika o relevantnim okolnostima slučaja, sljedećeg sadržaja: Ako radničko vijeće to smatra potrebnim može, prije zauzimanja stajališta, saslušati radnika kojem poslodavca namjerava otkazati ugovor o radu. To bi ojačalo položaj radnika, radničkom vijeću omogućilo prikupljanje svih podataka relevantnih za ocjenu u konkretnom slučaju, a ne predstavlja preveliko opterećenje za poslodavca.

14.3.3. Odluke radničkog vijeća (sindikata)

Na temelju prikupljenih podataka radničko vijeće donosi odluku o namjeravanom otkazu radniku. Rok u kojem je radničko vijeće (sindikat) dužno razmotriti odluku saslušav noga sa radnikom o namjeravanom otkazu, zauzeti stajalište i donijeti odluku propisan je

---

1805 Ibid., str. 1153 (Rn. 99).
1806 Ž. Potočnjak kritički upozorava na stajalište Vrhovnog suda koji je u jednoj odluci ustvrdio da nije riječ o povredi prava radnika kada se poslodavac savjetovao sa sindikalnim povjerenikom o namjeri davanja izvanrednog otkaza, a nakon završenog postupka savjetovanja radniku je izekao redoviti otkaz utemeljen na istim otkaznim razlozima. Argumenti Suda bili su da je redoviti otkaz za radnika povoljniji od izvanrednog te da se sindikalni povjerenik ionako protivio otkazu. Autor navodi i drugu odluku istog suda prema kojoj se savjetovanje mora odnositi na određenu, konkretnu odluku o otkazu pa je u slučaju promjene vrste otkaza nužno novo savjetovanje s radničkim vijećem. (VSRH, Revr-120/03, od 18.5.2005.; VSRH, Revr-637/05, od 11.1.2006.) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 439.
1807 Odluku donosi kolektivno, na sjednici (čl. 153. st. 1. ZR-a; čl. 29. st. 2. BetrVG-a). Postupak odlučivanja kod nas se uređuje poslovnikom radničkog vijeća (čl. 153. st. 2. ZR-a), dok je u Njemačkoj detaljno uređen zakonom.
Trajanje zakonskih rokova ovisi o tome je li riječ o redovitom ili izvanrednom otkazu; općenito, riječ je o kratkim rokovima. Za računanje početka i završetka tijeka roka vrijede pravila građanskog prava o računanju rokova. Postupak sudjelovanja radničkog vijeća može završiti i prije isteka roka ako radničko vijeće dade mišljenje za vrijeme dok rok još traje.

Tijekom postupka može se javiti potreba za traženjem dodatnih informacija o radniku ili otkaznim razlozima od poslodavca. Radi dobivanja informacija ('odgovora') radničko vijeće može, u skladu s novom odredbom čl. 149. st. 2. ZR-a, zatražiti sastanak s poslodavcem, koji je ovaj dužan omogućiti prije konačnog očitovanja vijeća o odluci poslodavca. Traženje dodatnih informacija znači i prodluženje postupka donošenja odluke radničkog vijeća te otvara pitanje prekid ili zaustavljanja roka za očitovanje radničkog vijeća. U njemačkoj judikaturi zauzeto je stajalište, koje nam se čini prihvatljivim, da u tim slučajevima ne dolazi do automatskog prekida tijeka roka, već prekid ovisi o opravdanosti traženja novih informacija. Donošenjem odluke i njezinom dostavom poslodavcu završava postupak sudjelovanja radničkog vijeća u postupku prije i za vrijeme otkazivanja.

Analiza zakonodavstva i sudske prakse pokazuje da radničko vijeće (sindikat) može donijeti sljedeće odluke o namjeravanom otkazu: 1. suglasiti se o odlukom poslodavca o namjeravanom otkazu, 2. ne očitovati se o namjeravanom otkazu; 3. odustati od zauzimanja stajališta (njemačka sudska praksa); 4. izraziti svoje mišljenje o otkazu (njem. BetrVG); 5. izraziti prigovor odnosno protivljenje otkazu. Iako terminološki identične valja upozoriti da u različitim zakonodavstvima ove odluke imaju različit sadržaj i pravne učinke.

Postupak sudjelovanja radničkog vijeća u otkazivanju može biti okončan suglasnošću vijeća s odlukom poslodavca o namjeravanom otkazu, koja može biti dana i usmeno.

---

1808 Čl. 149. st. 5. ZR-a; čl. 84. ZDR-a; čl. 102. st. 2. al. 3. BetrVG-a.
1809 Za redoviti otkaz taj rok iznosi: u hrvatskom pravu osam dana, u njemačkom pravu najduže tjedan dana; za izvanredni otkaz: u hrvatskom pravu pet dana, a u njemačkom hitno, ili najkasnije u roku od tri dana. U slovenskom pravu postoji jedinstveni rok od osam dana.
Svoju odluku radničko vijeće može mijenjati sve dok o njoj ne obavijesti poslodavca. Nakon primitka odluke poslodavac može valjano izreći otkaz ugovora o radu.

Radničko vijeće nije obvezno očitovati se o namjeravanoj odluci poslodavca, ali i takva odluka mora biti donesena u odgovarajućem postupku. U slučaju šutnje radničkog vijeća zakoni prihvaćaju presumpciju suglasnosti, odnosno neprotivljenja radničkog vijeća namjeravanoj odluci poslodavca. U ovom slučaju postupak saslušanja radničkog vijeća prestaje istekom zakonskih rokova za očitovanje, nakon čega poslodavac može izreći odluku o otkazu.

U njemačkom pravu postoje još dvije vrste odluka, nepoznate našem pravu. U judikaturi je prihvaćeno da radničko vijeće može odlučiti da konačno odustaje od zauzimanja određenog stajališta o namjeravanoj odluci poslodavca (Absehen von Stellungnahme). Postupak se smatra završenim kada o takvoj odluci obavijesti poslodavci. Odustajanje od zauzimanja stajališta smatra se šutnjom te vrijedi fikcija o suglasnosti (Zustimmungsfiktion) s odlukom poslodavca.

Prema njemačkom BetrVG-u radničko vijeće koje ima određene dvojbe o namjeravanom otkazu mora o njima i razlozima za njih obavijestiti poslodavca najkasnije u zakonskim rokovima za očitovanje. Takvo stajalište vijeća se ne predstavlja jasno mišljenje za ili protiv namjeravane odluke poslodavca, već ostaje na razini promišljanja (Bedenken) koje može utjecati na konačnu odluku poslodavca. Svoje dvojbe vijeće može utemeljiti na svim razlozima koji prema njegovu mišljenju govore protiv izražavanja otkaza u konkretnom slučaju (a ne samo propisanim razlozima, kao kod prigovora). U odnosu na prigovor izražavanje dvojbi odluka je koja ne poboljšava položaj radnika, niti mu otvara mogućnost za nastavljanje radom dok traje sudski postupak.

Protivljenje (prigovor) namjeravanom odluci o otkazu najnažnija je odluka radničkog vijeća koju ono može donijeti u postupku sudjelovanja u otkazivanju. Njime radničko vijeće jasno i nedvosmisleno očituje svoje stajalište da je u konkretnom slučaju otkaz neprihvatljiv, odnosno neopravdan. Protivljenje je potrebno obrazložiti, što upućuje na zaključak da bi ono trebalo biti učinjeno u pisanom obliku. U hrvatskom pravu protivljenje se može odnositi

---

1813 Za njemačko pravo vidi Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1170 (Rn. 145).
1814 Čl. 149. st. 6 ZR; čl. 102 st. 2 reč. 2 BetrVG; čl. 84. st. 2 ZDR
1817 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 441. Prema praksi BAG-a prigovor otkazu nije ni pravni posao, ni očitovanje volje, nego radnja slična pravnom poslu (rechtsgeschäftsähnliche Handlung) pa može biti učinjena i telefaksom, ali ne i e-mailom, jer u ovom posljednjem nedostaje potpis koji mora obuhvatiti podnesak u cijelosti, uključujući i otkazne razloge. Više o obliku, rokovima te obrazloženju prigovora, Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1188-1190 (Rn. 188-189).
na namjeravani redoviti i izvanredni otkaz ugovora o radu. U njemačkom pravu, prema izričitoj zakonskoj odredbi, prigovor (Widerspruch) se može odnositi samo na odluku o redovitom otkazu (čl. 102. st. 3. BetrVG-a), a eventualna primjena u slučaju izvanrednog otkaza je sporna.

Protivljenje (prigovor) otkazu ima veliku važnost za položaj radnika koji je dobio otkaz, jer je to pretpostavka za zahtjev radnika u sudskom postupku protiv dopuštenosti otkaza da ga poslodavac, koji mu je usprkos protivljenju radničkog vijeća otkazao ugovor o radu, vrati na rad i zadrži na radu do okončanja sudskog spora. Zbog takvog učinka protivljenja (prigovora) radničkog vijeća ono mora biti utemeljeno na zakonom propisanim razlozima. U domaćem pravu razlozi zbog kojih se radničko vijeće može protiviti otkazu tak sativno su propisani st. 7. čl. 149. ZR-a. To je nepostojanje opravdanih razloga za otkaz te neprovođenje ZR-om propisanog postupka otkazivanja. U njemačkom pravu radničko vijeće može se protiviti otkazu ako poslodavac nije poštivao propisani postupak, a ne zbog nepostojanja opravdanih otkaznih razloga.

14.3.4. Pravne posljedice nesudjelovanja ili manjkavog sudjelovanja predstavnika radnika u postupku otkazivanja

Savjetovanje s radničkim vijećem prije izričanja otkaza ima značenje građansko-pravne pretpostavke valjanosti otkaza. Njezino neispunjenje dovodi do najtežih pravne posljedice, ništetnosti otkaza. Hrvatski ZR propisuje ništetnost otkaza izrečenog protivno zakonskim odredbama o obvezi savjetovanja s radničkim vijećem (čl. 149. st. 12. ZR-a). Odredba se tumači tako da otkaz može biti ništetan bilo zbog toga što radničko vijeće uopće nije sudjelovalo u postupku otkazivanja ili je njegovo sudjelovanje bilo manjkav. U njemačkom pravu ništetnost je zakonom propisana kao posljedica otkaza izrečenog bez sudjelovanja radničkog vijeća, a sudskom praksom proširena je i na pogreške pri sudjelovanju radničkog vijeća (čl. 102. st. 1. al. 3. BetrVG-a). Time su od samovoljnog otkaza zaštićeni i oni radnici koji ne uživaju opću zaštitu od otkaza (iz KSChG-a) jer su kod tog poslodavca zaposleni kraće od 6 mjeseci.

1818 Ako poslodavac prilikom izbora radnika kojem će otkazati nije uzeo u obzir ili nije dovoljno uzeo u obzir socijalne okolnosti; ako je otkaz protiv pravilima o zapošljavanju, premještaju i otkazu o kojima postoji sporazum poslodavca i vijeća pogona ili je o njima donesena arbitražna odluka; ako se radnika može zaposliti na drugom radnom mjestu u istom poduzeću ili drugom poduzeću istog poslodavca; ako je nastavak radnog odnosa moguć nakon odgovarajućih mjera prekvalifikacije ili dokvalifikacije; ili ako je nastavak radnog odnosa moguć uz izmijenjene uvjete, a radnik je s time suglasan (čl. 102. st. 3. BetrVG-a).


1820 BAG 29.1.1997, AP Nr. 131 zu § 626 BGB.

Stalna praksa hrvatskih sudova o ništetnosti odluka o otkazima donesenim bez sudjelovanja radničkog vijeća potvrđena je i u stajalištu Vrhovnog suda da su odredbe ZR-a o obvezi savjetovanja s radničkim vijećem u postupku izricanja otkaza kogentne naravi, pa je posljedica povrede tih odredbi ništetnost odluke o otkazu. Zbog toga na valjanost otkaza ne može utjecati činjenica da je radničko vijeće dalo suglasnost na odluku poslodavca naknadno, nakon što je otkaz izrečen, jer ono tada više nije moglo utjecati na donošenje konačne odluke o otkazu.

Iako je u hrvatskom pravu ništetnost zakonom propisana kao sankcija za nepravilnosti u sudjelovanju radničkog vijeća u postupku otkazivanja, to nije dovoljno da bi se izbjegle sve dvojbe oko pitanja kako utvrditi je li u konkretnom slučaju bilo manjkavosti. Tu može pomoći pravilo stvoreno u njemačkoj sudskoj praksi i prihvaćeno u doktrini da nepravilnost u sudjelovanju radničkog vijeća postoji uvijek kada poslodavac nije u dovoljnoj mjeri ispunio svoju obvezu obavještavanja vijeća, a nastalu pogrešku treba pripisati sferi poslodavca (Sphäre des Arbeitgebers). Suprotno tome, ako je za pogrešku odgovorno radničko vijeće to, u pravilu, ne proizvodi nikakav pravni učinak.

14.3.5. Izricanje otkaza nakon dostavljenog očitovanja radničkog vijeća

Pretpostavka sudjelovanja radničkog vijeća u postupku prije i tijekom otkazivanja ispunjena je kada je poslodavcu dostavljeno očitovanje vijeća o namjeravanom otkazu i kada je saznao za sadržaj tog očitovanja. Poslodavac je tada u mogućnosti uzeti u obzir mišljenje, odnosno prigovor (protivljenje), radničkog vijeća pri donošenju odluke o otkazu. Stajalište radničkog vijeća ima ograničen učinak, jer ne obvezuje poslodavca. On može valjano izreći otkaz usprkos rezervama ili izričitom protivljenju radničkog vijeća.


1823 Prema stajalištu u njemačkom pravu to vrijedi i ako je savjetovanje provedeno s neovlaštenim radničkim vijećem, kao i u slučaju kada je poslodavac obavijestio o namjeri otkazivanja člana vijeća koji nije bio ovlašten primati pismena, a on nije obavijest prosljedio drugim članovima. Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1172 (Rn. 152).

1824 Kako bi se odredila sfera odgovornosti poslodavca odnosno radničkog vijeća, BAG dijeli postupak sudjelovanja radničkog vijeća u dva dijela, koja se razlikuju po nadležnosti i odgovornosti subjekata. Prvi dio odnosi se na obvezu poslodavca da izvijesti vijeće o radniku kojeg namjerava otpustiti i otkaznim razlozima. U drugom dijelu vijeće razmatra namjeravan otkaz i o tome zauzima mišljenje. Na temelju ove podjele ništetnost otkaza postojat će u slučaju: nepravilno naznačene osobe radnika; pogrešnog navođenja otkaznog roka; nedostatnih informacija o razlozima za otkaz; namjernog iznošenja neistinitih i nepotpunih informacija (BAG 4.8.1975, AP Nr. 4 zu § 102 BetrVG 1972.). Na valjanost postupka savjetovanja s radničkim vijećem ne utječu sljedeće pogreške pri odlučivanju vijeća: nepravilno upućeni poziv na sjednicu vijeća; pogreška pri donošenju odluke; manjkavo ili netočno prosljedivanje informacija koje je dao poslodavac od strane predsjednika ili drugog člana vijeća pogona ovlaštenog za primanje pismena; formalne pogreške pri predaji zaključaka; zakašnjenje u dostavi zaključaka poslodavcu. Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1173-1174 (Rn. 153-156).
Prema njemačkom pravu poslodavac je u tom slučaju obvezan dostaviti radniku * prijepis mišljenja vijeća* (čl. 102. st. 4. BetrVG-a). Poznavanje argumenta koje je protiv otkaza imalo vijeće trebalo bi radniku olakšati procjenu mogućnosti uspjeha u eventualnom postupku pobijanja otkaza ili kod zahtjeva za vraćanje na rad. Propuštanje ove obveze ne čini otkaz nevaljanim, ali radnik ima pravo na naknadu štete od poslodavca.  

Njemačko pravo ne dopušta da, u slučaju kada se radničko vijeće ne složi s namjeravanim izvanrednim otkazom, dođe do preoblikovanja u odluku o redovitom otkazu. U hrvatskom pravu postoje sudske presude u kojima se mogućnost preoblikovanja negira ako je postupak sudjelovanja proveden samo za jednu vrstu otkaza, ali i one prema kojima je to moguće. Poslodavcu koji razmatra mogućnost da zbog istih razloga otkaže radniku izvanrednim, a podredno redovitim otkazom, trebalo bi, zbog ekonomičnosti i učinkovitosti postupka, omogućiti da o svojoj namjeri obavijestiti radničko vijeće pa postupak savjetovanja može ići paralelno za obje vrste otkaza.

14.3.6. Pravo radnika na daljnje zapošljavanje (vraćanje i zadržavanje na radu) u slučaju otkaza

Savjetodavna uloga radničkog vijeća u postupku otkazivanja dobiva posebno značenje propisivanjem prava radnika da u sudskom postupku o dopuštenosti *izvanrednog* otkaza koji mu je izrekao poslodavac traži od poslodavca da ga zadrži na radu, ako se takvom otkazu protivi radničko vijeće. Poslodavac je radnika dužan vratiti na rad u roku od 8 dana od dostave obavijesti i dokaza o podnošenju tužbe i zadržati na radu do okončanja sudskog spora (čl. 149. st. 9. ZR-a). Temelj za ovakvo rješenje bila je odredba njemačkog BetrVG-a (čl. 102.

---

1825 Prema njemačkom pravu, poslodavac nije obvezan raspravljati o mišljenju s vijećem (*Erörterungspflicht*) kao što je to obvezan učiniti kod suodlučivanja radničkog vijeća o otkazu određenim kategorijama radnika, već samo razmatra argumente koje je iznijelo vijeće.

1826 Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1175 (Rn. 159).


1828 Tako u odluci u predmetu Revr-637/05, od 11.1.2006., VSRH ističe da „… iz sadržaja … odredaba (ZR-a) nedvojbeno proizlazi da se obveza savjetovanja odnosi na svaku konkretnu namjeravanu odluku poslodavca o otkazivanju ugovora o radu kako bi u postupku savjetovanja radničko vijeće moglo utvrditi postoji li opravdani razlog za otkaz i je li postupak otkazivanja proveden u skladu s odredbama ZR“. Mogućnost preoblikovanja prihvaćena je odlukom u predmetu VSRH, Revr 508/07-2, od 3.10.2007., prema kojoj „… u takvoj činjeničnoj situaciji radničko vijeće se očitovalo o značenju istih tužiteljicih povreda obveza iz radnog odnosa smatrajući da bi zbog istih povreda poslodavcu bilo dopušteno otkazati ugovor o radu tužiteljici redovitim otkazom zbog skrivljenog ponašanja radnice (tužiteljice). Zato nije povrijeđeno tužiteljčino pravo samom činjenicom da je tuženik dobio suglasnost radničkog vijeća za redoviti, a ne za izvanredni otkaz. Ovo posebno u situaciji kad je tuženik nakon stavljanja izvan snage odluke o izvanrednom otkazu tužiteljci otkazao ugovor o radu redovitim otkazom.“
14.3.6.1. Pretpostavke prava radnika na daljnje zapošljavanje

Pretpostavke prava radnika na daljnje zapošljavanje, prema odredbama o sudjelovanju radničkog vijeća u odlučivanju, jesu: da je radnik dobio otkaz; da se radničko vijeće protivi tom otkazu; da je radnik podignuo tužbu kojom pobija otkaz te da zahtijeva od poslodavca da ga zadrži na radu. Kao što je navedeno, u njemačkom pravu zahtjev radnika da ostane na radu (Weiterbeschäftigungsanspruch) vezuje se samo uz redovit otkaz. Prema mišljenju zakonodavca takav zahtjev radnika nije prihvatljivo dopustiti u slučaju izvanrednog otkaza, jer tada postoje otkazni razlozi koji osobito teško pogadaju poslodavca. U hrvatskom pravu pravo radnika postoji samo u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu.

Protivljenje radničkog vijeća mora biti pravodobno i uredno: izjavljeno u propisanom roku te zasnovano na zakonom utvrđenim razlozima i obrazloženo.

Pretpostavka valjanog zahtjeva radnika za vraćanje na posao jest tužba koju radnik mora podići unutar zakonskog roka. Propuštanje pokretanja sudskog spora ili odustajanje od tuže gasi i pravo radnika da od poslodavca zahtijeva vraćanje na rad.

Posljednja pretpostavka jest zahtjev radnika poslodavcu da ga vrati na rad i zadrži na radu. U njemačkom pravu sporno je pitanje roka u kojem radnik može postaviti zahtjev. Prema novijem stajalištu BAG-a taj rok je značajno ograničen jer radnik to može učiniti do isteka otkaznog roka. U hrvatskom pravu navedeni rok nije primjenjiv jer se pravo radnika vezuje samo uz izvanredni otkaz. Moguće je razlikovati dvije situacije. Ako je radnik postavio zahtjev sudu da naloži poslodavcu njegovo privremeno vraćanje na posao do okončanja sudskog spora (čl. 116. st. 2.), radnik može sve dok sud ne dонese privremenu

---


1830 Ibid., str. 1196 (Rn. 205).

1831 Ibid., str. 1196 (Rn. 205).

1832 Prema stajalištu u njemačkoj literaturi zahtjev ne mora biti u pisanom obliku, već se može izjaviti usmeno, a u slučaju spora njegovo postojanje utvrđuje se tumačenjem. Podizanje tužbe ili prijedlog radnika da će izvršiti posao ne predstavljaju sami po sebi zahtjev radnika za vraćanje na rad, već je to potrebno utvrditi uzimajući u obzir posebne okolnosti slučaja. Ibid., str. 1196 (Rn. 206).

mjeru o njegovu vraćanju na posao od poslodavca zahtijevati da ga vrati na rad i zadrži na radu. Ako radnik nije zatražio od suda donošenje privremene mjere, može od poslodavca tražiti vraćanje i zadržavanje na radu tijekom trajanja sudskog postupka.

14.3.6.2. Sadržaj zahtjeva radnika i pravna narav odnosa povodom nastavka rada

Ako su ispunjene pretpostavke za zahtjev radnika, poslodavac mora omogućiti radniku nastavak rada uz neizmijenjene uvjete rada do okončanja sudskog spora. Kakva je pravna narav i sadržaj odnosa između radnika i poslodavca povodom nastavka rada?

Prema stajalištu njemačkog BAG-a raniji radni odnos nastavlja se temeljem zakona, uz raskidni uvjet pravomoćno odbijene tužbe o dopuštenosti otkaza. Glavne obveze ugovornih strana ostaju iste.1834 U literaturi prevladava mišljenje da sadržaj radnog odnosa nastavljenog nakon isteka otkaznog roka (tzv. Weiterbeschäftigungsverhältnis)1835 ostaje neizmijenjen te nije ovisan o valjanosti ili nevaljanosti izračenog otkaza. Radni odnos nastavlja se prema dotadašnjim uvjetima, u skladu s ugovorom o radu. Radnik ima pravo zahtijevati posao i naknadu za izvršeni rad neovisno o utjecaju otkaza na promjenu radnog odnosa.1836

Radnik ima pravo zahtijevati da mu poslodavac stvarno dade posao (Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung) u granicama koje bi postojale da radni odnos nije otkazan. Odbijanje poslodavca da radniku daje posao u njemačkom pravu smatra se odbijanjem primitka dugovane činidbe.1837 Poslodavac je u tom slučaju obvezan radniku isplatiti naknadu za rad koji ovaj stvarno nije izvršio, neovisno o tome je li se radnik obratio sudu za zahtjevom da naloži poslodavcu da mu stvarno omogući raditi te je li sud odbio njegovu tužbu o dopuštenosti otkaza. Pravni položaj radnika u tom je smislu identičan položaju radnika koji nije dobio otkaz. Ako se poslodavac odlukom suda oslobodi od obveze na daljnje zapošljavanje radnika, to ga ne oslobađa obveze prema radniku koje su nastale do trenutka prvostupanja odluke suda.1838

Odnos koji nastane povodom zahtjeva radnika za nastavkom rada nije identičan radnom odnosu kakav je postojao prije otkaza, već je njegova osnova različita, sve do pravomoćne odluke u sporu o dopuštenosti otkaza. Razdoblje nastavka rada treba uračunati u vrijeme pripadnosti radnika poduzeću. Radnik se za vrijeme dok stvarno obavlja rad na

1834 BAG 12.9.1985, AP Nr. 7 zu § 102 BetrVG 1972 Weiterbeschäftigung.
1835 U njemačkom pravu taj radni odnos ima i poseban naziv koji ukazuje na to da ga treba razlikovati od „normalnog“ radnog odnosa, ali i na to da je priznan kao poseban oblik radnog odnosa, a ne kao fakultički rad.
1837 Annahmeverzug, čl. 615 BGB; usp. čl. 184 ZOO.
1838 Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1197-1198 (Rn. 209).
temelju zahtjeva za nastavkom rada smatra dijelom osoblja, u skladu s odredbama BetrVG-a.\textsuperscript{1839} Poslodavac je dužan uplaćivati obvezne doprinose iz socijalnog osiguranja za radnika, što je značajno s aspekta eventualnog ostvarivanja prava na naknadu za slučaj nezaposlenosti, ako sud utvrdi da je otkaz zakonit.\textsuperscript{1840}

(Radni) odnos na temelju zahtjeva za nastavkom rada\textsuperscript{1841} prestaje trenutkom pravomoćnosti odluke o dopuštenosti otkaza. Ako je sud odlučio da je otkaz bio nedopušten, time ustvari utvrđuje nastavak izvornog radnog odnosa. Ako je tužba radnika pravomoćno odbijena, odnos daljnjeg zaposlenja radnika prestaje pravomoćnom odlukom.

Izloženo stajalište o naravi ovog radnog odnosa prihvatljivo je. Kako ističe Ž. Potočnjak, radnik koji je ostao na radu za vrijeme trajanja sudskog spora ima sva prava iz radnog odnosa, što je posebno značajno s obzirom na činjenicu da su postupci često dugotrajni.\textsuperscript{1842} Mislimo da je prihvatljiva i provediva teza da je u ovom slučaju riječ o radu obavljenom u okviru neke vrste modificiranog izvornog radnog odnosa, čiju osnovu predstavlja čl. 150. st. 9 ZR-a, a ne o faktičnom radu. Činjenica što poslodavac u konkretnom slučaju nije radniku omogućio stvarno obavljanje rada, nema važnosti. Smatramo da u ovom slučaju dolazi do nastavka radnog odnosa i da odluka suda o valjanosti ili nevaljanosti izrečenog otkaza na to ne može utjecati. Ako sud utvrdi da je otkaz dopušten, i u odluci potvrđi da je radni odnos prestao s datumom kada je izrečen otkaz, vrijeme koje je radnik proveo kod poslodavca privremeno nastavljajući rad valjalo bi računati kao vrijeme provedeno u radnom odnosu po posebnoj osnovi, u vrijeme provedeno u radnom odnosu po posebnoj osnovi, uračunati u radni staž, a poslodavac bi za navedeno razdoblje morao uplatiti doprinose iz socijalnog osiguranja za radnika, ako to nije ranije učinio.

Ako poslodavac radniku nije omogućio rad, već mu je umjesto toga isplaćivao naknadu plaće, može se, po uzoru na njemačko pravo, smatrati da je poslodavac odbio primiti dugovanu činidbu. Radniku bi pripadalo pravo na naknadu štete koja mu je time eventualno nastala (razlika između plaće koju bi ostvarivao da je stvarno radio i naknade plaće koju je primao).

\textsuperscript{1839} Između ostalog, ima aktivno i pasivno pravo glasa, može odlukom poslodavca biti premješten na drugo radno mjesto, uz sudjelovanje radničkog vijeća, te može sudjelovati u različitim oblicima radničke borbe. Ibid., str. 1198 (Rn. 210-211).
\textsuperscript{1840} Ibid., str. 1187 (Rn. 185).
\textsuperscript{1841} Da je riječ o (posebnom) radnom odnosu, dokazuje i stajalište njemačke doktrine da radnik ne može raskinuti odnos daljnjeg zaposlenja običnim očitovanjem, nego ga mora otkazati, redovito ili izvanredno. Ibid., str. 1204 (Rn. 228).
\textsuperscript{1842} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 424-425.
14.3.6.3. Ostvarenje zahtjeva radnika

Važno je pitanje načina na koji radnik može ostvariti svoj zahtjev za vraćanje na rad. Najjednostavnija je i za radnika najpovoljnija situacija kada poslodavac sam udovolji njegovu zahtjevu za nastavkom rada (vraćanjem i zadržavanjem na radu) za vrijeme trajanja sudskog spora. Ako sud na koncu odbije tužbu radnika o (ne)dopuštenosti otkaza, radnik u takvom slučaju može zahtijevati naknadu za rad izvršen za trajanja 'privremenog odnosa nastavka rada' (vorläufige Weiterbeschäftigungszverhältnis).

Ako poslodavac ne udovolji radnikovu zahtjevu, radnik može isti zahtjev istaknuti u tužbi, ili u prijedlogu sudu za donošenje privremene mjere. U njemačkom pravu zahtjev za nastavkom rada radnika može postaviti radničko vijeće ili sindikat (čl. 23. st. 3. BetrVG-a).

Privremena mjera u radnom sporu sredstvo je kojim sud privremeno vraća radnika na rad, uz nalog poslodavcu da radniku privremeno isplaćuje naknadu plaće. Statistika pokazuje da radnici kao tužitelji u postupku često predlažu privremenu mjeru vraćanja na posao do okončanja sudskog postupka kako bi otklonili ili ublažili negativne posljedice sporog rješavanja radnih sporova uzrokovanih, između ostalog, opterećenošću domaćih sudova velikim brojem neriješenih predmeta. No statistika isto tako otkriva da sici u nedovoljnoj mjeri ili nedovoljno brzo donose ovu privremenu mjeru. Prema I. Gović, razlozi za to su objektivne i subjektivne naravi: jedan od njih je taj da rješenjem o privremenoj mjeri sudac izražava svoje stajalište o pravnom sporu kojim je, psihološki gledano, vezan i u nastavku postupka.1843

Privremene mjere sud može donositi na temelju odredaba Ovršnog zakona ili odredaba tog zakona, ZPP-a i ZR-a. ZR propisuje dva slučaja u kojima radnik može od suda tražiti donošenje odluke o privremenoj mjeri vraćanja na posao: prvi, kada radnik koji osporava dopuštenost otkaza traži vraćanje na posao, privremeno, do okončanja spora (čl. 116. st. 2. ZR-a), te drugi, iz čl. 149. st. 9. ZR-a, o kojem je riječ u ovom dijelu rada.

Kada odlučuje o donošenju privremene mjere vraćanja radnika na rad, prema čl. 149. st. 9. ZR-a, sud je, prema mišljenju I. Gović, ovlašten u svakom konkretnom slučaju ocjenjivati opravdanost donošenja privremene mjere. Utvrđivanje jesu li ispunjene propisane pretpostavke iz navedene odredbe ZR-a samo je samo prvi korak, jer ispunjenje pretpostavki

---

1843 Ostali su razlozi da sud donosi privremenu mjeru na temelju poznavanja svih pravno relevantnih činjenica, pravnih propisa i sudskih prakse, pa veći stupanj vjerojatnosti postojanja pravno relevantnih činjenica na kojima tužitelj zasniva svoj tužbeni zahtjev znači i veću odlučnost suda pri odlučivanju o privremenoj mjeri; donošenjem odluke sud upoznaje stranke sa svojim kvalifikacijama, pravnim shvaćanjima i ocjenama, i time se izlaže kritici sudaca neobjektivnosti i pristranosti. Gović, I., Otkaz ugovora o radu i privremeno vraćanje, op. cit., str. 166-167.
ne znači da je sud dužan donijeti privremenu mjeru, iako bi to proizlazilo iz sadržaja navedene odredbe. Naime, iz supsidijarne primjene OZ-a proizlazi da radnik mora učiniti vjerojatnim postojanje tražbine te da sud može, a ne mora, donijeti privremenu mjeru (čl. 298. st. 1. OZ-a).  

O nepostojanju obveze suda može se, prema I. Gović, zaključiti i iz činjenice da ZR predviđa samo prekršajnu odgovornost za poslodavca koji radnika nije vratio na posao. Autorica zaključuje i da navedene pretpostavke zamjenjuju obvezu radnika da dokazuje nužnost vraćanja na rad radi obveze uzdržavanja sebe i drugih osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati.

Suprotno tome, u njemačkom pravu radnik mora dokazati vjerojatnost postojanja činjenica na kojima se temelji zahtjev za nastavkom rada (anspruchbegründende Tatsachen), posebice protivljenje radničkog vijeća otkuazu (dakle, pretpostavke zahtjeva). Sporno je pitanje mora li radnik dokazivati vjerojatnost razloga za takav zahtjev (Verfügungsgrund), dakle, postojanje tražbine. U odlukama nižih sudova i dijelu literature prevlada stajalište da radnik to ne mora učiniti.

Iako se može prihvatiti argumentacija stajališta I. Gović da sud ne mora donijeti privremenu mjeru vraćanja radnika na rad čak i kada su ispunjene pretpostavke za njezino donošenje, pri čemu se naslanja na supsidijarnu primjenu OZ-a, mislimo da je prihvatljivije suprotno stajalište. Kao što sama autorica ističe, i s čime se slažemo, iz sadržaja odredbe čl. 149. st. 9. proizlazilo bi da je sud dužan donijeti privremenu mjeru kada su ispunjene pretpostavke iz te odredbe. Mislimo da je takav strogi učinak norme u skladu sa svrhom norme. Svrha norme jest omogućiti radniku da radi dok radni spor traje, dakle, spriječiti prevlaljivanje posljedica dugotrajnog sudskog postupka o opravdanosti otkaza na radnika. Svrha norme nije ovlaštenje suda na prethodno ispitivanje opravdanosti otkaza, kako bi na temelju svoje ocjene odlučio o privremenoj mjeri. Bez obzira na moguće psihološko opterećenje suda, ono konačnu odluku o zakonitosti otkaza ne donosi u trenutku odluke o zahtjevu radnika za vraćanje na rad, nego onda kada su utvrđene sve činjenične okolnosti slučaja.

Privremena mjera vraćanja na rad radnika može se prisilno izvršiti uz prijetnju novčanom kaznom ili zatvorskom kaznom ako poslodavac ne vratiti radnika na radno mjesto nakon donošenja rješenja (čl. 16. OZ-a; čl. 888. njem. ZPO-a).

1845 Gović, I., Otkaz ugovora o radu i privremeno vraćanje, op. cit., str. 171-172.
1846 Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1199 (Rn. 213) i tamo cit. sudska praksa i literatura.
14.3.6.4. Privremeno oslobađenje poslodavca obveze vraćanja radnika na rad

U određenim slučajevima zahtjev radnika poslodavcu da ga zadrži na radu do okončanja sudskog spora može predstavljati preveliki teret za poslodavca. Kako bi se to izbjeglo te kako bi se spriječilo radničko vijeće da zlorabi svoje ovlasti u vezi s postupkom otkazivanja radniku, hrvatsko i njemačko pozitivno pravo predviđaju mogućnost da poslodavac od suda traži da ga privremeno, do okončanja sudskog spora, oslobodi obveze vraćanja radnika na rad i isplate naknade plaće (čl. 149. st. 11.; čl. 102. st. 5. al. 2. BetrVG-a).

Prema ZR-u poslodavac to može tražiti ako je protivljenje radničkog vijeća izvanrednom otkazu očito neutemeljeno, odnosno protivno odredbama ZR-a, dok njemački poslodavac to može učiniti: ako tužba radnika ne nudi dovoljno izgleda za uspjeh ili se čini zlonamjernom;\textsuperscript{1847} ako bi zadržavanje na radu radnika vodilo neprihvatljivom ekonomskom opterećenju poslodavca;\textsuperscript{1848} ili je prigovor radničkog vijeća očito neutemeljen.

Oslobađenje poslodavca od obveze vraćanja radnika na rad privremena je mjera koju donose sudovi. Zahtjev poslodavca za oslobađenje od obveze nije vremenski ograničen. Poslodavac nije ograničen ni u pravu da ističe nove činjenice, a ako je s prvim zahtjevom odbijen, može podići drugi, utemeljen na novim činjenicama.\textsuperscript{1849}

14.3.6.5. Privremeno udaljenje radnika s rada do okončanja sudskog postupka

Položaj poslodavca u hrvatskom je pravu ojačan njegovom ovlašću da, usprkos protivljenju radničkog vijeća izvanrednom otkazu, bez odluke suda, privremeno udalji radnika s posla (suspenzija) do okončanja sudskog postupka o dopuštenosti otkaza. Poslodavac može pribjeći toj mjeri samo u slučaju kada je razlog izvanrednog otkaza bila osobito teška povreda obveze iz radnog odnosa, i uz obvezu isplate mjesečne naknade plaće u visini polovice prosječne plaće isplaćene radniku u prethodna tri mjeseca (čl. 149. st. 10. ZR-a).

Prema mišljenju Ž. Potočnjaka poslodavac bi mogao koristiti suspenziju radnika i u nekim drugim slučajevima: dok čeka odluku suda o privremenom oslobađanju obveze zadržavanja radnika na radu i obveze isplate naknade plaće, kao i u razdoblju dok čeka da se radničko vijeće očituje o namjeravanom otkazu, što posebice dolazi u obzir kada je radnik zatečen u vršenju neke povrede radne obveze, koja može biti i kazneno djelo, a kada je

\textsuperscript{1847} Tužba je podignuta sa zlom namjerom ako razumna stranka svoje pravo ne bi nastojala ostvariti na takav način, primjerice, kada radnik stvarno nije spreman nastaviti raditi.

\textsuperscript{1848} U pravilu dolazi u obzir kod poslovno uvjetovanog otkaza. Više Koch, u: A/P/S, op. cit., str. 1202 (Rn. 222).

\textsuperscript{1849} Ibid., str. 1204 (Rn. 226).
neopravdano od poslodavca očekivati da takvom radniku omogući rad.\textsuperscript{1850} Drugi autori zastupaju mišljenje da je takvo tumačenje odredbe preširoko te da bi suspensija bila prihvatljiva samo dok traje postupak izvanrednog otkazivanja ugovora o radu.\textsuperscript{1851}

Mislimo da šire tumačenje koje zastupa Ž. Potočnjak nije protivno smislu odredbe čl. 149. st. 10., jer se „drugih slučajeva suspenzije“ koje autor spominje upravo odnose na postupak izvanrednog otkazivanja, odnosno riječ je o suspensiji za vrijeme trajanja sudskog spora o opravdanosti izvanrednog otkaza, dok poslodavac čeka na odluke suda, odnosno radničkog vijeća. Širim tumačenjem nije se izašlo iz okvira „postupka izvanrednog otkazivanja“. S druge strane, autor dopušta mogućnost suspensije 'posebice' ako je ispunjen bitan kriterij dopuštenosti suspensije, a to je postojanje osobito teške povrede obveze iz radnog odnosa. Prema našem mišljenju suspensija je moguća jedino ako je riječ o izvanrednom otkazu zbog teške povrede obveze radnika.

Uz privremeno udaljenje radnika s rada javlja se i pitanje vraćanja naknade plaće priljene za to vrijeme ako se u sudskom postupku utvrdi da je otkaz bio zakonit. Prema Ž. Potočnjaku odgovor na ovo sporno pitanje ovisi o shvaćanju pravne osnove dugovane isplate: je da to odredba čl. 149. st. 10. ili pravna osnova otpada zakonitim otkazom ugovora o radu.\textsuperscript{1852}

Mislimo da je pravna osnova dugovane isplate odredba čl. 149. st. 10., koja uređuje suspensiju radnog odnosa, uz paralelnu obvezu poslodavca da isplaćuje naknadu plaće radniku. Radni odnos nastavlja se i ovdje, kao što je slučaj s radnim odnosom povodom zahtjeva radnika za vraćanje na rad, i traje dok traje sudski postupak, ali nastupa njegova suspensija odlukom poslodavca. Pravna osnova tog odnosa ne otpada zakonitim otkazom ugovora o radu, jer i ovdje radni odnos, iako modificirani, traje.

\textbf{14.3.7. Suodlučivanje radničkog vijeća kod otkazivanja zaštićenim skupinama radnika}

Osim savjetodavne uloge koju ima u postupku otkazivanja, radničkom je vijeću u hrvatskom i njemačkom pravu dana snažnija uloga kroz pravo suodlučivanja (čl. 150. ZR-a; čl. 103. BetrVG-a, \textit{Zustimmungsrecht}), što postupak otkazivanja čini još rigidnijim. Promatrano sa stajališta ugovorne koncepcije radnog odnosa suodlučivanjem se ograničava sloboda ugovaranja poslodavca jer se valjanost njegove odluke o otkazu uvjetuje suglasnošću drugog subjekta, radničkog vijeća, ili sindikata, koji predstavlja interese druge ugovorne...

\textsuperscript{1850} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 443.
\textsuperscript{1851} Ruždjak, Marijan, Postupak otkazivanja ugovora o radu od poslodavca, op. cit., str. 30; Gović, I., Otkaz ugovora o radu i privremeno vraćanje, op. cit., str. 174.
\textsuperscript{1852} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 443.
strane, radnika. Suodlučivanje radničkog vijeća o otkazu zato predstavlja iznimku, ograničenu na otkazivanje ugovora o radu određenim skupinama radnika, čija se posebna prava ili građanske slobode na taj način posebno zaštićuju.

14.3.7.1. Krug zaštićenih osoba, opseg i trajanje zaštite

Usporedba hrvatskog i njemačkog prava pokazuje značajne razlike u krugu zaštićenih skupina radnika, opsegu zaštite, tj. vrstama otkaza koje se zaštićenim osobama mogu izreći samo uz suglasnost radničkog vijeća, kao i trajanju zaštite.

Predstavnici radnika uživaju zaštitu u oba pravna sustava. Našem pravu zaštićeni su i oni radnici kojima je ta zaštita potrebna zbog nekih posebnih obilježja: radnik kod kojega postoji profesionalna nesposobnost za rad ili neposredna opasnost od nastanka invalidnosti; radnik osoba s invaliditetom; radnik stariji od 60 godina (čl. 150. st. 1. al. 3.-4. ZR-a). Krug zaštićenih radnika za čiji je otkaz potrebna suglasnost radničkog vijeća može se proširiti kolektivnim ugovorom i sporazumom poslodavca s radničkim vijećem.

Kada je riječ o vrstama otkaza na koje se zaštita proteže, u hrvatskom pravu prethodna suglasnost radničkog vijeća pretpostavka je valjanosti redovitog i izvanrednog otkaza ugovora o radu radnika koji pripadaju zaštićenim skupinama. U usporedbi s time radnički su predstavnici u Njemačkoj još zaštićeniji, jer je mogućnost redovitog otkaza (kao i otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora) za njih zakonom izričito isključena, a prethodna suglasnost radničkog vijeća pretpostavka je za izvanredni otkaz ugovora o radu. Jedino iznimku predstavlja slučaj zatvaranja poduzeća kada im je moguće izreći redovit (poslovno uvjetovani) otkaz (čl. 15. st. 4. i 5. KSchG-a).

Prema ZR-u član radničkog vijeća uživa zaštitu za vrijeme trajanja mandata, a kandidat za člana radničkog vijeća koji nije izabran te član izbornog odbora, i za razdoblje od tri mjeseca nakon utvrđenja izbornih rezultata. U njemačkom pravu članovi radničkog vijeća zaštićeni su za vrijeme trajanja funkcije, a godinu dana nakon prestanka funkcije poslodavac im može izreći samo izvanredni otkaz, ali se ne traži suglasnost vijeća.\(^{1857}\) Iako se u hrvatskom pravu članovima radničkih vijeća jamči zaštita od otkaza za vrijeme obavljanja funkcije, mislimo da bi bilo dobro produljiti vrijeme zaštite i na određeno razdoblje (primjerice, 3 mjeseca) nakon isteka mandata, kao što je to već učinjeno za kandidate za članove radničkog vijeća te članove izbornog odbora. Čak i ako je riječ o tako kratkom razdoblju, u njemu bi se mogli otkloniti ili ublažiti postojeći sukobi između člana radničkog vijeća i poslodavca. Ovaj zahtjev proizlazi iz svrhe posebne zaštite članova radničkih vijeća i drugih predstavništava radnika od otkaza:\(^{1858}\) osiguranja neovisnosti potrebne za obavljanje funkcije.\(^{1859}\)

14.3.7.2. Suglasnost radničkog vijeća

Otkaz izrečen bez prethodne suglasnosti radničkog vijeća predstavniku radnika i drugim skupinama zaštićenih osoba ništetan je.\(^{1860}\) U ZR-u ne postoji izričita odredba o ništetnosti otkaza kao pravnoj posljedici u slučaju nepostojanja suglasnosti ili neprvođenja obveznog postupka suodlučivanja radničkog vijeća. Smatramo da bi je de lege ferenda trebalo dodati, kao što je to učinjeno u vezi sa savjetovanjem radničkog vijeća o namjeravanom otkazu.

Suglasnost radničkog vijeća mora biti dana prior izricanja otkaza,\(^{1861}\) jer je to u skladu sa zaštitnom svrhom norme o potrebi prethodne suglasnosti radničkog vijeća.

Postupak davanja suglasnosti radničkog vijeća u osnovi je proširen postupak savjetovanja odnosno saslušanja vijeća.\(^{1862}\) U njemačkom pravu otkaz radničkim

---


\(^{1858}\) Temelj posebne zaštite od otkaza radničkih predstavnika postavljen je odredbama konvencija MOR-a koje uređuju slobodu udruživanja radnika, zaštitu prava na organiziranje, pravo kolektivnog pregovaranja i zaštitu predstavnika radnika u poduzeću.

\(^{1859}\) Time se ostvaruje i kolektivni interes svih zaposlenih kod poslodavca da vijeće funkcionira nesmetano, neovisno i bez pritisaka od strane poslodavca, a ne osobni interesi člana radničkog vijeća. Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 783 (Rn. 4); v. Hoyningen-Huene, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 595 (Rn. 2).

\(^{1860}\) Postočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 444.; u njemačkom KSchG-u takva je posljedica izričito propisana u čl. 15.

\(^{1861}\) Prema ZR-u rok u kojem se radničko vijeće mora očitovati o namjeravanom otkazu članu radničkog vijeća ili radniku iz neke od zaštićenih skupina iznosi osam dana, bez obzira je li riječ o redovitom ili izvanrednom otkazu. Ako se ono ne očituje u tom roku, vrijedi zakonska presumpcija suglasnosti s odlukom poslodavca (čl. 150. st. 3.). U njemačkom pravu primjenjuju se rokovi propisani za suodlučivanje vijeća o namjeri otkazivanja radniku.

Iako ZR nije odredio elemente na kojima bi radničko vijeće trebalo utemeljiti odluku o (ne)suglasnosti na namjeravani otkaz, u hrvatskoj doktrini smatra se da bi, kao kod postupka savjetovanja, radničko vijeće trebalo ocijeniti postoje li opravdani razlozi za otkaz te je li postupak otkazivanja proveden u skladu sa zakonom. Isto vrijedi i za njemačko pravo.

Postupak otkazivanja, iako uređen jednim zakonom, ni u hrvatskom pravu nije jednostavni. Povezanost individualnopravnih i kolektivnopravnih elemenata rezultira kompliciranim uređenjem ovog pitanja što, usprkos postojećoj praksi BAG-a, od poslodavca zahtijeva da pri odlučivanju poznaje pravo, bude oprezan i spreman za suradnju. Postupak otkazivanja, iako ureden jednim zakonom, ni u hrvatskom pravu nije jednostavni.

Iako ZR nije odredio elemente na kojima bi radničko vijeće trebalo utemeljiti odluku o (ne)suglasnosti na namjeravani otkaz, u hrvatskoj doktrini smatra se da bi, kao kod postupka savjetovanja, radničko vijeće trebalo ocijeniti postoje li opravdani razlozi za otkaz te je li postupak otkazivanja proveden u skladu sa zakonom. Isto vrijedi i za njemačko pravo.

Ako se radničko vijeće ne očituje u roku od osam dana, prema ZR-u smatra se da je dalo suglasnost na odluku poslodavca na namjeravom otkazu. No i u slučaju da radničko vijeće uskrati suglasnost, ta je uskrata samo relativne i postupovopravne naravi, jer poslodavac može od suda tražiti da presuda ili arbitražna odluka nadomjesti suglasnost radničkog vijeća (čl. 150. st. 4.). U njemačkom pravu smatra se da je štunjmom vijeće uskratilo suglasnost, pa se suglasnost mora tražiti od suda.

Rok u kojem poslodavac može od (arbiražnog) suda tražiti da odluči o zahtjevu za nadomještanje suglasnosti iznosi 15 dana i teče od dana kada mu je dostavljena izjava o uskrati suglasnosti. Riječ je o prekluzivnom roku. ZR je utvrdio i rok od 30 dana u kojem prvostupanjski sud mora donijeti odluku o nadomještanju suglasnosti. Zakonska neusklađenost ovih rokova i roka za izvanredni otkaz ugovora o radu otklonjena je sudskom praksom Vrhovnog suda prema kojoj petnaest odnevnih rok u kojem se može izvanredno otkazati teče od dana dostave pravomoćne presude koja nadomješta tu suglasnost.

Rok u kojem poslodavac može od (arbiražnog) suda tražiti da odluči o zahtjevu za nadomještanje suglasnosti iznosi 15 dana i teče od dana kada mu je dostavljena izjava o uskrati suglasnosti. Riječ je o prekluzivnom roku. ZR je utvrdio i rok od 30 dana u kojem prvostupanjski sud mora donijeti odluku o nadomještanju suglasnosti. Zakonska neusklađenost ovih rokova i roka za izvanredni otkaz ugovora o radu otklonjena je sudskom praksom Vrhovnog suda prema kojoj petnaestodnevni rok u kojem se može izvanredno otkazati teče od dana dostave pravomoćne presude koja nadomješta tu suglasnost.

1863 Ibid., str. 620 (Rn. 86).
1864 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 444.
1868 Ibid., str. 635 (Rn. 130) i tamo navedeni autori.
Suglasnost radničkog vijeća ne mora biti dana u nekom posebnom obliku. Ipak, preporučuje se pisana forma, a u njemačkom pravu poslodavac je može zahtijevati pozivom na opća načela savjesnosti i poštenu.\textsuperscript{1871}

14.3.7.3. Sudska ili arbitražna odluka o nadomještanju suglasnosti

Sudska ili arbitražna odluka kojom se nadomješta suglasnost radničkog vijeća pretpostavka je valjanosti otkaza (umjesto pretpostavke suglasnosti radničkog vijeća). Zakonito i pravodobno sudjelovanje radničkog vijeća u postupku otkazivanja predstavlja pretpostavku dopuštenosti pokretanja sudskog postupka u kojem se traži nadomještanje suglasnosti.\textsuperscript{1872} Takvo stajalište prihvaćeno je i u praksi Vrhovnog suda RH.\textsuperscript{1873}

Sud prvog stupnja dužan je odlučiti u roku od 30 dana od dana podnošenja tužbe. Riječ je o instruktivnom roku.\textsuperscript{1874} Postupak pokreće poslodavac konstitutivnom tužbom protiv radničkog vijeća, odnosno sindikata, a sud donosi presudu. U njemačkom pravu postupak koji se vodi pred sudom je tzv. \textit{Beschluβverfahren}.\textsuperscript{1875} Zainteresirane osobe u postupku su poslodavac, radničko vijeće i radnik kojega poslodavac namjerava otpustiti.

Važnost je odluke suda o nadomještanju suglasnosti u činjenici da se odluka odnosi na pravno pitanje, a ne slobodnu ocjenu. U postupku za nadomještanje suglasnosti radničkog vijeća sud utvrđuje postoji li opravdani, važan razlog za otkaz, kako ga propisuje zakon. Zato postupak nadomještanja suglasnosti otklanja potrebu kasnijeg postupka za zaštitu od otkaza (pobijanje otkaza). Ako sud utvrdi da postoji važan otkazni razlog i ostale pretpostavke za otkaz, mora dati suglasnost za otkaz.\textsuperscript{1876}

U Njemačkoj sud relevantne činjenice utvrđuje po službenoj dužnosti, ali neće uzeti u obzir činjenice za koje je saznao tijekom postupka, a poslodavac se na njih nije pozvao. Poslodavac može tijekom postupka iznositi i nove činjenice na kojima namjerava utemeljiti

\textsuperscript{1871} Ibid., str. 633-634 (Rn. 125-126).
\textsuperscript{1873} U presudi iz 2003. godine Vrhovni sud je utvrdio da poslodavac nije u predviđenom roku podnio tužbu radi nadomještanja suglasnosti pa je prvostupanjski sud trebao odbaciti tužbu poslodavca radi nadomještanja suglasnosti, o čemu je pravilno odlučio drugostupanjski sud. Rev-319/02, od 20.05.2003.
\textsuperscript{1874} U našoj praksi to je čest slučaj pa ima prijedloga da se taj rok produlji. Plazonić, K., Tužba radi nadomještanja suglasnosti, op. cit., str. 38.
\textsuperscript{1875} Provodi se kada je riječ o kolektivnim radnim sporovima, a temelji na načelu mirenja odnosno posredovanja. Osobe koje sudjeluju u postupku su 'zainteresirani', postupak se pokreće zahtjevom (prijedlogom, \textit{Antrag}), nema rasprave, nego termina za razmatranje pitanja, umjesto presude donosi se odluka. Više Dütz, W., op. cit., str. 444-449.
otkaz, čak i one koje su tek nastale, ili je za njih saznao za vrijeme trajanja postupka. To je dopušteno, jer otkaz još nije izrečen.\textsuperscript{1877}

Činjenica da se određena povreda radne obveze ne spominje u zahtjevu za davanje suglasnosti sindikatu ni u tužbi kojom se od suda traži nadomještanje suglasnosti, nije odlučujuća ako su odlukom o otkazu obuhvaćene povrede radne obveze za koje je dana suglasnost, a te povrede same za sebe opravdavaju izvanredni otkaz.\textsuperscript{1878}

14.3.7.4. Utjecaj postupka za dobivanje suglasnosti na radni odnos

Za vrijeme dok traje postupak dobivanja suglasnosti radničkog vijeća ili odluke suda o nadomještanju suglasnosti, poslodavač je dužan zadržati radnika na radu. Radni odnos traje i dalje, radnik ima pravo raditi i pravo na plaću, a može nastaviti obavljati i svoju funkciju u radničkom vijeću.


Prema stajalištu \textit{njemačke} judikature i doktrine suspenzija takvog radnika samo je iznimno moguća, i to kada zbog ponašanja radnika poslodavcu nije prihvatljivo da radnik nastavi raditi.\textsuperscript{1880}

14.3.7.5. Pravne posljedice (ne)postojanja suglasnosti radničkog vijeća

Otkaz izrečen \textit{bez suglasnosti} radničkog vijeća ili sudskе odluke o nadomještanju suglasnosti radničkog vijeća ništetan je, a naknadna suglasnost radničkog vijeća ne čini taj

\textsuperscript{1877} Ibid., str. 636 (Rn. 134).
\textsuperscript{1879} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora, op. cit., str. 445.
\textsuperscript{1880} To će biti slučaj, prije svega, kada rad člana radničkog vijeća objektivno predstavlja veliku opasnost za pogon ili osobe u njemu zaposlene, kada postoji osobito teška povreda radnih obveza koja je razlog za izvanredni otkaz. Linck, u: A/P/S, op. cit., str. 1224 (Rn. 38-39).
otkaz valjanim (nemogućnost konvalidacije). Radnik kojemu je otkaz izrečen može pobijati otkaz u postupku pred sudom, u zakonom propisanim rokovima.

Sporno je pitanje postoji li potreba pružanja pravne zaštite radniku, odnosno je li dopuštena tužba radnika za pobijanje otkaza u slučaju kada postoji suglasnost vijeća, ili odluka suda kojom se ona nadomješta, a poslodavac je otkaz izrekao u zakonskom roku. U ovom je slučaju vijeće (ili sud) već utvrdilo da postoje opravdani razlozi za otkaz, a radnik je mogao sudjelovati u postupku, pa je dvojbeno može li on ponovno isticati pitanje opravdanosti otkaza. Iako to dovodi do dupliranja postupka, danas je u njemačkoj doktrini prihvaćena dopuštenost tužbe za pobijanje otkaza, a to proizlazi i iz namjere zakonodavca. Naime, predmet postupaka je različit, jer u postupku za nadomještanje suglasnosti radni sud odlučuje o dopuštenosti otkaza, a ne o valjanosti još neizrečenog otkaza. Ipak, njemačka sudska praksa potvrđuje da se tužba redovito odbija kao neutemeljena kada je sud, odlučujući u prethodnom postupku, potvrdio dopuštenost izvanrednog otkaza i postojanje važnog otkaznog razloga. Sud je u sudskom postupku vezan tako utvrđenim sadržajem jer je to prethodno pitanje, odnosno odlučivat će o istom spornom pitanju (prekluzija prava zbog presuđene stvari).

14.3.8. Sudjelovanje sindikata u postupku otkazivanja

Za razliku od njemačkog, austrijskog i francuskog prava u kojemu ovlasti u postupku otkazivanja ima isključivo radničko vijeće, prema našem pravu u postupku može sudjelovati i sindikat. Uloga sindikata je dvostruka: u prvom slučaju sindikat preuzima ovlasti radničkog vijeća u postupku otkazivanja, ako kod poslodavca nije utemeljeno radničko vijeće (čl. 152. st. 3. ZR-a); u drugom slučaju sindikat je izvorno ovlašten davati suglasnost na otkaz sindikalnom povjereniku (čl. 249. st. 1. ZR-a).

Sindikalni povjerenik ima pravo biti obaviješten, konzultiran i sudjelovati u odlučivanju u vezi s otkazom, kao što ima radničko vijeće. Praksa sudjelovanja sindikalnog povjerenika umjesto radničkog vijeća u postupku otkazivanja ukazuje na određene poteškoće. Jedna od njih je način utvrđivanja koji će od više sindikalnih povjerenika, iz više sindikalnih

---

1881 Dopuštenost tužbe prihvaća i M. Ruždjak, Sklapanje i prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 29.
1884 Prema čl. 249. st. 1. ZR-a sindikat je ovlašten dati suglasnost na otkaz ugovora o radu sindikalnom povjereniku, u razdoblju dok obavlja tu dužnost i 6 mjeseci nakon njena prestanka. Prema stajalištu Vrhovnog suda otkaz dan sindikalnom povjereniku bez prethodne suglasnosti sindikata, odnosno sudske ili arbitražne presude koja zamjenjuje takvu suglasnost, ništetan je i nedopušten. VSRH, Rev-1763/01, od 5.6.2002., cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 449.
organizacija koje djeluju kod jednog poslodavca, imati ovlaštenja radničkog vijeća. Iako je ZR uredio ovo pitanje upućivanjem najprije na sporazum sklopljen među sindikatima, a ako se sindikati ne mogu sporazumjeti, na odgovarajuću primjenu odredbi ZR-a o izborima za radničko vijeće, ostalo je nejasno znači li to da spor treba riješiti izborom radničkog vijeća ili glasovanjem radnika za određenog sindikalnog povjerenika. Ovakva situacija omogućava da u postupku otkazivanja interese radnika koji nije član sindikata zastupa sindikat, pa je moguća diskriminacija tog radnika u odnosu na članove sindikata. Sporno je i pitanje pripadaju li navedene ovlasti sindikalnom predstavniku kada kod poslodavca koji otkazuje ugovor o radu djeluje umjesto sindikalnog povjerenika, kao osoba koju je sindikat imenovao, ali koja nije u radnom odnosu kod poslodavca. Takve nejasnoće trebalo bi otkloniti jasnjom formulacijom odredbi.

---

1885 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 447-448.
15. PRAVO RADNIKA NA OTPREMNINU

15.1. Pojam i svrha otpremnine


Otpremnina je samo jedan oblik zaštite prihoda (income protection) i valja je razlikovati od: 1. naknada koje se plaćaju za slučaj neopravdanog otkaza ugovora o radu, kada nije praktično proglasiti otkaz nevaljanim i radnika vratiti na posao (naknada štete u slučaju sudskog raskida ugovora o radu), te 2. naknade štete umjesto otkaznog roka.

Univerzalni okviri prava radnika na otpremninu postavljeni su Konvencijom MOR-a br. 158 (1982.), koja u čl. 12. jamči radniku kojemu je prestao ugovor o radu pravo na otpremninu ili na druge potpore zbog prestanka ugovora o radu (separation benefits). Ako radnik ne ispunjava uvjete za otpremninu, mogu mu se zajamčiti druga davanja iz osiguranja.

---

1886 U engleskom jeziku poznati su i sinonimi: *redundancy payments, indemnities, lenght-of-service allowances, gratuities* i dr.
1890 Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 97.
ili potpore za slučaj nezaposlenosti, ili drugi oblici socijalnog osiguranja, kao što su primanja za starost ili invalidnost, u skladu s nacionalnim propisima. Moguća je i kombinacija otpremnine i drugih davanja.\textsuperscript{1892} Fleksibilna formulacija norme omogućava svakoj zemlji da sustav zaštite prilagodi svojoj posebnoj situaciji.

Danas mnoge zemlje imaju razvijena dva sustava kojima se zaštićuju osobe koje su \textit{nezaposlene}: sustav otpremnine te sustav osiguranja za slučaj nezaposlenosti i sustav socijalne pomoći nezaposlenim osobama, primjerice V. Britanija.\textsuperscript{1893} U nekim zemljama, kojima pripadaju Njemačka, Francuska, Hrvatska i Slovenija, radnik može primati naknadu za slučaj nezaposlenosti i otpremninu.

Pravo radnika na otpremninu ima važnu ulogu u zaštiti prihoda u zemljama koje takvu zaštitu ne jamče u okviru sustava socijalne sigurnosti ili je ona nedostatna. Otpremnina je obveza koju snosi poslodavac, isplaćujući je neposredno ili iz posebnog fonda stvorenog vlastitim doprinosima, dok se sustavi socijalne sigurnosti financiraju doprinosima radnika i poslodavaca ili iz javnih prihoda.

U najvećem broju zemalja institut otpremnine reguliran je zakonom ili kolektivnim ugovorom. U nekim slučajevima zakoni propisuju isplatu posebnih otpremnina u slučaju prestanka ugovora o radu zbog ekonomskih razloga.\textsuperscript{1894} Ponekad ima oblik nagrade u novcu \textit{(gratuity)}, koju poslodavac isplaćuje radniku za obavljeni rad.

Kriteriji za određivanje visine otpremnine prema Konvenciji su, među ostalim, duljina radnog staža kod poslodavca i visina plaće radnika. Uvjet za ostvarenje prava na otpremninu ne smije biti razina plaće ili duljina rada s istim poslodavcem.\textsuperscript{1895} Ipak, pravo na otpremninu u nacionalnim zakonodavstvima često je uvjetovano ispunjenjem minimalnog kvalificirajućeg razdoblja, od nekoliko mjeseci do nekoliko godina.\textsuperscript{1896} Hrvatsko, austrijsko te njemačko pravo propisuju duljinu radnog staža radnika kod poslodavca kao jedan od kriterija za stjecanje prava na otpremninu, no riječ je o zemljama koje nisu ratificirale Konvenciju MOR-a br. 158. O uklanjanju ovog uvjeta valjalo bi razmisлити u vezi s mogućom ratifikacijom ove Konvencije.

Konvencija je dala mogućnost nacionalnom zakonodavcu da u postupku implementacije propiše pretpostavke za gubitak prava radnika na otpremninu ili drugo

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1892} No Konvencija propisuje da radnik koji ne ispunjava uvjete za davanja iz osiguranja ili potpore za slučaj nezaposlenosti ne može samo zbog toga ostvariti pravo na otpremninu ili drugo slično davanje.
\item \textsuperscript{1893} Social Security Contributions and Benefits Act, 1992, Social Security Administration Act, 1992.
\item \textsuperscript{1894} Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 102.
\item \textsuperscript{1895} Ibid., str. 100.
\item \textsuperscript{1896} Mišljenje Vijeća stručnjaka za primjenu konvencija i preporuka. Ibid. str. 100.
\end{itemize}
davanje, ukoliko mu je otkazano zbog ozbiljnog prijestupa (čl. 12. st. 3.). Mnoge zemlje iskoristile su tu mogućnost, iako je regulativa o tome vrlo različita.

Iznos otpremnine može biti utvrđen na različite načine: kao ekvivalent određenog broja plaća; u većini zemalja ovisi o duljini službe ili iznosu plaće, ili je utvrđen kao jedinstveni iznos (flat rate); može se povećavati kolektivnim ugovorom. Ponekad je ograničen maksimalnim ili minimalnim iznosom (Francuska, L. 122-9 CT-a).

Radnici čiji je radni odnos prestao zbog dulje bolesti, invalidnosti ili starosti mogu ostvarivati prava u okviru sustava socijalne zaštite pa se u takvim slučajevima postavlja pitanje kumulacije davanja, uključujući i otpremninu. U nekim zemljama, kao što je V. Britanija, prihvaćeno je da prestacije za invalidnost ili starost mogu utjecati na ostvarenje prava na naknadu za slučaj nezaposlenosti ili otpremninu.\textsuperscript{1897}

\section{15.2. Pretpostavke prava radnika na otpremninu}

Pretpostavke prava radnika na otpremninu u hrvatskom pravu jesu duljina staža kod poslodavca i vrsta otkaza. Iste pretpostavke vrijede i u drugim analiziranim zakonodavstvima. U Hrvatskoj jednak položaj imaju radnici u radnom odnosu na neodređeno i određeno vrijeme.\textsuperscript{1898} U Francuskoj je pravo na otpremninu radnika zaposlenih na određeno vrijeme ograničeno, jer ga ostvaruju samo na završetku ugovora, uz uvjet da im nije ponuđen ugovor o radu na neodređeno vrijeme (čl. L. 122-3-4 CT-a).

\subsection{15.2.1. Duljina staža kod poslodavca}

U svim analiziranim zakonodavstvima ostvarenje prava na otpremninu uvjetovano je minimalnim kvalificirajućim razdobljem rada kod poslodavca. U našem pravu ono iznosi dvije godine neprekidnog rada kod poslodavca (čl. 119. st. 1. ZR-a), a u slovenskom jednu godinu (čl. 109. st. 2. al. 1. ZDR-a). U austrijskom pravu pravo na otpremninu stječe se, u pravilu, nakon tri godine rada kod poslodavca (čl. 21. i dr. AngG-a), a za kućne pomoćnice(ke) (Hausgehilfe) propisano je dulje kvalificirajuće razdoblje, od 10 godina. Francusko pravo jamči pravo na minimalnu otpremninu radniku koji je na radu kod istog poslodavca proveo neprekidno najmanje dvije godine (čl. L. 122-9 st. 1. CT-a), a isto vrijedi i u britanskom pravu (čl. 135. ERA (1996.)).

U razdoblje neprekinutog rada kod poslodavca ulaze, prema stajalištu hrvatskog Ministarstva rada i socijalne skrbi, razdoblja mirovanja (prava i obveza iz) radnog odnosa,

\textsuperscript{1897} Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 102.

\textsuperscript{1898} U hrvatskom pravu izjednačeni po svom položaju Novelom ZR-a iz 2003. godine.
korištenja dodatnog porodnog dopusta do 3 godine starosti djeteta, za vrijeme neplaćenog dopusta i sl.\textsuperscript{1899} U slovenskom pravu zakonskom je odredbom izričito određeno da se radom kod poslodavca smatra i rad kod pravnih prednika poslodavca (čl. 109. st. 3. ZDR-a).

15.2.2. Vrsta otkaza kao pretpostavka za ostvarivanje prava na otpremninu

U hrvatskom pravu radnik ostvaruje pravo na otpremninu u slučaju redovitog poslovno ili osobno uvjetovanog otkaza. Nema pravo na otpremninu ako mu je ugovor o radu otkazan redovitim ili izvanrednim otkazom zbog skrivljenog ponašanja. Sporno je uživaju li pravo na otpremninu radnici kojima je ugovor otkazan izvanrednim otkazom, ali ne zbog skrivljenog ponašanja, nego zbog neke druge osobito važne činjenice, koja ostaje izvan područja radnikovog utjecaja i odgovornosti.\textsuperscript{1900} Mišljenja o tome su podijeljena. Neki autori zastupaju stajalište da bi pravo na otpremninu trebali imati radnici kojima je izvanredni otkaz izrećen zbog razloga koji ne predstavlja skrivljeno ponašanje.\textsuperscript{1901} Drugi polaze od tumačenja zakonske odredbe o otpremnini prema kojoj pravo na otpremninu nemaju radnici kojima je otkazano zbog „razloga uvjetovanih ponašanjem radnika“. Iz takve formulacije izostavljena je (namjerno, ili slučajno?) riječ skrivljeno. To upućuje na to da radnik ne bi imao pravo na otpremninu ako je razlog otkaza akt ili propust radnika koji je uvjetovao otkaz poslodavca, čak i ako nije bilo krivnje radnika i kršenja obveza iz ugovora o radu.\textsuperscript{1902} Prema trećem stajalištu, radnik kojemu je izrečen izvanredni otkaz nema pravo na otpremninu, bez obzira o kakvom je otkaznom razlogu riječ. Međutim, stranke mogu ugovorom o radu izričito ugovoriti isplatu otpremnine i u slučaju izvanrednog otkaza.\textsuperscript{1903}

Skloni smo radi razloga pravne sigurnosti prikloniti se drugom stajalištu, koje svoje uporište ima u tumačenju ove nejasne zakonske odredbe. Šteta što novim ZR-om ova nejasnoća nije otklonjena. Ipak, izvanredni otkaz moguće je i zbog razloga koji ne predstavljaju skrivljeno ponašanje radnika, već samo ‘ponašanje radnika’ ili druge okolnosti koje uopće nisu u djelokrugu radnikova ponašanja i odgovornosti. To, kao i rješenja u usporedbom pravu, upućuju na to da bi u odredbu trebalo dodati riječ skrivljeno te otpremninu isključiti samo u slučaju kada je radnik dobio otkaz zbog svojeg skrivljenog ponašanja.

\textsuperscript{1899} Cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 458.
\textsuperscript{1900} Loc. cit.
\textsuperscript{1901} Pezo, I., Razlozi za izvanredni otkaz, op. cit., str. 16; Zuber, Marija, Otpremnina za otkaz ugovora o radu nakon 1. siječnja 2004. g., RiF, br. 4., 2004., str. 27.
\textsuperscript{1902} Knežević, Nikola, Izvanredni otkaz ugovora o radu i otpremnina, PiP, br. 3, 2003., str. 79; Terek, D., Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 88;
\textsuperscript{1903} Gović, I., Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 110; id., Otpremnina u sudskoj praksi, Financije i porezi (dalje: FiP), br. 4, 2005., str. 84.
Uređenje instituta otpremnine (Abfertigung) u austrijskom pravu u jednom je dijelu slično našem.\textsuperscript{1904} Pravo na otpremninu u Austriji je od 1.1.2003. godine zamijenjeno sustavom skrbi za radnika u poduzeću (\textit{der betrieblichen Mitarbeitervorsorge}), koji uključuje sve radne odnose zasnovane od tog datuma. Na prethodno zasnovane radne odnose primjenjuju se odredbe o otpremnini, koje će tako još neko vrijeme utjecati na postupanje poslodavaca.\textsuperscript{1905} U Austriji radnici, u pravilu, gube pravo na otpremninu ako su sami otkazali ugovor o radu, redovitim ili izvanrednim otkazom, kao i u slučaju kada im je poslodavac otkazao ugovor o radu zbog skrvljenog ponašanja. Postupanje radnika s krivnjom čini se najvažnijim kriterijem za odlučivanje sudova o pravu na otpremninu.\textsuperscript{1906} Zahtjev za isplatu otpremnine ne ovisi samo o ponašanju radnika nego i o sudbini poduzeća. Ako ono istovremeno prestane postojati, isplata otpremnine otpada, ako se osobno ekonomsko stanje poslodavca tako pogoršalo da mu opravdano nije prihvatljivo ispuniti tu obvezu djelomično ili u cijelosti (čl. 23. st. 2. AngG-a). Ako je poslodavac fizička osoba, isplata otpremnine ne smije je odvesti u stečaj. Dručije je ako je u trenutku isplate otpremnine stečaj već otvoren.

Radnik gubi pravo zahtijevati otpremninu ako je došlo do prijenosa poduzeća, a on je odbio nastavak radnog odnosa s preuzimateljem, iako mu je ovaj ponudio radni odnos uz neizmijenjene uvjete i obvezao se da će mu trajanje radnog staža kod prijašnjeg poslodavca priznati kao kod njega ostvareni radni staž.\textsuperscript{1907} Određene skupine radnika imaju pravo na modificirani oblik otpremnine (radnici koji ostvaruju pravo na mirovinu, radnice koji otkazu ugovor o radu zbog majčinstva i sl.).

U slovenskom pravu poslodavac isplaćuje otpremninu radniku kojemu je otkazao ugovor o radu zbog poslovnih razloga ili razloga u osobi radnika; u britanskom pravu pravo na otpremninu vezano je uz kolektivne viškove, a u francuskom ovo pravo ne ostvaruju radnici koji su dobili otkaz zbog teškog prijestupa.

Pravo na otpremninu u hrvatskom pravu ima i radnik kojemu je poslodavac otkazao ugovor o radu, a on je odbio ponudu poslodavca da nastavi raditi uz izmijenjeni ugovor (uvjete) o radu. Prema vladajućem stajalištu u doktrini,\textsuperscript{1908} kao i mišljenju nadležnog ministarstva, radnici koji odbiju ponudu izmijenjenog ugovora o radu imaju pravo na otpremninu, jer

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{1904} U Austriji je pravo na otpremninu zakonom priznato javnim službenicima od 1920. godine, a radnicima od 1979. godine.
\item \textsuperscript{1905} Marhold, F., op. cit., str. 25.
\item \textsuperscript{1906} Prema mišljenju nižih sudova radnik koji nije postupao s krivnjom neće izgubiti pravo na otpremninu ako mu nakon redovitog otkaza poslodavac izravno izvanredni otkaz, ili ako radnik u međuvremenu opravdano otkazne ugovor o radu. Opširnije o bogatoj sudskoj praksi, Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 236-238.
\item \textsuperscript{1907} Ibid., str. 238.
\item \textsuperscript{1908} Učur, Marinko, Mogući otkazi ugovora o radu, Računovodstvo, revizija i financije (dalje: RRiF), br. 6, 1996., str. 125.; Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 460.
\end{itemize}
razlog za otkaz nije njihovo skrivljeno ponašanje niti je riječ o izvanrednom otkazu. Ako radnik prihvati ponudu nema pravo na otpremninu, jer u tom slučaju radni odnos ne prestaje, nema otkaza uz koji se vezuje otpremnina. Pravo na otpremninu nema ni radnik kojemu je u slučaju restrukturiranja poduzeća ugovor o radu prestao sporazumom sa starim poslodavcem, a istovremeno je zaključio novi ugovor s drugim poslodavcem ili je kod prijenosa (dijela) poduzeća ostao u radnom odnosu s novim poslodavcem.1909

Pravo na otpremninu u našem pravu nemaju radnici kojima je radni odnos prestao sudskim raskidom ugovora o radu. Prema stajalištu Vrhovnog suda pretpostavka za isplatu otpremnine jest otkaz ugovora o radu od strane poslodavca, pa u slučaju sudskog raskida radnik nema pravo na otpremninu.1910 Kod sudskog raskida radnik, naime, ima pravo na naknadu štete, koja prema zakonu može biti određena u rasponu od tri do osamnaest prosječnih mjesečnih plaća, uzmimajući u obzir trajanje radnog odnosa, godine života i obveze uzdržavanja koje radnik ima. Sudovi bi kod određivanja naknade štete mogli kao dodatan kriterij uzeti upravo visinu otpremnine na koju bi radnik imao pravo da mu je izrečen zakonit otkaz.1911


Od ovoga pravila postoje dva izuzetka. Jedan je odredba o odšteti u slučaju sudskog raskida (Abfindung) (čl. 9., 10. KSchG-a). Ako je otkaz nevaljan, a radniku nije prihvatljivo nastaviti radni odnos, radni sud iznimno utvrđuje primjerenu naknadu štete – otpremninu. Ovo pravilo pretvorilo se, međutim, u svoju suprotnost, jer tijekom vođenja sudskih postupaka o dopuštenosti otkaza 90% svih sporova završi nagodbom o sporazumnom prestanku radnog odnosa (Aufhebungsvergleich), koja u pravilu sadrži i sporazum o otpremmini, a pritom sud ne presuđuje o zakonitosti otkaza. Ovome je pogodovalo to što je u postupku pred radnim sudom predviđen obvezan postupak (termin) mirenja (Gütetermin) u kojem predsjedavajući obično podnosi prijedlog nagodbe.1912

1911 Tako Ž. Potočnjak, Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 462.
Druga iznimka propisana je novom odredbom čl. 1.a KSchG-a (unesena u zakon 2004.) kojom je radniku zajamčeno pravo na zahtjev za odštetu – otpremninu (Abfindungsanspruch) u slučaju poslovno uvjetovanog otkaza. Prema toj odredi ako poslodavac otkaze zbog neotklonjive poslovne potrebe, a radnik do isteka otkaznog roka ne podigne tužbu na utvrđenje da radni odnos nije prestao otkazom, radnik ima pravo zahtijevati naknadu štete nakon isteka otkaznog roka. Pretpostavka za ovo pravo radnika jest da je poslodavac u izjavi o otkazu stavio napomenu (Hinweis) da otkazuje zbog neotklonjive poslovne potrebe i da radnik može tražiti isplatu naknade štete ako ne podigne tužbu u roku. Visina otpremnine iznosi 1,5 mjesečne plaće za svaku godinu radnog odnosa kod poslodavca, a na odgovarajući se način primjenjuje i odredba čl. 10. st. 3. KSchG-a, o visini naknade štete. Kod utvrđivanja trajanja radnog odnosa razdoblje dulje od šest mjeseci zaokružuje se na punu godinu.

15.2.3. Utvrđivanje iznosa otpremnine

Iznos otpremnine može biti određen na različite načine. Kriteriji mogu biti utvrđeni zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, ili pojedinačnim ugovorom o radu. U slučajevima kolektivnih otkaza otpremnina može biti predviđena programom zbrinjavanja viška radnika. Uz to, postoje i posebne skupine radnika čija se otpremnina utvrđuje pod povoljnijim uvjetima.

15.2.3.1. Zakonski kriteriji za utvrđivanje visine otpremnine

U našem pravu visina otpremnine ovisi o prethodnom neprekidnom trajanju radnog odnosa kod istog poslodavca i visini plaće radnika. Zakonom je propisan najniži i najviši iznos otpremnine. Najniži iznos jest jedna trećina prosječne mjesečne (bruto) plaće koju je radnik ostvario u tri mjeseca prije prestanka ugovora o radu za svaku navršenu godinu rada kod tog poslodavca. Taj iznos je donja granica ispod koje se ne može ugovoriti niti odrediti otpremnina. Trajanje radnog odnosa računa se na navršene pune godine staža kod poslodavca, odnosno njegova prednika.

Zakon je odredio i gornju granicu ukupnog iznosa otpremnine koja se može isplatiti radniku, a iznosi šest prosječnih mjesečnih (bruto) plaća koje je radnik ostvario u tri mjeseca

---

1913 Ako radniku u posljednja tri mjeseca nije isplaćena plaća, prema mišljenju Ministarstva rada i socijalne skrbi visina plaće određuje se na temelju plaće radnika koji je radio na istim poslovima. Cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 459.

1914 Zbog ovakvog računanja radnik može izgubiti značajan iznos otpremnine, kada mu, primjerice, do pune godine nedostaje vrlo kratko razdoblje, npr. svega nekoliko dana, ili mjesec dana. To nam se čini nepravičnim. Zato bi trebalo razmisliti o varijanti koju poznaje njemačko pravo pri računanju trajanja radnog odnosa radi isplate naknade štete kod sudskog raskida, kada se navršenih šest mjeseci zaokružuje na punu godinu, ili o nekom drugom razmjeru.
prije prestanka ugovora o radu. Od ovog općeg pravila postoje dva odstupanja, koja su in favorem radnika. Otpremnina u višem iznosu može se odrediti zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili pojedinačnim ugovorom o radu. Druga iznimka odnosi se na otpremninu radnika koji su pretrpjeli ozljedu na radu, ili oboljeli od profesionalne bolesti, a koji nakon završenog liječenja i oporavka nisu vraćeni na rad. Ona može biti određena najmanje u dvostrukom iznosu od iznosa na koji bi takav radnik inače imao pravo. Pravo na višu otpremninu nema, međutim, radnik koji neopravdano odbije ponuđene poslove za koje je sposoban (čl. 80. ZR-a).


Prema odredbi čl. 23. st. 1. austrijskog AngG-a visina otpremnine također stupnjevito raste s duljinom radnog staža, a osnovica za računanje jest posljednja isplaćena plaća.

U Francuskoj se visina otpremnine određuje dekretom. Utvrđuje se u iznosu od jedne desetine prosječne mjesečne plaće koju je radnik ostvario u posljednja tri mjeseca za svaku godinu rada. Iznos otpremnine povećava se ako je radniku otkazano zbog ekonomskih razloga.

15.2.3.2. Otpremnina utvrđena kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu, ili pojedinačnim ugovorom o radu

Pravo na otpremninu, propisano i uređeno zakonom, može se urediti i kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili pojedinačnim ugovorom o radu, ali samo povoljnije za radnika: da se stječe pod povoljnijim uvjetima i u višem iznosu. Valja razlikovati uređenje autonomnim aktom prava na otpremninu koje je propisano zakonom, od prava na otpremninu koje zakon ne uređuje.

Stranke ugovora o radu mogu izričito ugovoriti pravo na otpremninu pa to mogu učiniti i za slučaj izvanrednog otkaza radniku. Kako zakon ne propisuje pravo radnika na otpremninu u slučaju izvanrednog otkaza, stranke ugovorom mogu predvidjeti visinu u iznosu

---

1915 Ovisi o duljini staža kod poslodavca i visini plaće te iznosi za svaku godinu rada kod poslodavca: za radnika koji je kod poslodavca zaposlen dulje od godine dana do pet godina 1/5 prosječne mjesečne plaće (osnovica); za radnika koji je zaposlen dulje od pet a kraće od 15 godina 1/4 osnovice; za radnika koji je zaposlen kod poslodavca dulje od 15 godina 1/3 osnovice.

1916 Nakon tri godine staža (kvalificirajuće razdoblje) iznosi 2 mjesečne plaće, nakon pet godina tri, nakon 10 godina četiri, nakon 15 godina šest, nakon 20 godina devet i nakon 25 godina dvanaest mjesečnih plaća.
različitom od onog predviđenog zakonom, a ako su to propustile učiniti, visina se utvrđuje prema zakonu.¹⁹¹⁷

Uglavak kojim se na poseban način uređuje otpremnina često sadrže menadžerski ugovori, dakle ugovori rukovodećih radnika.¹⁹¹⁸ Iako prema novom ZR-u osobe koje su, kao članovi uprave, izvršni diretori ili u drugom svojstvu prema posebnom zakonu, pojedinačno i samostalno ili zajedno i skupno, ovlaštene voditi poslove poslodavca mogu kao radnici u radnom odnosu obavljati određene poslove za poslodavca, na njih se ne primjenjuju odredbe zakona o prestanku ugovora o radu. To znači da se njihovo pravo na otpremninu i dalje može uređivati povoljnije, ali i nepovoljnije u odnosu na odredbe ZR-a.¹⁹¹⁹

15.2.3.3. Posebni oblici otpremnine (nagrade)

Autonomnim aktima ili pojedinačnim ugovorom o radu u Hrvatskoj najčešće se uređuju otpremnine za odlazak radnika u mirovinu. One, prema mišljenju Ministarstva rada i socijalne skrbi, ne predstavljaju otpremninu iz ZR-a, već pravo iz kolektivnog ugovora, pravilnika o radu ili ugovora o radu.¹⁹²⁰ Takva otpremnina ima karakter nagrade i priznanja poslodavca za radnikov dugogodišnji rad kod poslodavca, a kako nije riječ o zakonskoj otpremnini, stranke su slobodne urediti uvjete za njeno stjecanje kao i visinu otpremnine.¹⁹²¹

U Austriji modificirani oblik otpremnine pripada radnicima iz određenih skupina koji otkažu ugovor o radu (bez postojanja važnog razloga): radniku(ci) ako je zbog navršenja godina života (65 za muškarce, 60 za žene), zbog korištenja prijevremene starosne mirovine uz dulje trajanje osiguranja, povlaštene mirovine (Gleitpension) ili mirovine zbog smanjene radne sposobnosti, otkazao radni odnos koji je trajao najmanje 10 godina;¹⁹²² radnici koja je zbog majčinstva (usvojenja, njege) raskinula radni odnos koji je trajao najmanje 5 godina; ako netko od roditelja koji rade sa skraćenim radnim vremenom otkaže ugovor o radu.

¹⁹¹⁷ Gović, I., Otpremnina u sudskoj praksi, op. cit., str. 83-84.
¹⁹¹⁹ Gović, I., Otpremnina u sudskoj praksi, op. cit., str. 88.
¹⁹²⁰ Vidi Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 461.
¹⁹²¹ Knežević, N., Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 79.
¹⁹²² Prema sudskoj praksi OGH nije neophodno da je pravo na prijevremenu mirovinu odobreno, već je dovoljno dokazati namjeru korištenja prava na umirovljenje i da je postavljen zahtjev. Floretta/Spielbüchler/Strasser, op. cit., str. 236.
15.3. Kasa skrbi (Vorsorgekasse) austrijskog prava


15.4. Isplata otpremnine

Prema stajalištu Vrhovnog suda RH zakonitost odluke o otpremnini ne utječe na zakonitost odluke o otazu ugovora o radu. Poslodavac je, prema mišljenju istog suda, obvezan radniku isplstiti otpremninu i ako je radnik na njegov zahtjev prestao raditi prije isteka (propisanog ili ugovorenog) otzaznog roka. U razdoblje prethodnog trajanja radnog odnosa uračunava se razdoblje otzaznog roka i plaća ostvarena tijekom otzaznog roka, što su važna pitanja za određivanje visine otpremnine.

1923 Od 1. siječnja 2008. obveza uplate doprinosa u Kasu odnosi se i na samostalne radnike, na temelju Zakona o kasama skrbi za radnike u poduzećima i samostalne radnike. Visina doprinosa iznosi također 1,53% mjesečne bruto plaće.


16. PRAVNA SREDSTVA PROTIV ODLUKE O OTKAZU UGOVORA O RADU

16.1. Pravo radnika na žalbu protiv odluke o otkazu


Svakom radniku koji smatra da je njegovo zaposlenje neopravdano prestalo, zajamčeno je pravo na žalbu protiv otkaza nepristranom nadležnom tijelu (sud, radni sud, arbitražna komisija, ili arbitar). Ako je nacionalnim zakonodavstvom predviđeno sudjelovanje nadležnog tijela vlasti u postupku otkazivanja, pravo na žalbu protiv otkaza može se urediti u skladu s nacionalnim pravom i praksom. Svoje ovlaštenje na žalbu na radnik može prenijeti na treću osobu, primjerice sindikat. U nekim zakonodavstvima postoje posebne vrste postupaka i posebna tijela specijalizirana za rješavanje radnih sporova, a neka zakonodavstva dopuštaju radniku da izabere žalbeni postupak koji više odgovara njegovim interesima. Bez obzira na vrstu prvostupanjskog nadležnog tijela, radnici u pravilu imaju pravo žalbe drugostupanjskom tijelu, koje može biti prizivni sud, ili vrhovni sud. Nacionalnim zakonodavstvom može se utvrditi razumnji rok nakon otkaza u kojem radnik mora izjaviti žalbu, jer će se u protivnom smatrati da se radnik odrekao svoga prava na žalbu (st. 3.). Trajanje postupka trebalo bi biti razumno, a troškovi minimalni, kako radnik ne bi odustao od traženja svojih prava.\textsuperscript{1926}

16.1.1. Nadležno tijelo


Postupci koji se primjenjuju povodom žalbe radnika razlikuju se s obzirom na kategoriju radnika, vrstu otkaza koja je radniku izrečena, pravila materijalnog prava na osnovi kojeg tijelo odlučuje, kao i pravila postupka. S obzirom na specifičnu narav radnog odnosa

\textsuperscript{1926} Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 75.
koji je, iako u osnovi privatnopravni odnos, uređen kogentim normama radnoga prava čiju primjenu stranke ne mogu isključiti, u postupku nije prikladno primijeniti isključivo opća pravila parničnog postupka. Posebna pravila služe bržem rješavanju sporova i većoj učinkovitosti sudske zaštite, ili potiču alternativno rješavanje sporova.\textsuperscript{1927} Zbog prihvaćenog načela reintegracije radnika u slučaju nezakonitosti otkaza ugovora o radu i značenja koje radni odnos ima za egzistenciju radnika, zaštita koja se radniku pruža u sudskom postupku bit će važna samo ako se rješavanje spora bude brzo.\textsuperscript{1928}

16.1.1. Specijalizirani sudovi

U nekim zakonodavstvima postoje \textit{posebne vrste postupaka} i posebna \textit{tijela} specijalizirana za rješavanje radnih sporova. Svrha je specijaliziranih tijela osigurati brži, neformalniji i jeftiniji (ili besplatan) postupak za rješavanje radnih sporova.\textsuperscript{1929} Ta tijela su radni sudovi (tribunali), ili sudovi za industrijske odnose (u Francuskoj, Njemačkoj, Ujedinjenom Kraljevstvu), ili arbitražne komisije i arbitri (npr. u Meksiku). U radu takvih tijela sudjeluju zajedno suci i predstavnici poslodavaca i radnika (npr. u Njemačkoj, Austriji, Belgiji), ili samo predstavnici poslodavaca i radnika (u Francuskoj).

U \textbf{Francuskoj} postoje specijalizirani, radni sudovi koji su opće nadležni za rješavanje radnih sporova, tzv. \textit{Conseil des Prud'hommes}, vijeća (sudovi) časnih ljudi.\textsuperscript{1930} Karakteristični su po jednakoj zastupljenosti dviju strana, poslodavaca i radnika, koje sudjeluju u njegovu radu. Vijeća, naime, nemaju profesionalnog suca.\textsuperscript{1931}


\noindent 1929 Polazeći od prihvaćenog načela reintegracije radnika u slučaju nezakonitosti otkaza ugovora o radu i značenja koje radni odnos ima za egzistenciju radnika, zaštita koja se u sudskom postupku pruža imat će važnost samo ako se stvar brzo riješi. \textit{Loc. cit.}


\noindent 1931 Vijećnici su predstavnici svoje profesionalne grupe; uživaju posebnu zaštitu za slučaj otkaza, jednaku onoj radničkih predstavnika. Izabrani su od svojih članova na vrijeme od pet godina, a rade honorarno. Plaću im isplaćuje poslodavac kod kojega su u radnom odnosu, kojemu država naknada isplaćeni iznos. Odluku o spuru donose većinom glasova, a ako je to nemoguće, odluku donosi predsjednik prvostupanjskog redovitog suda (\textit{Tribunal d'Instance}).
nadležna za individualne radne sporove (L. 511-1 CT-a). Radni sporovi nisu arbitralni. Naime, nadležnost radnih sudova smatra se pitanjem javnog poretka i javne politike, pa se svaka odredba kojom bi se utvrdivala nadležnost drugog suda, sporazum o arbitraži, ili odredba kolektivnog ugovora kojom se umjesto radnog suda određuje mirenje smatra automatski ništetnom.\(^{1932}\) U svom postupanju vijeća časnih ljudi imaju dvostruku misiju: pokušati postići pomirenje među strankama pred uredom za mirenje, a ako to ne uspije, spor se rješava pred uredom za suđenje koji donosi presudu.\(^{1933}\) Postupak mirenja prvi je, obvezni dio postupka.\(^{1934}\) Na postupak pred vijećima časnih ljudi primjenjuju se opća pravila parničnog postupka. Odluke vijeća mogu se pobijati pred nadležnim sudovima.\(^{1935}\)

Radni sudovi u **Njemačkoj**\(^{1936}\) isključivo su nadležni za rješavanje svih radnih sporova, pa tako i individualnih radnih sporova povodom otkaza ugovora o radu, a u tzv. *Beschluβverfahren*, između ostalog, za rješavanje pitanja koja ulaže u okvir BetrVG-a (nadomještanjem suglasnosti radničkog vijeća). U prvom stupnju nadležni su radni sudovi (*Arbeitsgerichte*), a u drugom stupnju zemaljski radni sudovi (*Landesarbeitsgerichte*). Sude u vijećima sastavljenim od jednog profesionalnog suca (predsjednika vijeća) i dva suca porotnika, imenovana s utvrđene liste radnika i poslodavaca (u vijeću zastupljena paritetno).\(^{1937}\) Savezni radni sud (*Bundesarbeitsgericht*) treća je, najviša instanca.\(^{1938}\) Postupak pred radnim sudovima identičan je postupku pred redovitim građanskim sudovima (prva instanca, postupak pred radnim sudom; druga, žalbeni postupak; treća, revizija). Najvažnije razlike u odnosu na postupak pred redovitim sudovima su sljedeće: 1. postupak je

---

\(^{1932}\) Despax/Rojot, op. cit., str. 147.

\(^{1933}\) U slučaju da stranke postignu djelomični ili cjelovit sporazum, ured za mirenje izrađuje zapisnik u koji se unose uglavci sporazuma i klauzula ovršnosti (sudska nagodba, čl. R 516-14 CT-a). Ako je postignut djelomičan sporazum, predmet se prosljeđuje uredu za suđenje, ili jednom, odnosno dvojici vijećnika - glavnih sudaca. Ovi posljednji mogu saslušavati stranke, svjedoke i provoditi druge mjere utvrđivanja dokaza, a kada je očito da će se stranke sporazumjeti, predmet se vraća uredu za mirenje.


\(^{1936}\) Nadležnost i sastav ureden Zakonom o radnim sudovima (*Arbeitsgerichtsgesetz*, vom 2. Juli 1979, BGBI. I S. 853, zuletz geändert durch Art. 9 Abs. 5 G v. 30.2009. (BGBI. I S. 2449; *ArbGG*).

\(^{1937}\) Zöllner/Loritz, op. cit., str. 624.

\(^{1938}\) Sudi u vijećima (senatima), sastavljenim od tri profesionalna suca (predsjedavajući i dva člana), te po jednog suca porotnika iz redova radnika i poslodavaca. U izboru profesionalnih sudaca ovog suda dolazi često do izražaja politička borba za ova mjesta. Ibid., str. 625.
hitan; 2. sud u postupku mora voditi brigu o strankama koje su neuke u pravu i nevješte; 3. pravna sredstva protiv presude dijelom su različito uređena.\textsuperscript{1939}

U Austriji su za rješavanje radnih sporova u prvom stupnju nadležni zemaljski (regionalni) sudovi (\textit{Landesgericht}), koji kada sude u radnim sporovima, djeluju kao radni i socijalni sudovi (\textit{Arbeits- und Sozialgericht}).\textsuperscript{1940} Uz to, poseban zemaljski sud u Beču djeluje isključivo kao Radni i socijalni sud (\textit{Arbeits- und Sozialgericht Wien}). U radnim sporovima sudovi sude u vijećima sastavljenim od predsjedavajućeg, koji je profesionalni sudac, i dva suca porotnika, predstavnika radnika i poslodavaca. U drugome stupnju nadležni su viši zemaljski sudovi, koji odlučuju u vijeću od tri profesionalna suca i dva suca porotnika. U istome sastavu sudi i Vrhovni sud koji predstavlja najvišu instancu. U postupku se primjenjuju pravila parničnog postupka dopunjena posebnim pravilima.\textsuperscript{1941}

U Sloveniji su za rješavanje individualnih radnih sporova o prestanku radnog odnosa nadležni radni sudovi (\textit{delovna sodišča}).\textsuperscript{1942} U prvom stupnju nadležna su četiri radna suda (Celje, Kopar, Ljubljana, Maribor), koji imaju i tzv. vanjske odjele. O prestanku radnog odnosa sud odlučuje u vijeću, sastavljenom od profesionalnog suca, kao predsjednika, i dvojice porotnika, izabranih s lista predstavnika radnika i poslodavaca.\textsuperscript{1943} U drugom stupnju odlučuje Viši radni i socijalni sud (\textit{Višje delovno in socialno sodišče}), sa sjedištem u Ljubljani. Odlučuje u vijeću sastavljenom od tri suca. U postupku se primjenjuju opća pravila parničnog postupka, ali su pojedini procesni instituti uređeni Zakonom o radnim i socijalnim sudovima na drukčiji način, kako bi se otklonila nejednakost položaja radnika i poslodavca koja postoji i u postupku pred sudom zbog njihove različite sposobnosti i iskustvu u ostvarivanju prava.\textsuperscript{1944}

U Ujedinjenom Kraljevstvu radnik ima pravo na žalbeni postupak pred sudom za radne odnose (\textit{employment relations tribunal}), zajamčeno zakonom. Drugostupanjski sud je

\textsuperscript{1939} Opširnije ibid., str. 629-631.

\textsuperscript{1940} Uređen Zakonom o radnim i socijalnim sudovima (\textit{Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, ASGG}, BGBl Nr. 104/1985, 30/2009.


\textsuperscript{1942} Čl. 5. Zakona o radnim i socijalnim sudovima (\textit{Zakon o delovnih in socialnih sodiščih}, Ur. l. RS, št. 2/04.). Za socijalne sporove nadležni su socijalni sudovi (\textit{socialna sodišča}).

\textsuperscript{1943} Listi kandidata predstavnika radnika određuju se prema reprezentativnosti sindikata područja Slovenije, razmjerno broju članova, a lista kandidata predstavnika poslodavaca na prijedlog udruge poslodavaca s područja Slovenije, razmjerno broju zaposlenih kod poslodavaca ili u javnom sektoru.

\textsuperscript{1944} Klampfer, Marta, Bistvene spremembe procesnih pravil, op. cit., str. 355.
Apelacijski radni sud (Employment Appeal Tribunal, EAT). Viši sud koji rješava žalbe protiv odluka EAT-a jest Apelacijski sud, a zatim Dom lordova.

16.1.1.2. Redoviti sudovi

U drugim zemljama, kojima pripada i Hrvatska, postupak za utvrđivanje nedopuštenosti otkaza vodi se pred redovitim sudovima. U Ujedinjenom Kraljevstvu radnik može na temelju običajnog prava o nepravičnom otkazu podignuti tužbu pred redovitim sudom u slučajevima kada se povodom otkaza ne može pozvati na povredu neke zakonske odredbe ili kada šteta koju je pretrpio u vezi s plaćom ili drugim izgubljenim primanjima prelazi zakonom utvrđene maksimalne iznose.

U Republici Hrvatskoj o individualnim radnim sporovima o nezakonitosti otkaza ugovora o radu odlučuju redoviti sudovi: u prvom stupnju to mogu biti općinski sudovi, odnosno trgovački sudovi. U radnim sporovima u prvom stupnju postupak u pravilu vodi sudac pojedinac, a revizijski sud, u pravilu, u vijeću sastavljenom od pet sudaca. Prema odredbi čl. 163. st. 2. ZR-a, udruge poslodavaca odnosno zaposlenika mogu u radnim sporovima pred sudovima zastupati svoje članove. ZPP sadrži posebna pravila za radne sporove, kojima se odstupa od općih procesnih pravila. To su pravila o: mjerama kojima se želi ubrzati postupak, spriječiti nasilje i otkloniti nenadoknadivu štetu; posebnom načinu zastupanja stranaka; inkvizitornim ovlastima suda; trajanju paricijskog roka i roka za žalbu; ovršnosti. Njihova je prvenstvena svrha zaštititi radnika kao slabije stranke u postupku.

16.1.1.3. Arbitraža

Nepristrano tijelo može biti i arbitražna komisija, odnosno arbitar. Kada je riječ o individualnim radnim sporovima, u koje ulazi i spor o dopuštenosti otkaza, hrvatski ZR je vrlo šturo propisao da rješavanje radnog spora ugovorne strane mogu sporazumno povjeriti arbitraži, odnosno mirenju, te da se sastav, postupak i druga pitanja važna za rad arbitraže, odnosno mirenja mogu urediti kolektivnim ugovorom (čl. 132.). Iako ZR ne upućuje izričito...
na primjenu Zakona o arbitraži kao općeg arbiražnog zakona, njegovu supsidijarnu primjenu na arbitražno rješavanje radnih sporova doktrina smatra nužnom. Navedena odredba ZR utvrđuje generalnu arbitrabilnost individualnih radnih sporova, ali je prema mišljenju M. Dike i Ž. Potočnjaka potrebna pažljiva procjena arbitrabilnosti u svakom pojedinom slučaju.

Tako je postupio Vrhovni sud RH u rješenju iz 2009. godine. Zauzeo je, po našem mišljenju, ispravno stajalište da spor radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza ugovora o radu i vraćanja na rad nije arbitrabilan, te da arbitražna klauzula iz ugovora o radu nije valjana. U konkretnom slučaju stranke su arbitražnom klauzulom u ugovoru o radu ugovorile nadležnost Stalnog izbranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori. Sud je, rješavajući procesnopravno pitanje postoji li nadležnost suda ili arbitražnog suda, utvrdio da je za ocjenu valjanosti arbitražne klauzule bitno pitanje je li spor radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza ugovora o radu i vraćanja na rad arbitrabilan, što se utvrđuje prema odredbi čl. 3. st. 1. Zakona o arbitraži. Ta odredba propisuje da stranke mogu ugovoriti arbitražu za rješavanje o pravima kojima mogu slobodno raspolagati, odnosno da arbitrabilnost ne postoji ako se radi o sporu za koji je zakonom izriječem predviđena samo sudski zaštita prava i ako se spor vodi o pravu uređenom strogim propisima i kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati. Sud zaključuje kako je „za rješavanje spora radi utvrđenja nedopuštenosti otkaza ugovora o radu izriječem (...) propisana sudska nadležnost (arg. iz čl. 115. i čl. 126. ZR-a), a, osim toga, pitanje otkaza ugovora o radu uređeno je strogim propisima (...) i „pravom na otkaz ugovora o radu“ stranke ne mogu slobodno raspolagati“.

U postupku pred arbitražnim sudom radnika bi mogao zastupati sindikat (točnije, fizička osoba koju bi sindikat odredio) čiji je on član, ali samo uz punomoć radnika.

Nadležnost arbitražnog suda za rješavanje spora o dopuštenosti odluke o otkazu može se utemeljiti odredbom pojedinačnog ugovora o radu, kao fakultativnom klauzulom tog

1949 NN 88/01.
1950 Dika, Mihajlo, Potočnjak, Željko, Arbitražno rješavanje radnih sporova, u: Zasnivanje i prestanak radnih odnosa – Rješavanje radnih sporova (opća redakcija: M. Dika), Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 245.
1951 Arbitraža nije moguća samo u onim individualnim radnim sporovima koji nastaju iz odnosa uređenih isključivo kogentnim normama, ili odnosa izvanovorne naravi, kao što je primjerice spor zbog postupanja protivno zabrani diskriminacije pri zapošljavanju. No ističe se kako bi u vezi sa zabranom diskriminacije bio arbitrabilan spor o otkazu ugovora o radu, u kojem tužitelj tvrdi da je zbog diskriminacije povrijedeno neko njegovo pravo. Dika/Potočnjak, op. cit., str. 245-246.
1953 Dika/Potočnjak, op. cit., str. 249.
ugovora. U literaturi se odriče mogućnost da bi se kolektivnim ugovorom arbitraža mogla nametnuti strankama kao način rješavanja sporova.\textsuperscript{1954}

U \textit{njemačkom} pravu arbitražni sud (\textit{Schiedsgericht}) može samo iznimno odlučivati u radnopratnim stvarima u kojima postoji isključiva nadležnost radnih sudova. Pretpostavke su da je radni odnos uređen kolektivnim ugovorom čije osobno područje važenja obuhvaća pretežno kazališne umjetnike, radnike u filmskom stvaralaštvu i druge umjetnike, pomorce, te da kolektivni ugovor sadrži izričit sporazum o arbitraži. Sporazum vrijedi samo za osobe na koje se primjenjuje kolektivni ugovor (čl. 101. st. 2. ArbGG-a).\textsuperscript{1955}

U \textit{Sloveniji} je arbitražno rješavanje radnog spora moguće utvrditi kolektivnim ugovorom. Njime se uređuju pitanja sastava, postupka i druga pitanja važna za rad arbitraže. Ako je kolektivnim ugovorom koji se primjenjuje na poslodavca i radnika predviđena arbitraža za rješavanje pojedinačnih radnih sporova, poslodavac i radnik moraju se u roku od 30 dana od data proteka roka za ispunjenje obveze ili uklanjanja kršenja od strane poslodavca sporazumjeti o rješavanju spora pred arbitražom. Poništenje arbitražne odluke može se tražiti u slučajevima predviđenim Zakonom o radnim i socijalnim sudovima. Ako arbitraža ne donese odluku u roku određenom kolektivnim ugovorom, a najkasnije u roku od 90 dana, radnik može u daljnjem roku od 30 dana zahtijevati sudsku zaštitu pred radnim sudom (čl. 205. ZDR-a).\textsuperscript{1956}

U \textit{SAD-u} u onim sektorima gdje su radnici sindikalno organizirani kolektivnim ugovorima koji propisuju da otkaz može biti izrečen samo zbog opravdanog razloga, uređeni su \textit{arbitražni postupci} pred privatnim arbitrima, koji se provode nakon postupka internog rješavanja spora kod poslodavca. Odluka je privatnog arbitra konačna. Iako se arbitar ne mora pridržavati odluka drugih arbitara, stvoreno je običajno arbitražno pravo o nedopuštenom otkazu.\textsuperscript{1957}

\textsuperscript{1954} S obzirom da je ZR propisao da se sastav, postupak i druga pitanja važna za rad arbitraže mogu uređiti kolektivnim ugovorom, postavilo se pitanje granica odnosno nametanja strankama uređivanja arbitražnog rješavanja individualnih radnih sporova kolektivnim ugovorom, kao i odnosa sporazuma o arbitraži u pojedinačnom ugovoru o radu i odredbi o arbitraži u kolektivnom ugovoru. U odgovoru na njih u doktrini se polazi od zakonom definiranog odnosa pojedinačnog ugovora o radu i kolektivnog ugovora, sadržanog u normi da odredbe kolektivnih ugovora obvezuju njegove radnike i poslodavce na koje se odnose, i ističe kako u svakom konkretnom slučaju treba utvrditi je li sadržaj odredbi kojima se uređuje arbitražno rješavanje spora dispozitivan ili kogentan. Protiv ekstenzivnog tumačenja primjene instituta arbitražnog rješavanja individualnih radnih sporova na temelju odredbi kolektivnih ugovora govore i ustavnopravni argumenti – pitanje temeljnog ustavnog prava stranke na sudsku zaštitu. Ibid., str. 251-253.


\textsuperscript{1957} Protection against unjustified dismissal, op. cit., str. 74.
16.1.2. Sudjelovanje nadležnog tijela vlasti u postupku otkazivanja

Ako je nacionalnim zakonodavstvom predviđeno sudjelovanje nadležnog tijela vlasti u postupku otkazivanja, pravo na žalbu protiv otkaza može se urediti u skladu s nacionalnim pravom i praksom (st. 2.), ali se time ne smije ograničiti pravo radnika na žalbu protiv otkaza pred neovisnim tijelom. U zemljama u kojima je otkaz određenim kategorijama radnika, kao što su radnički predstavnici, uvjetovan prethodnim odobrenjem nekog tijela vlasti, za rješavanje po tužbi u pravilu je nadležno nepristrano tijelo koje se određuje ovisno o tijelu koje daje prethodno odobrenje. Često su to upravni sudovi (kada odobrenja daju tijela upravne vlasti, kao što je inspektor rada), primjerice u Francuskoj, ali i radni sudovi.

16.1.3. Prenošenje prava na žalbu na treću osobu

Svoje ovlaštenje na žalbu radnik može prenijeti na treću osobu, primjerice sindikat. U Španjolskoj sindikat može pokrenuti sudski spor u ime svojeg člana, ako se on tome ne protivi. Odredbe nacionalnog prava koje uz pretpostavku sudjelovanja trećih osoba isključuju pravo na žalbu protivne su odredbama Konvencije. Takva je odredba austrijskog prava prema kojoj radnik ne može izjaviti žalbu protiv odluke o otkazu s kojom se radničko vijeće izričito suglasilo. Pravo sindikata da pokrene sudski spor protiv odluke o otkazu umjesto radnika, kao i udružne tužbe, ili tužbe koje na vlastitu inicijativu podignu tijela vlasti u javnom interesu smatraju se dodatnim sredstvom politike jednakih mogućnosti i jednakog postupanja.

16.1.4. Rok za žalbu

Konvencijom br. 158 (1982.) predviđena je mogućnost da se nacionalnim zakonodavstvom utvrdi razumni rok nakon otkaza u kojem radnik mora izjaviti žalbu, jer će se u protivnom smatrati da se radnik odrekao svoga prava na žalbu (st. 3.). Određivanje roka ostavljeno je na volju nacionalnom zakonodavcu. Svrha je ovih zastarnih rokova sprječavanje poteškoća oko utvrđivanja bitnih činjenica na kojima sud temelji svoju odluku, a koje je s vremenom sve teže utvrditi, kao i potreba pravne sigurnosti u vezi sa zakonitošću ranijih radnji. Iako je utvrđivanje duljine roka prepusteno nacionalnom zakonodavcu, rokovi bi trebali biti dovoljno dugi kako bi se radnik mogao što potpunije informirati o svojim pravima iz zakona, kolektivnog ugovora i pojedinačnog ugovora o radu, te donijeti odluku o podizanju tužbe. Zbog toga su neka zakonodavstva propisala obvezu poslodavca da prilikom otkaza

---

1958 Ibid., str. 72.
radnika informira o pravu na žalbu, a u nekima sudovi mogu produljiti rok ako radnik dokaže da je imao opravdani razlog za zakašnjenje, kao što je u **Ujedinjenom Kraljevstvu**.1960

U **njemačkom** pravu rok za podnošenje tužbe radnom sudu iznosi tri tjedna od dostave pismene obavijesti o otkazu, a ako je za otkaz potrebna suglasnost nadležnog tijela javne vlasti, rok počinje teći od dana kada nadležno tijelo upozna radnika s odlukom (čl. 4. KSchG-a). Dopuštena je i naknadna tužba (**Zulassung verspäteter Klage**).1961

U **austrijskom** pravu posebnost prava na tužbu i rokova za pobijanje socijalno neopravdanog otkaza proizlazi iz složenog pravnog uređenja prema kojem ovlaštenje na pobijanje imaju radničko vijeće i radnik kojem je izrečen otkaz, o kojem je bilo riječi. Rok iznosi tjedan dana (u određenim slučajevima i dva tjedna, prema pokrajinskom pravu), a njegovo računanje ovisi o tome tko je ovlašten pobijati otkaz.1962 Prema **francuskom** pravu radnik može podići tužbu protiv odluke o otkazu bez ograničenja rokova.1963 U **slovenskom** pravu rok za podizanje tužbe za utvrđivanje nezakonitosti otkaza ili drugog načina prestanka važenja ugovora o radu iznosi 30 dana od dana dostave, ili od dana kada je radnik saznao za kršenje prava (čl. 204. st. 3. ZDR-a).

Prema **hrvatskom** ZR-u rok za tužbu iznosi 15 dana i počinje teći od isteka roka od 15 dana u kojem je radnik morao zahtijevati ostvarenje povrijedjenog prava od poslodavca (čl. 129. st. 1. i 2. ZR-a). Rok za podnošenje tužbe je prekluzivan, pa tužbu podnesenu nakon isteka tog roka sud treba odbaciti.1964 Kako je, prema stajalištu u judikaturi, riječ o strogom roku za podnošenje tužbe, teče od dana otkaza u kojem je radnik morao zahtijevati ostvarenje povrijeđenog prava od poslodavca (čl. 129. st. 1. i 2. ZR-a). Rok za podnošenje tužbe je prekluzivan, pa tužbu podnesenu nakon isteka tog roka sud treba odbaciti.1964 Kako je, prema stajalištu u judikaturi, riječ o procesnopravnom roku, zbog propuštanja roka mogao bi se tražiti povrat u prijašnje stanje.1965

Ako je zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu predviđen postupak mirnog rješavanja nastalog sporada rok za podnošenje tužbe teče od dana okončanja tog postupka (čl. 129. st. 5.).

U praksi je sporno pitanje na koji način *pogrešna uputa* o roku za ulaganje pravnog lijeka koju je poslodavac naveo u odluci utječe na zakonom utvrđeni prekluzivni rok za podnošenje tužbe. Stajalište je Vrhovnog suda da je riječ o strogom roku koji stranke ne mogu

---

1960 Ibid., str. 75.
mijenjati pa pogrešno navedeni rok ne utječe na primjenu prekluzivnog roka. U doktrini se smatra da na ovaj način poslodavac može pogrešnim navođenjem roka onemogućiti radnika u ostvarivanju prava te predlaže prihvaćanje stajališta Vrhovnog suda, iznesenog u jednoj građanskoj parnici, da se žalba podnesena u roku iz upute o pravnom lijeku koja je sadržavala pogrešan rok smatra pravodobnom. Ustavni sud RH zauzeo je u jednoj odluci iz 2005. g. stajalište da je pogrešnom uputom o pravnom lijeku u rješenju o prestanku radnog odnosa podnositeljici ustavne tužbe izravno onemogućen pristup sudu „zbog pogrešne upute poslodavca koji je zapravo (zajedno sa sudom) dio mehanizma ostvarivanja prava i obveze iz radnog odnosa“. Slatemo se s iznesenim stajalištima. Naime, u našem pravu navođenje upute o pravnom lijeku u odluci poslodavca nije obvezno. Radnikovo nepoznavanje prava, i ponekad namjerno, određivanje pogrešnih rokova u odluci o otkazu mogu dodatno otežati položaj radnika kojem je otkazan ugovor o radu. Prema Preporuci MOR-a br. 166 (1982) javna tijela vlasti, radnički predstavnici i organizacije radnika moraju poduzeti napore kako bi osigurali da radnici budu detaljno informirani o mogućnostima žalbe koje im stoje na raspolaganju (čl. 15.). Smatramo da bi u skladu s navedenom odredbom u ZR-a trebalo de lege ferenda unijeti odredbu prema kojoj je navođenje upute o roku za podnošenje žalbe ukinuto u njemačkom pravu ZLKonom o reformi na tržištu rada, s obrazloženjem da je na radniku da se informira o svojim pravima. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 432 (Rn. 3). Ovom odredbom utvrđen je važan element učinkovite zaštite radnika u slučaju otkaza ugovora o radu. Radnik koji je dobio otkaz suočen je s, vrlo često, trenutnim gubitkom ili smanjenjem prihoda i problemima koji otuda nastaju, a često mu nedostaje i potrebno znanje o pravima koje ima i načinu na koji ih može zaštiti i ostvariti, kao što su pravo na žalbu, rokovi, vjerojatno trajanje i troškovi sudskog postupka, postojeća sudska praksa, mogućnost vraćanja na posao, iznos novčane naknade. Preporukom se predlaže opće informiranje radnika o navedenim pitanjima putem medija, izdavanjem brošura o zakonima i judikaturi u vezi s prestankom radnog odnosa i mogućnostima žalbe na odluku o otkazu, kao i pravima radnika. Protection against unjustified dismissal, op. cit., str. 87-88.
o otkazu ugovora o radu obrazložiti razloge otkaza, upozoriti radnika na njegova prava u vezi s otkazom i prava u vezi s osiguranjem za slučaj nezaposlenosti.

Mislimo da obveza iz odredbe ovakvog sadržaja ne bi predstavljala preveliko opterećenje za poslodavca.

16.2. Prethodno traženje pravne zaštite kod poslodavca kao procesna pretpostavka dopustivosti tužbe sudu (zahtjev za zaštitu prava)

16.2.1. Općenito

U hrvatskom pravu radnik koji smatra da mu je odlukom o otkazu poslodavac povrijedio pravo iz radnog odnosa koje ima obilježje nenovčanog potraživanja, 1972 obvezan je obratiti se najprije poslodavcu zahtjevom za zaštitu prava, a ako poslodavac ne udovolji njegovom zahtjevu, može tražiti zaštitu povrijeđenog prava pred sudom. Obračanje poslodavcu, odnosno traženje interne zaštite, procesna je pretpostavka za dopustivost podnošenja tužbe sudu (čl. 129. st. 3. ZR-a).

Dok je prema starom ZR-u ova pretpostavka vrijedila za sve radnike, novi ZR predviđa iznimku, pa neposrednu zaštitu svojih prava pred sudom, bez prethodnog obraćanja poslodavcu, mogu zatražiti tri kategorije radnika: radnici koji rade na određeno vrijeme, radnici koji su na temelju ugovora o radu povlačeni na rad u inozemstvo, kao i radnici na koje se ne primjenjuje niti jedan kolektivni ugovor (čl. 129. st. 4. ZR-a). Na ovaj je način navedenim skupinama radnika omogućeno ostvarivanje temeljnog ustavnog prava na slobodan pristup sudu, dok su ostale kategorije radnika i dalje ostale uskraćene za to temeljno ustavno pravo te u neravnopravnom procesnopravnom položaju u odnosu na poslodavca, koji obvezu prethodnog obraćanja radniku nema. Kritika da je prethodno obraćanje poslodavcu kao pretpostavka zaštitu pred sudom protuustavno te da je interna zaštita 'puka forma radi pokušaja izvansudskog razrješenja spora', 1973 ostaje tako aktualna i nakon donošenja novog ZR-a.

I Vrhovni sud RH zastupa stajalište da je prethodno obraćanje poslodavcu pretpostavka dopustivosti podnošenja tužbe sudu. Prema mišljenju ovog suda „zaštitu prava pred sudom ne može zahtijevati radnik koji nije prethodno zatražio zaštitu pred nadležnim

---

1972 Isključeni su zahtjevi radnika za naknadu štete ili druga novčana potraživanja iz radnog odnosa.
tijelom poslodavca“, a podnošenje tužbe sudu ne može nadomjestiti zahtjev radnika poslodavcu za zaštitu povrijedjenog prava.\(^{1974}\)

Ipak, valja istaknuti da je isti sud, odlučujući u slučaju u kojem je tužiteljica podnijela tužbu sudu i nije prethodno zatražila zaštitu prava pred nadležnim tijelom poslodavca, a po izričitoj uputi o pravnom lijeku koju joj je dao poslodavac, prihvatio da pogrešna uputa o pravnoj zaštiti koju je poslodavac dao radniku može biti relevantna za odluku o dopuštenosti tužbe ako kod poslodavca „ne bi postojalo nadležno drugostupanjsko tijelo koje bi … moglo odlučiti o zahtjevu tužiteljice za zaštitu prava rada“. Prema mišljenju Suda ako bi sud u takvom slučaju ocijenio da tužba nije dopuštena jer nije ispunjena prethodna pretpostavka – traženje zaštite kod poslodavca, to bi značilo da je radnik onemogućen u zaštiti svojih prava na sudsku zaštitu.\(^{1975}\) U ovom slučaju Sud je, dakle, prihvatio načelnu dopuštenost tužbe čak i u slučaju kad radnik nije zatražio internu zaštitu, ako bi do propuštanja obraćanja poslodavcu došlo zbog pogrešne upute o pravnom lijeku kojom bi radnik bio upućen obratiti se nepostojećem drugostupanjskom tijelu poslodavca.

Dodatne argumente za tezu da je radnicima potrebno zajamčiti pravo na direktnu tužbu sudu daje nam i analiza usporedopravnih rješenja. U slovenskom pravu radnik se može tužbom izravno obratiti nadležnom radnom sudu radi zaštite prava kada je riječ o određenoj vrsti nenovčanih potraživanja: radi utvrđenja nezakonitosti otkaza ugovora o radu, drugih načina prestanka ugovora o radu ili odluke o disciplinskoj odgovornosti radnika (rok je 30 dana od dana uručenja ili od dana kada je saznao za kršenje prava) (čl. 204. st. 3. ZDR-a).\(^{1976}\)

Prema njemačkom pravu radnik koji tvrdi da je otkaz socijalno neopravdan, ili je nevaljan zbog drugih razloga, mora u roku od tri tjedna nakon primitka pisane obavijesti o otkazu podići tužbu pred radnim sudom za utvrđenje da radni odnos nije prestao otkazom (čl. 4. KSchG-a). Važno je upozoriti da u njemačkom pravu postoji mogućnost da radnik, osim sudskim rješavanjem spora, pokuša spor riješiti izvan suda, traženjem zaštite kod poslodavca. Međutim, to je njegovo pravo, a ne obveza. Ako smatra da otkaz nije socijalno opravdan, radnik može u roku od tjedan dana od otkaza podnijeti prigovor protiv otkaza (Kündigungseinspruch)\(^{1977}\) radničkom vijeću.\(^{1978}\) Ako ono smatra da je prigovor opravdan,

---


\(^{1976}\) Za razliku od toga prethodni postupak kod poslodavca procesna je pretpostavka za dopuštenost tužbe u slučaju spora o otkazu i drugim pravima i obvezama javnih službenika (Zakon o javnim službenicima, Zakon o javnih uslužbenicima, Urtl. RS št. 56/2002), kao i prema nekim drugim posebnim zakonima. Više Klampfer, M., Bivstvene spremembe procesnih pravil, op. cit., str. 355-357.

\(^{1977}\) Prigovor ne mora biti u pisanom obliku.
može pokušati postići sporazum s poslodavcem (Verständigung).\footnote{Ovaj institut uveden je zakonom iz 1920. godine, ali je značenje takvog oblika sudjelovanja radničkog vijeća u postupku nakon otkaza ugovora o radu jako ograničeno u odnosu na izvorno rješenje. Naime, radnik nije mogao ustati tužbom sudu ako se radničko vijeće nije suglasilo s njegovim prigovorom, slično kao danas u austrijskom pravu, što je radničkom vijeću davalo karakter "ograničavajuće instance" (Sperrinstanz) za neutemeljene tužbe radnika. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 425.} Na traženje radnika i poslodavca vijeće im mora dostaviti svoje mišljenje u pisanim obliku (čl. 3. KSchG-a). Čak i ukoliko radnik zakasni podnijeti prigovor, radničko vijeće može nastaviti postupati ako smatra da je to svrhovito. Sporazum s poslodavcem može se odnositi na povlačenje odluke o otkazu, produljenje otkaznog roka, plaćanje naknade štete i sl. Bez obzira na sadržaj sporazuma, potrebna je suglasnost obje strane, radnika i poslodavca. Stavljanjem prigovora radnik ne daje vijeću pogona punomoć za postupanje, primjerice za postizanje nagodbe, već ga ovlašćuje na radnje za postizanje sporazuma.\footnote{Radničko vijeće pojavljuje se kao organ posredovanja, ali je njegova funkcija samo fakultativna, jer ovisi o inicijativi radnika koji može, ali ne mora zatražiti takvo posredovanje. Ovakav ulogu vijeća pogona u postupku nakon otkaza treba razlikovati od savjetovanja s pogonskim vijećem prije i za vrijeme postupka otkazivanja ugovora o radu, iz čl. 102. BétrVG-a (supra pogl. o sudjelovanju predstavnika radnika u postupku otkazivanja). Različita su stajališta u literaturi o tome isključuje li jedno postupanje drugo. Vladajuće je mišljenje da se ne isključuju, Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 426; suprotno, Künzl, u: Ascheid/Preis/Schmidt, op. cit., str. 625-626 (Rn. 6).} U praksi prigovor radničkog vijeću i njegovo sudjelovanje u postupku zaštitne otkaza nema veće značenje jer je, za razliku od austrijskog prava, zaštita otkaza individualnoprawna, a ne kolektivnoprawna.\footnote{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 426-427 (Rn. 7-8).} Njime stranke još jednom iznose činjenice i pravna stajališta, nastojeći utjecati na odluku o pokretanju sudskog postupka.\footnote{Künzl, u: Ascheid/Preis/Schmidt, op. cit., str. 625 (Rn. 3); usp. Marhold, F., op. cit., str. 22 i d.}

Na temelju navedenoga smatramo da bi de lege ferenda trebalo izmijeniti postojeću odredbu ZR-a dopuštanjem tužbe za pobijanje odluke o otkazu bez obveze prethodnog traženja zaštite kod poslodavca za sve radnike (alternativno: za sve zahtjeve za zaštitu prava iz radnog odnosa). Na opravdanost takve izmjene upućuju izneseni argumenti domaće doktrine, uporednoprawna rješenja, ali i sadašnje rješenje iz ZR-a kojim je ovo pravo priznato za tri skupine radnika. Pravo radnika da zatraži internu zaštitu kod poslodavca uz kratak rok od, primjerice, tjedan dana (dva tjedna), bilo bi korisno zadržati, kako bi se omogućilo strankama da same riješe nastali spor i spriječilo pokretanje sudskog spora o zakonitosti odluke o otkazu. U takvom slučaju, pravo radnika na tužbu sudu bilo bi dobro produljiti na, primjerice, tri tjedna (mjeseč dana).
16.2.2. Oblik, sadržaj i rok za podnošenje zahtjeva za zaštitu prava

Iako ZR ne propisuje izričito poseban oblik u kojem radnik mora staviti zahtjev za zaštitu prava, u literaturi se zaključuje da zahtjev mora biti u pisanom obliku, što proizlazi iz odredbe čl. 129. st. 2. ZR-a prema kojoj se poslodavcu ostavlja rok od 15 dana za ostvarenje zahtjeva, koji teče od dostave zahtjeva, a dostaviti se može samo pisani zahtjev. Pisana forma, osim toga, olakšava dokazivanje u sudskom sporu da je zahtjev podnesen poslodavcu i da je to učinjeno u propisanom roku.1983

Radnik je zahtjev za zaštitu prava obvezan dostaviti poslodavcu u roku od 15 dana od dostave odluke kojom je povrijeđeno njegovo pravo, ili od saznanja za povredu prava. Prema stajalištu Vrhovnog suda ako je radnik u trenutku dostave odluke bio nesposoban za rasuđivanje te je zbog toga propustio pravodobno podnijeti zahtjev za zaštitu prava poslodavcu, rok za podnošenje zahtjeva počinje teći kada prestane ta smetnja.1984

 Sudska praksa dala je razjašnjenje još nekih situacija u kojima tijek roka za prethodnu zaštitu utječe na rok za podnošenje tužbe. Ako je poslodavac odlučio o radnikovu zahtjevu za zaštitu prava prije isteka roka od 15 dana, rok za traženje sudsko zaštite počinje teći od dostave te odluke. Ako je poslodavac odluku o zahtjevu donio nakon isteka 15-dnevnog roka, radnik koji je zbog štunjne poslodavca propustio u prekluzivnom zakonskom roku pokrenuti sudski postupak, može to učiniti u roku od 15 dana od dostave odluke poslodavca.1985 Ako je radnik podnio zahtjev za zaštitu prava nakon proteka 15-dnevnog roka, a poslodavac o tom zahtjevu odluči, radnik ima pravo podnijeti tužbu sudu u roku od 15 dana od dostave te nove odluke.1986

16.3. Mirenje

Pored postupka o dopuštenosti odluke o otkazu ugovora o radu, koji radnik pokreće žalbom pred nepristranim tijelom (судом или arbitražним судом), dopuštenost odluke o otkazu ugovora o radu može se utvrdivati i u postupku mirenja.

Preporuka MOR-a br. 166 (1982.) u par. 14. utvrđuje mogućnost propisivanja postupka mirenja (conciliation) prije ili za vrijeme postupka povodom žalbe protiv otkaza ugovora o radu. Svrha je mirenja omogućiti strankama da u prisutnosti treće strane razmotre

---

pitanje opravdanosti prestanka radnog odnosa otkazom na temelju primjene postojećih radnopratnih standarda, utvrde vjerojatnost pobjede ili gubitka spora pred nadležnim sudom te postignu sporazumno rješenje. Na ovaj se način broj postupaka pred nadležnim tijelima smanjuje.\textsuperscript{1987} Prednost je mirenja kao jedne od alternativnih metoda rješavanja individualnih (i kolektivnih) radnih sporova da se oni rješavaju brže, jeftinije, povjerljivije, učinkovitije i bolje za ostvarenje dugoročnih interesa, u odnosu na državno sudstvo.\textsuperscript{1988}

Mirenje može biti obvezno ili dobrovoljno, a može se provoditi prije ili umjesto spora.

U Francuskoj i Njemačkoj pokušaj mirenja predstavlja samo jednu fazu žalbenog postupka. U Njemačkoj ona nije obvezna. Zbog dobro organiziranog radnog sudstva koje je učinkovito u rješavanju radnih sporova mirenje u individualnim radnim sporovima u Njemačkoj nema veće značenje.\textsuperscript{1989}

U hrvatskom pravu, prema odredič čl. 132. ZR-a, ugovorne strane mogu rješavanje radnog spora sporazumno povjeriti mirenju. Kolektivnim ugovorom mogu se urediti sastav, postupak i druga pitanja važna za rad mirenja.

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{1987} Protection against Unjustified Dismissal, op. cit., str. 76.
\textsuperscript{1989} Vidi opširnije ibid., str. 209, 212.
\end{footnotesize}
17. PRESTANAK UGOVORA O RADU NAVRŠENJEM 65 GODINA ŽIVOTA I 15 GODINA MIROVINSKOG STAŽA

17.1. Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema hrvatskom pravu

Zakonom o radu utvrđene su pretpostavke za prestanak ugovora o radu zbog navršenja određenih godina života i mirovinskog staža. Ovaj poseban način prestanka ugovora o radu uređen je odredbom čl. 104. t. 3. Ona propisuje da ugovor prestaje kada radnik navrši 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, ako se poslodavac i radnik drukčije ne dogovore. Za prestanak radnog odnosa potrebno je cumulativno ispunjenje obje pretpostavke: navršenje 65 godina života i mirovinski staž u trajanju od 15 godina.

Formulacijom prema kojoj se nastavak radnog odnosa u ovakvom slučaju čini ovisnim o dogovoru stranaka, otklonjene su ranije dvojbe o tome mora li ugovor o radu prestati po sili zakona, odnosno smiju li stranke ostati u radnom odnosu kada se ispune uvjeti propisane životne dobi i staža osiguranja za ostvarivanje prava radnika na mirovinu. Dvojbe su bile rezultat različitih tumačenja odredbe čl. 103. t. 3. starog ZR-a, prema kojoj je do prestanka ugovora o radu dolazilo „kada zaposlenik navrši 65 godinu života i 20 godina staža osiguranja“.

U skladu je s ustavnim načelom slobode rada, odnosno slobode poduzetništva mogućnost da stranke ugovora o radu nastave radni odnos i nakon što su ispunjene pretpostavke za ostvarenje prava radnika na mirovinu, ako su se o tome sporazumjele.

Navedena norma ipak ostavlja otvoreno pitanje o kakvom je načinu prestanka ugovora riječ: po sili zakona, su generis ili otoku. Nejako prividnička je novčanica koja je odredba stilizirana kao prestanak ugovora o radu, a sam način prestanka po nekim je obilježjima sličan...


otkazu.\textsuperscript{1994} Prema mišljenju u doktrini, riječ je o \textit{posebnom razlogu za otkaz ugovora o radu}, jer do prestanka ugovora dolazi samo u slučaju kada jedna od stranaka ugovora to želi i očituje svoju volju da radni odnos prestane. Kada stranke, nasuprot tome, žele nastavak radnog odnosa, o tome se moraju sporazumjeti (u pisanom obliku ili konkludentno). Radni odnos može se nastaviti kao radni odnos na neodređeno vrijeme ili je moguće zaključiti ugovor o radu na određeno vrijeme.\textsuperscript{1995} U radnopravnoj literaturi BiH nailazimo na stajalište da je u ovom slučaju riječ o prestanku ugovora o radu \textit{po sili zakona pod suspenzivnim uvjetom}: ugovor prestaje zbog ispunjenja uvjeta za umirovljenje, samo ako nema dogovora subjekata ugovora o radu.\textsuperscript{1996}

Mišljenja smo da je ovdje riječ o otkazu, i to uvjetovanom otkazu ugovora o radu. Poslodavac donosi odluku o otkazu radniku koji je navršio 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža ako se ispuni uvjet nepostojanja dogovora stranaka. Sporazum stranaka o nastavku radnog odnosa, nasuprot tome, otklanja nužnost prestanka ugovora o radu.

Posebnost ovog načina prestanka ugovora o radu očituje se u drukčijem \textit{opseg prava i obveza stranaka} ugovora. Kada otkazuje ugovor o radu jer je radnik navršio 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža, a nije postignut dogovor o nastavku radnog odnosa, poslodavac je u povoljnijem položaju nego što je to kod „običnog“ otkaza. On nema obvezu dokazivati postojanje opravdanog razloga za otkaz, ne mora poštivati obvezan, zakonom propisani postupak otkazivanja niti omogućiti radniku korištenje prava na otkazni rok, te mu nije obvezan isplatiti otpremninu. Ipak, pravo je na otpremninu, kao nagradu za vjernost radnicima koji ostvare uvjete za mirovinu često zajamčeno kolektivnim ugovorima. Ovakav, za poslodavca pojednostavljen način otkazivanja, prihvatljiv je za stajališta zaštite interesa stranaka. Riječ je o radnicima koji imaju pravo na starosnu mirovinu, pa „trebaju nešto manju zaštitu stalnosti i sigurnosti zaposlenja od ostalih radnika“.\textsuperscript{1997}

Kada je riječ o trenutku otkaza, u doktrini se zastupa stajalište da poslodavac može otkazati u bilo koje vrijeme, nakon što su se ti uvjeti ispunili. Morao bi to učiniti pazeći da ne otkaže u nevrijeme, dakle u trenutku koji je za radnika nepovoljan (čl. 212. st. 3. ZOO-a).\textsuperscript{1998}

\textsuperscript{1994} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 480.
\textsuperscript{1995} Ibid., str. 481.
\textsuperscript{1996} Dedić, Sead, Gradaščević-Sijerčić, Jasmina, Radno pravo, Sarajevo, Magistrat, 2003., str. 358.
\textsuperscript{1998} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 481.
U odnosu na prijašnju odredbu o prestanku radnog odnosa *ex lege*, ovom određbom stvorena je nova dimenzija zaštite starih radnika. Sudbina radnog odnosa stavljen je u ruku stranaka, koje se mogu dogovoriti o njegovu nastavku.

Osim opće odredbe o prestanku ugovora o radu, utvrđene ZR-om, jednu posebnu odredbu kojom je uređen prestanak ugovora zbog navršenja godina života nalazimo u Zakonu o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju (čl. 43. st. 6. i 7.). Njome su propisani uvjeti prestanka ugovora o radu radi odlaska u mirovinu za znanstvenika u znanstvenoj organizaciji. Ugovor o radu znanstvenika prestaje istekom kalendarske godine u kojoj je navršio 65 godina života. Predviđena je i iznima od ovog pravila, pa se, kada postoji potreba za nastavkom rada znanstvenog savjetnika u trajnom zvanju, njemu može produljiti radni odnos do isteka kalendarske godine u kojoj navršava 70. godinu života. Ove odredbe su odredbe *lex specialis* u odnosu na odredbu čl. 104. t. 3. ZR-a. Postavlja se pitanje njihova međusobnog odnosa i dopuštenosti načina prestanka ugovora o radu utvrđenog ovim posebnim zakonom.

Vrhovni sud RH zauzeo je stajalište da takvo zakonsko uređenje nije nepovoljnije od uređenja načina prestanka ugovora o radu iz čl. 103. t. 3. Zakona o radu (1995.) kao općeg zakona radnog prava, te se upravo i oslanja na to zakonsko uređenje. ZR je definiran kao opći zakon radnog prava pa se primjenjuje na radne odnose koji nisu uređeni nekim drugim zakonom (…), što prema mišljenju Suda znači da prvenstvo u primjeni imaju odredbe posebnog zakona koje regulirajući pojedinu djelatnost dotiču i segment radnih odnosa.

Suprotno ovom stajalištu, mislimo da odredba st. 1. o prestanku ugovora *ex lege*, istekom kalendarske godine u kojoj je radnik – znanstvenik navršio 65 godina života, nije usklađena s odredbom ZR-a jer ovom posljednjom nije dopušten *ex lege* prestanak radnog odnosa zbog navršenja 65 godina života. Iako je riječ o načinu prestanka ugovora koji je utvrđen posebnim zakonom, odredbom se radnika prekludira u pravu da ostane u radnom odnosu.

Sud je ocijenio da odredba čl. 102. st. 6. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju nije nepovoljnija od čl. 103. t. 3. ZR-a, zato jer je prema određbi čl. 102. st. 6. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju radni odnos tužitelju (redoviti profesor u trajnom zvanju) i ispunjava uvjete za nastavak rada u smislu čl. 102. st. 7. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju, poslodavac (Ekonomski fakultet S.) nije bio dužan produljiti tužitelju radni odnos do isteka akademske godine u kojoj navršava 70. godinu u smislu navedene zakonske odredbe. Spomenuta zakonska odredba omogućuje poslodavcu da produlji radni odnos, ako smatra da je to potrebno i svršitelnno, no istovremeno to zakonska odredba ne propisuje obvezu poslodavca da to i učini. Sud je ocijenio da odredba čl. 102. st. 6. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju nije nepovoljnija od čl. 103. t. 3. ZR-a, zato jer je prema odredbi čl. 102. st. 6. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju radni odnos tužitelju koji je pred 30. rujna 2007. istekom akademske godine, a očito između stranaka nije postojala suglasnost za produljenjem radnog odnosa u smislu čl. 102. st. 7. Zakona o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju.
odnosu i nakon navršene 65. godine života ako se o tome dogovori s poslodavcem, što mu je zajamčeno ZR-om, kao općim zakonom. Ovdje bi trebalo primijeniti za radnika povoljnije pravo. Odredba st. 2., koja omogućava produljenje radnog odnosa – znanstvenog savjetnika u trajnom zvanju do isteka kalendarske godine u kojoj navršava 70. godina može se shvatiti kao dopušteno ograničenje radnog odnosa jer radnik u tom trenutku već ostvaruje pravo na starosnu mirovinu.\footnote{O tome više u nastavku rada.}

Opseg zaštite koji radnik ostvaruje prema ZR-u značajno je manji u usporedbi s njemačkim i francuskim pozitivnim pravom, što se analizira u nastavku rada. U hrvatskom pravu nastavak rada radnika koji ima pravo na mirovinu uvjetovan je dogovorom radnika i poslodavca, a u protivnom ugovor prestaje. Razlog takvog prestanka jest upravo navršenje 65 godina života i 15 godina mirovinskog staža radnika. Iako ugovor ne prestaje \textit{ex lege}, on prestaje uvijek kada dogovora stranaka nema. Nastavak ugovora ovisi i o volji poslodavca, a njegov je interes organizirati rad na najbolji način. Poslodavac se odlučuje na zapošljavanje mladih radnika zbog bojazni od smanjene radne sposobnosti starijih radnika, usklađujući time starosnu strukturu svog osoblja. Nasuprot ovakvoj regulativi, u njemačkom i francuskom pravu nezakonit je otkaz dan radniku isključivo zbog činjenice što radnik ima pravo na mirovinu. To je u skladu s odredbama europske Direktive 2000/23/EZ o zabrani diskriminacije. Mislimo da bi u tom smislu trebalo razmisliti o modificiranju postojeće odredbe, tako da se utvrdi da navršenje godina života i mirovinskog staža nisu razlog za prestanak ugovora o radu, ili o njezinom ukidanju.

17.2. **Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema njemačkom pravu**


Odredba koja uređuje radnopravni položaj radnika koji ostvaruje uvjete za starosnu mirovinu nalazi se u VI. knjizi Socijalnog zakonika (čl. 41.). Iako smještena u SGB-u, riječ je...
o normi radnopравне naravi sa zaštitnim učinkom u korist radnika.\textsuperscript{2005} Njome je uređen odnos između prava radnika na starosnu mirovinu i zaštite radnika od otkaza zbog ostvarivanja tog prava.\textsuperscript{2006}

Odredba glasi:

\textbf{Čl. 41. Starosna mirovina i zaštita od otkaza}

(1) Pravo osiguranika na starosnu mirovinu ne smije se smatrati razlogom za otkaz radnog odnosa od strane poslodavca prema odredbama iz KSChG-a.

(2) Ako su se stranke sporazumjele da radni odnos prestane bez otkaza u trenutku kada radnik prije navršenja dobne granice za punu starosnu mirovinu, može zatražiti starosnu mirovinu, smatra se da se sporazum odnosi na trenutak kada radnik navrši dobnu granicu za punu starosnu mirovinu, uz uvjet da je sporazum sklopljen u razdoblju od tri godine prije tog trenutka ili da je radnik takav sporazum priznao u tom razdoblju.

Odredba uređuje dva pitanja. Prvo je pitanje pravo na starosnu mirovinu kao razlog za otkaz ugovora o radu, a drugo valjanost sporazuma o dobnoj granici kao razlog za prestanak ugovora o radu.

\section*{17.2.1. Pravo na starosnu mirovinu kao razlog za otkaz}

Prema čl. 41. st. 1. SGB-a pravo osiguranika na starosnu mirovinu ne smije se smatrati razlogom za otkaz radnog odnosa od strane poslodavca. Odredba je usmjerena ostvarenju važnih ciljeva i načela. Iz temeljnog tumačenja odredbe proizlazi da pravo na mirovinu ne može biti socijalno opravdani razlog za osobno uvjetovani otkaz radniku.\textsuperscript{2007} Radnikova sloboda raspolaganja pravima iz područja socijalnog osiguranja ne smije imati negativan učinak na njegov radnopравni položaj. Svrha je norme zaustaviti trend skraćenja radnoga vijeka i učiniti efikasnijim raspolaganja osiguranika pravima iz sustava socijalnog osiguranja. Odredba također uzima u obzir zahtjev za fleksibilizacijom radnoga vijeka, koji se postavlja u okviru radnoga prava. Ako bi se radnikovo pravo na starosnu mirovinu prihvatilo kao razlog za otkaz ugovora o radu, tada bi odluka o odlasku o mirovinu predstavljala odluku poslodavca, a ne radnika.\textsuperscript{2008}

Pravila iz čl. 41. SGB-a protumačena su i sa stajališta ostvarenja obveze države da zaštiti radnikova ustavna prava od nesrazmjernih ograničenja te uspostavi odgovarajuću ravnotežu suprotstavljenih interesa ugovornih strana. U skladu s ustavom zajamčenom

\textsuperscript{2005} Fichte, Wolfgang, Altersrente und Kündigungsschutz, K § 41, u: Hauck/Noftz, Sozialgesetzbuch (Gesamtkommentar), SGB VI (Gesetzliche Rentenversicherung), Kommentar v. W. Fichte et al., 2. Band, Erich Smidt Verlag, 2007., str. 1.

\textsuperscript{2006} Čl. 41 Altersrente und Kündigungsschutz.

\textsuperscript{2007} Fichte, W., op. cit., str. 1.; Gamillscheg, K., op. cit., str. 100.

slobodom zanimanja (čl. 12. st. 1. GG-a), koja pripada i starijim radnicima kao pravo da izabranu radno mjesto zadrže ili napuste, za jednostrani raskid ugovora o radu mora postojati zakoniti razlog. Činjenica da radnik zbog primanja na ime mirovine ima dovoljnu financijsku sigurnost, ne može biti opravdani razlog za otkaz. Radniku koji je ispunio uvjete za mirovinu ne smije se ograničenjem prava da nastavi raditi oduzeti pravo na primjenu pravila o zaštiti za slučaj otkaza.\textsuperscript{2009}

Po svojoj pravnoj naravi, riječ je o normi kojom se postiže djelomična regulacija. Njome se temeljna radnopravna načela o dopuštenosti raskida radnog odnosa dopunjavaju zabranom prestanka radnog odnosa koji bi poslodavac utemeljio na navršenju godina života za ostvarenje prava na mirovinu kao isključivom otkaznom razlogu. U tom razdoblju poslodavac može otkazati ugovor o radu zbog drugih razloga.\textsuperscript{2010} Doktrina polazi od stajališta da je poslodavac dužan prihvatiti normalno smanjenje radnog učinka koje je rezultat starenja radnika i da može izreći osobno uvjetovani otkaz samo ako je radni učinak radnika značajno pao u usporedbi sa sličnim radnicima.\textsuperscript{2011} Spomenimo da je u Njemačkoj, u usporedbi s Hrvatskom, praksa otkazivanja osobno uvjetovanim otkazom zbog slabijeg obavljanja činidbe rada dosta česta. Pravna je posljedica otkaza izrečenog protivno odredbi st. 1. ništetnosti.

17.2.2. Sporazumi o dobnoj granici za prestanak radnog odnosa

Odredba st. 2. čl. 41. SGB-a uređuje sporazum radnika i poslodavca o dobnoj granici za prestanak radnog odnosa. Prema odredbi, ako su se stranke sporazumjele da radni odnos radnika prestane bez otkaza u trenutku kada radnik koji nije navršio godine života za punu starosnu mirovinu (\textit{Regelaltersgrenze}) može zatražiti starosnu mirovinu, smatra se da se sporazum odnosi na trenutak kada radnik navrši godine života za punu starosnu mirovinu, uz uvjet da je sporazum sklopljen ili ga je radnik priznao u razdoblju od tri godine prije tog trenutka. To znači da je sporazum stranaka o prestanku ugovora o radu bez otkaza u trenutku kada radnik steke pravo zahtijevati mirovinu, \textit{obvezujući} jedino ako se radnik o tome sporazumio s poslodavcem u trenutku koji je vremenjski blizu trenutku odlaska u mirovinu. Ako taj uvjet nije ispunjen, smatra se da je sklopljen u trenutku kada je radnik navršio 65 godina života.

Svrha je norme omogućiti, u pravilu, da radni odnos prestane kada radnik navrši 65 godina ukoliko o tome postoje odgovarajuće odredbe kolektivnog ugovora ili je o tome

\textsuperscript{2009} Fichte, W., op. cit., str. 4-5.
\textsuperscript{2010} Gamillscheg, K., op. cit., str. 100.; Fichte, W., op. cit., str. 5; BAG AP Nr. 1 zu § 620 BGB Altersgrenze.
\textsuperscript{2011} Fichte, W., op. cit., str. 6.
postignut drugi sporazum. Njome se, kao radnopravnim ograničenjem, zaštićuje socijalnopranovo ovlaštenje radnika da raspolaže pravom na slobodnu odluku o početku mirovine prije navršenja 65. godine života. Normom se jamči da moguće pravo radnika na prijevremenu mirovinu neće dovesti do prestanka radnog odnosa ako suglasnost za takav prestanak radnik nije dao u onoj starosnoj dobi koja neposredno prethodi odlasku u mirovinu. Time se radniku omogućuje da odluku o prestanku radnog odnosa zbog prava na prijevremenu mirovinu donese u razdoblju života u kojem može pravilno ocijeniti djelovanje jednog takvog sporazuma.\textsuperscript{2012}

Norma služi cilju fleksibilizacije i produljenja radnoga vijeka, čime se popravlja brojčani odnos između uplatitelja osiguranja i umirovljenika i time konsolidira financijsko stanje obveznog mirovinskog osiguranja. To se naglašava i u doktrini, koja zaključuje kako sloboda odlučivanja radnika o odlasku u mirovinu nije zajamčena sama zbog sebe. Odredba se ne odnosi na druge subjekte izvan mirovinskog osiguranja (npr. osiguravatelje životnog osiguranja). I ovo je norma „djelomične regulacije“. Njome se dopunjavaju opća načela radnoga prava o dopuštenosti dobnih granica u ugovornim klauzulama o prijevremenoj starosnoj mirovini. Ugovaranje dobi za prijevremenu starosnu mirovinu ovisi o zakonom određenim pretpostavkama, a u slučaju da one nisu ispunjene, smatra se da je utvrđena dobna granica od 65 godina.

Navedena teorijska razmatranja o čl. 41. SGB-a potvrđena su i kroz praksu BAG-a. On je zauzeo stajalište da dobna granica od 65 godina života predstavlja stvarno opravdani razlog za ograničenje trajanja ugovora o radu kada je radnik ekonomski osiguran primanjima na osnovi zakonske starosne mirovine. Postojanje ekonomske sigurnosti uvjet je za valjanost dobne granice i kada je ugovorena pojedinačnim ugovorom o radu.\textsuperscript{2013}

Starosna granica, vezana uz navršenje 65 godina života, ne smije se promatratko nerazmjerno ograničenje slobode zanimanja radnika, iz čl. 12. st. 1. GG-a. Za to ograničenje postoje stvarno opravdani razlozi. Poslodavcu treba priznati legitimnu potrebu da planira pomlađivanje osoblja, što jest tipičan interes poslodavca.\textsuperscript{2014} Radnik koji odlazi nakon dugog profesionalnog života, ranije je i sam imao koristi od starosne granice koju je primjenjivao.

\textsuperscript{2012} Ibid., str. 9.
\textsuperscript{2013} BAG 20.11.1987 AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 2; 19.11.2003 AP TzBfG § 17 Nr. 3. Dovoljan stupanj ekonomske sigurnosti utvrđuje se u trenutku zaključenja ugovora, a ne u trenutku navršenja godina života. Zbog toga je dovoljno da radnik, s obzirom na sadržaj i trajanje ugovora o radu, može ostvariti ili je već ostvario prestaciju za slučaj starosti u okviru zakonskog mirovinskog osiguranja. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1923 (Rn. 112).
\textsuperscript{2014} BAG 27.7.2005 AP BGB § 620 Altersgrenze Nr. 27. Rn. 113
njegov poslodavac jer su time poboljšane njegove šanse za zaposlenje i napredovanje.\textsuperscript{2015} Ako je starosna granica utvrđena \textit{pojedinačnim ugovorom o radu}, stranke su samostalno ograničile ustavom zajamčenu slobodu zanimanja.\textsuperscript{2016} Prema vladajućem stajalištu, uređenje starosne granice kolektivnim ugovorom, u normama koje uređuju prestanak radnog odnosa, dopušteno je zbog njezine stvarne opravdanosti te ne predstavlja nerazmjerne ograničenje slobode zanimanja radnika.\textsuperscript{2017}

Važno je primijetiti da su isti razlozi koji opravdavaju ugovaranje starosne granice istaknuti u Direktivi 2000/78/EZ o zabrani diskriminacije, kao i u odluci Europskog suda u predmetu \textit{Mangold}.\textsuperscript{2018}

\textbf{17.3. Prestanak ugovora o radu radnika zbog ostvarenja uvjeta za starosnu mirovinu prema francuskom pravu}

Francusko pravo također zabranjuje prestanak ugovora o radu po sili zakona zbog ostvarenja prava radnika na starosnu mirovinu. Umirovljenje radnika (\textit{la retraite du salarié}) poseban je, i relativno nov način raskida ugovora o radu radnika koji ima pravo na starosnu mirovinu.\textsuperscript{2019} Ugovor ne prestaje otkazom već može prestati \textit{odlukom} jedne ugovorne strane: umirovljenjem (\textit{la mise à la retraite}) radnika odlukom poslodavca, odnosno odlukom radnika da odlazi u mirovinu (\textit{départ à la retraite}). Ovako način prestanka proizlazi iz odredbe čl. L. 122-14-12 al. 2. CT-a, kojom je izričito propisana ništetnost svake klauzule sporazuma ili kolektivnog ugovora koja predviđa prestanak ugovora o radu po sili zakona zbog godina života radnika ili činjenice da radnik ima pravo na starosnu mirovinu.


\textsuperscript{2016} U skladu s prihvaćenom sudskom praksom, garancija da neće biti nerazmjernog ograničenja ustavnih prava radnika, ostvaruje se obveznom primjenom normi o zaštiti za slučaj otkaza. Ovome se istovremeno jamči odgovarajuća ravnoteža ustavnog položaja radnika i poslodavca. Obveza države i sudova da pruže odgovarajuću zaštitu radniku ovisi o (ne)postojanju ekonomske sigurnosti radnika, tj. pravu na starosnu mirovinu prema zakonu. Backhaus, u: A/P/S, op. cit., str. 1924 (Rn. 114).


\textsuperscript{2018} Više \textit{supra}, pogl. \textit{Prestanak ugovora o radu istekom vremena (…)).

Do umirovljenja radnika može doći odlukom poslodavca. Za nju se moraju ostvariti sljedeće pretpostavke: 1. da je radnik ispunio uvjete za starosnu mirovinu; 2. da radnik ima pravo na mirovinu u punom iznosu, u skladu s čl. L. 122-14-13 al. 3. CT-a; 3. da pravo na mirovinu ostvaruje s obzirom na godine života predviđene kolektivnim ugovorom ili pojedinačnim ugovorom o radu; 4. za odluku ne mora, za razliku od otkaza, postojati poseban razlog. Ugovor o radu može prestati odlukom radnika kada odluči koristiti pravo na mirovinu. U ovom slučaju radnik ostvaruje pravo na naknadu zbog odlaska u mirovinu (l'indemnité de départ en retraite), koju ne bi ostvario da je ugovor prestao otkazom. Pravo na naknadu upravo je ona bitna razlika koja, u odnosu na otkaz ugovora, ovaj način prestanka čini potpuno samostalnim.\footnote{Opširnije ibid., str. 402-408.}
18. PRESTANAK UGOVORA O RADU OSTVARENJEM PRAVA NA INVALIDSKU MIROVINU ZBOG OPĆE NESPOSOBNOSTI ZA RAD

Invalidnost radnika, uzeta sama za sebe, ne predstavlja opravdani razlog za prestanak ugovora o radu (zabranu diskriminacije). Radnici kod kojih postoji profesionalna nesposobnost za rad ili neposredna opasnost od nastanka invalidnosti nisu apsolutno zaštićeni od otkaza. Ako postoji opravdani razlog za otkaz, njima se jamči, uz određene pretpostavke, veća razina zaštite prava u odnosu na ostale radnike.

Ostvarenjem prava radnika na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad, ugovor o radu takvim radnicima prestaje po sili zakona. To proizlazi iz odredbe čl. 104. ZR-a, prema kojoj ugovor prestaje „dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad“. Isto propisuje odredba čl. 119. slovenskog ZDR-a.

18.1. Pratpostavke prestanka ugovora o radu

Pretpostavke prestanka ugovora moraju biti kumulativno ispunjene. Radniku mora pravomoćnim rješenjem biti priznato pravo na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad te ono mora biti dostavljeno. Prva pretpostavka uređena je ZMO-om, a na dostavu se primjenjuju opća pravila parničnog prava o dostavi.

18.1.1. Pravomoćno rješenje o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad

18.1.1.1. Pravo na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad

Pravo na invalidsku mirovinu jedno je od prava zajamčenih osiguranicima na temelju rizika invalidnosti. Invalidnost se može definirati kao socijalni rizik koji pogađa određenu osobu u odnosu na njezinu radnu sposobnost, zbog kojeg je radna sposobnost te osobe trajno

\[\text{\textsuperscript{2021} ZR, čl. 5. st. 4., čl. 1. i 4. Zakona o suzbijanju diskriminacije, NN 85/08.; čl. 6., 89. ZDR-a.}\]

\[\text{\textsuperscript{2022} Takvim radnicima potrebno je prethodno ponuđiti ugovor o radu za obavljanje drugih poslova za koje je on sposoban. Ako takvih poslova nema, ili je radnik odbio ponudu poslodavca, za otkaz takvim radnicima neophodna je prethodna suglasnost radničkog vijeća (odnosno suglasnost sindikalnog povjerenika), a u slučaju uskrate suglasnosti, odnosno nepostojanja radničkog vijeća ili sindikalnog povjerenika, suglasnost može nadomjestiti sudsko ili arbitražna odluka (čl. 79. ZR-a). Također, invalidnost je jedan od kriterija koji se uzima u obzir kod socijalnog izbora u slučaju poslovno uvjetovanog otkaza, supra, pogl. Kriteriji socijalnog izbora, Invalidnost.}\]

\[\text{\textsuperscript{2023} U njoj se izričito navodi da ugovor o radu „prestaje važiti prema samom zakonu“.}\]

\[\text{\textsuperscript{2024} Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 482.}\]
smanjena ili izgubljena. Prema ZMO-u invalidnost može ima dva oblika: profesionalnu nesposobnost za rad i opću nesposobnost za rad.

Prema ZMO-u prelazak u invalidno stanje može biti izazvano smanjenjem radne sposobnosti zbog profesionalne nesposobnosti za rad, a ne i na neku drugu vrstu mirovine, kao ni na invalidsku mirovinu zbog profesionalne nesposobnosti za rad. Opća nesposobnost za rad postoji ako kod osiguranika zbog promjena u zdravstvenom stanju, koje se ne mogu otkloniti liječenjem, nastane trajni gubitak sposobnosti za rad. To je nesposobnost za obavljanje bilo koje vrste rada, čija je nužna posljedica nemogućnost zasnivanja nekog radnog odnosa u budućnosti.

U njemačkom pravu mirovinskog osiguranja prihvaćen je model dvostupanjske mirovine zbog smanjene sposobnosti za rad (Erwerbsminderungsrente): mirovina zbog potpunog smanjenja radne sposobnosti i mirovina zbog djelomičnog smanjenja radne sposobnosti (čl. 43. SGB VI.). Pretpostavka za ostvarenje prava na mirovinu zbog potpunog smanjenja radne sposobnosti je pad preostale sposobnosti za obavljanje plaćene (profesionalne) djelatnosti, kada je vjerojatno da će ta nesposobnost biti trajna ili koja traje i nakon prestanka korištenja prava na naknade za slučaj bolesti.

Prema ZMO, profesionalna nesposobnost za rad postoji kada je kod osiguranika, zbog promjena u zdravstvenom stanju koje se ne mogu otkloniti liječenjem, radna sposobnost trajno smanjena za više od polovice prema tjelesno i psihički zdravome osiguraniku iste ili slične naobrazbe i sposobnosti. Poslovi prema kojima se ocjenuje sposobnost za rad osiguranika obuhvaćaju sve poslove koji odgovaraju njegovim tjelesnim i psihičkim sposobnostima, a smatraju se odgovarajućim njegovim dosadašnjim poslovima (čl. 34. st. 1.). U ovom slučaju poslodavac ima obvezu takvom radniku ponuditi obavljanje nekih drugih, odgovarajućih poslova, a ako takvih poslova nema, može radniku otakzati ugovor pod zakonskim uvjetima i uz provođenje zakonom propisanog postupka (čl. 78. ZR-a). Radnik može ostvarivati pravo na invalidsku mirovinu i nastaviti raditi (profesionalna nesposobnost za rad s mogućnošću daljnjeg rada).

ako smanjenje radne sposobnosti osiguranika više ne može biti otklonjeno. To su, dakle, slučajevi potpunog gubitka radne sposobnosti, kako je ona definirana u našem pravu.


18.1.1.2. Pravomoćno rješenje

Rješenje kojim se radniku priznaje pravo na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad donosi područna služba HZMO-a, na temelju nalaza i mišljenja ovlaštenih vještaka. Rješenje se donosi u postupku koji je po svojim obilježjima poseban, dvostupanjski upravni postupak. Da bi rješenje bilo valjana pretpostavka za prestanak radnog odnosa radnika – osiguranika, mora biti pravomoćno, što znači da mora biti iscrpljena mogućnost podnošenja žalbe kao redovitog pravnog lijeka.

18.1.2. Dostava rješenja

Ugovor o radu prestaje dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu. Kako ZR ne određuje kome se dostava mora izvršiti, u literaturi o tome postoje različita stajališta. Prema jednom mišljenju, dostava se smatra obavljenom onoga dana...

---

2030 Čl. 52. st. 2. i 5. ZMO-a.
2031 Čl. 54. st. 1. ZMO-a. To je u pravilu datum kada je osiguranik pregledao ovlašteni vještački Hrvatskog zavoda za mirovinsko osiguranje (dalje: HZMO), a iznimno se može utvrditi i neki drugi datum, prije obavljenog pregleda, na temelju ranije medicinske dokumentacije (čl. 115. st. 1. ZMO-a).
2032 Čl. 55. ZMO-a.
2033 Nalaz i mišljenje o invalidnosti, kao temelj za stjecanje prava na invalidsku mirovinu, obvezno podliježe reviziji prije donošenja rješenja o pravu osiguranika (čl. 116. ZMO-a).
2034 Na njega se supsidijarno primjenjuju odredbe Zakona o općem upravnom postupku. Riječ je o dvostupanjskom postupku, uz zajamčenu sudsku zaštitu prava (čl. 9. ZMO-a).
2035 Treba napomenuti da je protiv tog rješenja dopuštena obnova postupka, kojom se, pod određenim uvjetima, može izmijeniti pravomoćno rješenje. Dopuštena je ako se saznalo za nove činjenice ili nuđe, odnosno stekne mogućnost da se upotrijeba novi dokazi, koji bi mogli dovesti do drukčijeg rješenja da su bili izneseni ili korišteni u ranijem postupku (čl. 121. ZMO-a).
u kojem je rješenje prije dostavljeno jednoj od ugovornih strana, radniku ili poslodavcu. Prema drugom stajalištu, relevantna je dostava izvršena poslodavcu, jer u tom trenutku poslodavac saznaje za ispunjenje uvjeta radnika za invalidsku mirovinu pa može izvršiti odjavu radnika s mirovinskog osiguranja.

Slovenski ZDR vezuje trenutak prestanka ugovora ugovor pravomoćnosti odluke o priznanju invalidnosti I. kategorije, koja je dostavljena radniku. Smatramo da bi radi pravne jasnoće i sigurnosti odredbu ZR-a trebalo de lege ferenda izmijeniti da glasi: „Ugovor o radu prestaje: ... 5) dostavom pravomoćnog rješenja o priznanju prava na invalidsku mirovinu zbog opće nesposobnosti za rad poslodavcu (alternativa: radniku)“.

18.2. Odluka i obveze poslodavca

S obzirom da je riječ o prestanku ugovora po sili zakona, odluka poslodavca o prestanku ugovora o radu deklaratorne je naravi. Eventualni nastavak rada nakon dostave pravomoćnog rješenja predstavljao bi faktični rad.

Poslodavac u ovom slučaju nema obvezu osigurati radniku korištenje prava na otkazni rok i otpremninu, jer su to prava vezana uz otkaz ugovora o radu.

---

2036 Ruždjak, Marijan, Prestanak ugovora o radu, u: Radni odnosi u gospodarstvu, upravi i pravnoj praksi, Zagreb, Consult biro, 1999., str. 70. Cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 482.
2037 Crnkić, Tamara et al., Aktualni primjeri ugovora, Prestanak ugovora o radu, ., Zagreb, Dashöfer Holding Ltd. & Verlag Dashöfer d.o.o, 2009., str. 8-9.
2038 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 482-483.
19. PRESTANAK UGOVORA O RADU ZBOG SMRTI RADNIKA


U njemačkom pravu temelj osobnog obavljanja rada predstavlja čl. 613. BGB-a, koji propisuje da osoba koja je obvezna izvršiti rad mora taj rad obaviti osobno. Zahtjev za obavljanje rada nije prenosiv.

S druge strane, smrt poslodavca (fizičke osobe) nije temelj za prestanak ugovora o radu. U pravilu, nakon smrti poslodavca s kojim je radnik sklopio ugovor o radu, može ga zamijeniti neka druga osoba i ispuniti svoje primarne i sporedne ugovorne obveze prema radniku (dati mu posao, isплатити plaću itd.). Na mjesto poslodavca – fizičke osobe nakon njezine smrti stupaju njezini nasljednici, osim u slučajevima ako je rad radnika bio usko vezan uz osobu poslodavca (npr. privatni tajnik, njegovatelj). Prema njemačkoj doktrini bitno je tumačenjem ugovora o radu utvrditi može li se smatrati da je trajanje radnog odnosa određeno smrću poslodavca, kao što je to primjerice u slučaju medicinske sestre – njegovateljice, koja se brine o umirućem pacijentu; ili ugovor o radu usprkos tome uvijek trebaju otkazati nasljednici poslodavca. Kako se u hrvatskoj doktrini ističe, pitanje je da li u takvom slučaju primijeniti odredbu čl. 213. ZOO-a o prestanku obveze zbog smrti osobe čija su osobna svojstva odlučujuća za zaključenje ugovora ili primijeniti odredbu o otkazu zbog prestanka potrebe za obavljanjem određenog posla. Zastupa se stajalište da bi nasljednici ipak trebali otkazati ugovor o radu radniku, uz otkazni rok i isplatu otpremnine, jer ugovor o radu treba prestati na neki od načina predviđenih ZR-om.
20. PRESTANAK UGOVORA O RADU ČLANOVA UPRAVE TRGOVAČKIH DRUŠTAVA KAPITALA

20.1. Prestanak ugovora o radu članova uprave trgovačkih društava u hrvatskom pravu

Uređenje pravnog položaja članova uprave trgovačkih društava kapitala složeno je pitanje. Ono proizlazi iz dvostrukog odnosa člana uprave i trgovačkog društva: statusnog i ugovornog. Ne ulazeći u detaljnu analizu ovog pitanja, jer to prelazi svrhu ovog rada, osvnut ćemo se na pitanje prestanka ugovora o radu članova uprave nakon donošenja novog ZR-a.

Odredbom čl. 2. st. 3. ZR-a utvrđeno je da fizička osoba, koja je kao član uprave, izvršni direktor ili u drugom svojstvu prema posebnom zakonu, pojedinačno i samostalno ili zajedno i skupno, ovlaštena voditi poslove poslodavca, može kao radnik u radnom odnosu obavljati određene poslove za poslodavca. Na taj je način novi ZR ozakonio postojeću sudsku praksu u kojoj je prihvaćeno da se poslovi koje obavljaju članovi uprave i nekih drugih s njima izjednačenih osoba (menadžeri) mogu, osim izvan radnog odnosa, obavljati i u radnom odnosu.\textsuperscript{2044} Zakon je, uz to, propisao da se na takvu osobu ne primjenjuju njegove odredbe o prestanku ugovora o radu. To, prema mišljenju doktrine, otvara mogućnost da se na prestanak njenog ugovora primjenjuju odredbe ZOO-a.\textsuperscript{2045} Neki autori u takvoj regulativi prepoznaju namjeru da se, s jedne strane, odgovori na stvarno sitanje u kojem su menadžeri uglavnom u radnom odnosu, a, s druge strane, oslabi zaštitu koju oni uživaju u odnosu na radnike.\textsuperscript{2046}

Uz ovu skupinu menadžera ZR-om je uređen položaj još jedne skupine, tzv. \textit{šireg rukovodećeg osoblja}. Na njih se, kao ni na prvu skupinu menadžera, ne primjenjuju odredbe ovog zakona o radnom vremenu, stanci, dnevnom i tjednom odmoru, uz pretpostavku da su s poslodavcem ugovorili da će ta pitanja samostalno određivati (čl. 3. st. 2.). U tu skupinu ulaze radnici koji su kao rukovodeće osoblje, statutom, društvenim ugovorom, izjavom o osnivanju ili drugim pravilima poslodavca, ovlaštени voditi poslove poslodavca i samostalni su u donošenju odluke o organizaciji rada i poslovanja poslodavca. S obzirom da je to jedino ograničenje u primjeni odredbi ZR-a na ovu skupinu menadžera, na nju se, za razliku od prve skupine, primjenjuju zakonske odredbe o prestanku radnog odnosa. Ovakva regulativa radnog

\textsuperscript{2044} Potočnjak/Vukorepa, I., op. cit., str. 4.\textsuperscript{2045} Potočnjak, Ž., Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 5.\textsuperscript{2046} Ruždjak, Marijan, Sklapanje i prestanak ugovora o radu članova uprave, izvršnih direktora, te drugih osoba koje samostalno vode poslove poslodavca, u: \textit{Ogledi o novom Zakonu o radu} (opća red. M. Ruždjak), Zagreb, Narodne novine, 2010., op. cit., str. 81.
odnosa menadžera ocjenjuje se pozitivno s aspekta fleksibilizacije radnih odnosa, u cilju profitabilnog poslovanja poslodavca.\textsuperscript{2047}

Složenost pravnog uređenja rada članova uprava za trgovačka društva kapitala proizlazi iz dvostrukog pravnog odnosa članova uprave s trgovačkim društvom: odnosa statusne naravi, kojim se uređuju prava i obveze člana uprave u strukturi organa trgovačkog društvaha,\textsuperscript{2048} i ugovornog (obveznopravnog) odnosa, kojim se uređuju uzajamna prava i obveze između člana uprave i trgovačkog društvu u vezi s radom člana uprave za trgovačko društvo u svojstvu člana uprave.

I prije donošenja novog ZR-a ugovorni odnos između člana uprave i trgovačkog društva često se uređivao ugovorom o radu, a zbog njegove neprikladnosti i menadžerskim ugovorom, kao posebnim, neimenovanim ugovorom stvorenim u poslovnoj i sudskoj praksi.\textsuperscript{2049} Novi ZR izričito propisuje mogućnost da jedna skupina menadžera u radnom odnosu, dakle na temelju ugovora o radu, obavlja poslove za poslodavca. Kako stranke nisu obvezne sklopit takav ugovor, nego im se to nudi kao mogućnost, ostaju i dalje aktualni različiti oblici pravnog uređenja rada članova uprave, koji se ne temelje na ugovoru o radu.

Koliko je složeno ovo pitanje, pokazuje sudska i poslovna praksa, koja prihvaća da se poslovi člana uprave mogu obavljati na temelju: ugovora o radu, menadžerskog ugovorap, kombinacije ta dva ugovora ili ugovora o djelu. Prema stajalištu doktrine relevantan može biti i ugovor o nalogu, kao i ugovor o službi koji poznaju njemačko i austrijsko pravo. U sudskoj praksi bilo je i stajališta da menadžerski ugovor nije ugovor o radu, već ugovor \textit{sui generis}, koji doktrina naziva menadžerskim ugovorom ili ugovorom o službi sa značajkama ugovora o djelu, koji u nekim slučajevima može imati značajke i ugovora o radu i menadžerskog ugovora (\textit{casus mixus}).\textsuperscript{2050} Praksa pokazuje da je veliki broj menadžera u radnom odnosu, a tek neznatan broj to nije.\textsuperscript{2051}

Primjena ugovora o službi na ugovorni odnos članova uprave čini se neprikladnom zbog činjenice da ova vrsta ugovora nije u našem pravu uređena zakonom, niti je prihvaćena sudskom i poslovnom praksom. Primjerenijom se smatra upotreba menadžerskog ugovora kao ugovora \textit{sui generis}, pa i razvoj pravnog uređenja rada člana uprave ide u tom pravcu.\textsuperscript{2052}

\textsuperscript{2047} Potočnjak, Ž., Glavne značajke novoga Zakona o radu, op. cit., str. 5-6.
\textsuperscript{2048} Uspostavlja se imenovanjem člana uprave od strane organa, tijela ili osobe određene zakonom ili društvenim ugovorom. Odnos prestaje opozivom odluke o imenovanju, ostavkom ili prestankom članstva u upravi na neki drugi zakonom određeni način. Na njega se primjenjuju odredbe ZTD-a, posebnog zakona koji uređuje statusna pitanja, društvenog ugovora ili drugih akata društva.
\textsuperscript{2050} Ibid., str. 427.
\textsuperscript{2051} Ruždjak, M., Sklapanje i prestanak ugovora o radu članova uprave, op. cit., str. 67.
\textsuperscript{2052} Potočnjak, Ž., Pravno uređenje rada člana uprave u društvu kapitala, op. cit., str. 427-428.
Ipak, mišljenja smo da bi zbog svojih obilježja ugovor o službi bio prikladan instrument uređenja rada članova uprave. On se sklapa kada postoji stručna i organizacijska samostalost osobe koja radi u službi drugoga (dakle, nema subordinacije); nije nužno da postoji element naplatnosti; a stranke mogu ugovorom predvidjeti primjenu zaštitnih odredbi radnog prava.\(^{2053}\)

Na koji će način prestati ugovorni odnos člana uprave i trgovačkog društva ovisi, dakle, o tome koji je pravni temelj takvog rada. Ako član uprave obavlja poslove u radnom odnosu, na njega se, u skladu s odredbom čl. 2. st. 4. ZR-a, ne primjenjuju odredbe o prestanku ugovora o radu.\(^{2054}\) Posljedično tome, ugovor o radu moći će prestati na neki od načina predviđen općim pravilima ZOO-a o prestanku ugovora. Drugim riječima, odredbe ugovora o radu koje uređuju pretnjk ugovora menadžera ne moraju se više temeljiti na prisilnim odredbama ZR-a. Stranke se mogu dogovoriti o razlozima za otkaz, odnosno raskid ugovora o radu.\(^{2055}\) Međutim, ne vidimo nikakvu zapreku da stranke ugovore primjenu zaštitnih odredbi radnog prava na prestanku ugovora o radu.

Kada je član uprave u radnom odnosu s trgovačkim društvom, pretnjak njegova mandata opozivom ne utječe sam po sebi na pretnjak ugovora o radu odnosno menadžerskog ugovora. To proizlazi iz čl. 244. st. 2. reč. 4. ZTD-a. Opozivom imenovanja rješava se statusni odnos tog menadžera, a ugovorni odnos se nastavlja. Opoziv može biti razlog pretnjke ugovora, ako su to stranke ugovorile.\(^{2056}\)

Koji sve načini prestanka ugovora o radu dolaze u obzir kada stranke nisu ugovorile primjenu odredbi ZR-a na pretnjaku ugovora? Ugovor o radu može prestati na neki od načina iz ZOO-a, što je detaljno analizirao Ž. Potočnjak za pretnjak menadžerskog ugovora. To se, s obzirom na novu regulativu, može primijeniti i na ugovor o radu menadžera. Ako je riječ o ugovoru na neodređeno vrijeme, može prestati na neki od načina kojim prestaju trajni obveznoprapni odnosi (sporazumom, otkazom, smrću, stečajem). Ugovorne strane mogu ugovoriti utjecaj pretnjke mandata na ugovor o radu. Ugovor može prestati redovitim ili izvanrednim otkazom (čl. 212. ZOO-a). Stranke mogu ugovoriti i razloge za otkaz ugovora jer nisu vezane pravilima ZR-a o opravdanim razlozima za otkaz ugovora o radu.\(^{2057}\)

---

\(^{2053}\) Opširnije Grgurev, I., Ugovor o radu, op. cit., str. 21-23.

\(^{2054}\) Kada je riječ o drugoj skupini menadžera, tzv. širem rukovodećem osoblj, na njihov radni odnos primjenjuju se odredbe ZR-a o pretnjaku ugovora o radu, jer to proizlazi iz čl. 3. st. 3.

\(^{2055}\) Ruždjak, M., Sklapanje i prestanka ugovora o radu članova uprave, op. cit., str. 66.

\(^{2056}\) Ibid., str. 80; usp. Potočnjak, Ž., Pravno uređenje rada člana uprave u društvu kapitala, op. cit., str. 432.

\(^{2057}\) Potočnjak, Ž., Pravno uređenje rada člana uprave u društvu kapitala, op. cit., str. 441-442.
Ugovor na određeno vrijeme prestaje istekom vremena na koje je sklopljen ili otkazom ako je to izričito ugovoreno. Kod ugovora na određeno vrijeme s menadžerom treba voditi brigu o zakonskim ograničenjima sklapanja takvog ugovora iz ZR-a. U literaturi se preporučuje vezati trajanje (menadžerskog) ugovora uz trajanje mandata ili predvidjeti kako će opoziv odluke o imenovanju člana uprave utjecati na (menadžerski) ugovor.

Ako članovima uprave istodobno rade na temelju ugovora o radu i menadžerskog ugovora, što je relativno česta praksa, svaki od njih postoji za sebe i temelj je posebnog pravnog odnosa. Iz toga proizlazi da „svaki od tih pravnih odnosa može prestati neovisno od prestanka onog drugoga … menadžerski ugovor može prestati (sporazumom, protekom vremena, otkazom ili na koji drugi način), a radni odnos se može nastaviti …“.

Na temelju navedenog može se zaključiti, i time pridružiti mišljenju drugih, da je, i nakon izmjena radnopravnog položaja menadžera novim ZR-om, situacija ostala i dalje složena. Novi ZR nije ovo pitanje cjelovito uredio. Oblikovanje ugovornog odnosa menadžera i trgovačkog društva, a time i prestanak takvog ugovora, prepuštjen je i dalje, u velikoj mjeri, disponiranju stranaka. Možda bi doista pravo rješenje bilo uređenje novog ugovora, ugovora o službi, u okviru ZOO-a (kao što je slučaj u njemačkom i austrijskom pravu, o čemu govorimo u nastavku rada). Do tada će veliku ulogu u razjašnjenu nejasnih i kompleksnih odnosa igrati sudovi. To podsjeća na Freedlandovu sliku pejzaža „odnosa povodom obavljanja rada“ i nužnost da sudovi, ali i pravnici koji se bave ovim područjem budu veoma stručne osobe.

20.2. Prestanak radnog odnosa članova uprave trgovačkih društava kapitala u njemačkom i austrijskom pravu

Prema njemačkom i austrijskom pravu članovi uprave obavljaju poslove za trgovačko društvo na temelju posebnog ugovora (Anstellungsvertrag, Vorstandsvertrag). Po svojoj naravi to je poseban ugovor o službi, tzv. slobodni ugovor o službi (freie Dienstvertrag).

Karakteristike su ugovora o službi da je njegov predmet osobno obavljanje rada za službodavca; služboprimac je samostalan u obavljanju rada (ne postoji subordinacija); riječ je o trajnom obveznom odnosu; služboprimac ne odgovara za rezultat rada; naplatnost nije bitan

---

2058 Loc. cit.
2059 Ibid., str. 442.
2061 Ruždjak, M., Sklapanje i prestanak ugovora o radu članova uprave, op. cit., str. 81.
2063 Treba ga razlikovati od statusnog odnosa, koji nastaje imenovanjem za člana uprave, tzv. Organstellung.
2064 U Austriji on je neimenovani ugovor o službi, dok je u Njemačkoj uređen odredbama Građanskog zakonika o ugovoru o službi.
sastojak ugovora (ako to nije ugovoreno ili ne proizlazi iz naravi odnosa); služboprimac je obvezan raditi u vremenu koje zahtijeva narav njegove službe. Zbog takvih obilježja služboprimac se ne smatra radnikom i nije mu namijenjena radnopravna zaštita.2065

Iako se na članove uprave u pravilu ne primjenjuju zaštitne odredbe radnoga prava, u njemačkoj judikaturi i doktrini prihvaćena je potreba zaštite članova uprave (soziale Schutzbedürftigkeit). Član uprave društva s ograničenom odgovornošću u odnosu je slobodne službe (freie Dienstverhältniss), a ne u radnom odnosu, ali je vezan uputama članova društva (čl. 37. Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću). Zbog toga je Savezni vrhovni sud (BGH) našao da je na odnos slobodne službe potrebno na odgovarajući način primijeniti zaštitne norme kojima se uređuju odnosi zavisnog rada (abhängige Beschäftigungsverhältnisse). Dopošteno je i ugovaranje nadležnosti radnih sudova za rješavanje sporova između člana uprave i članova društva.2066

Njemački KSchG, kao „opći zakon o otkazu“, uređuje u čl. 14 pitanje primjene ovog zakona na otkaze menadžerima. Zakon pravi razliku između dvije skupine menadžera, za koje propisuje različit stupanj zaštite (čl. 14.). U prvu skupinu ulaze članovi uprave koji obavljaju poslove zakonskog zastupanja pravne osobe (trgovačkog društva kapitala), kao i osobe koje u društvima osoba obavljaju poslove zastupanja na temelju zakona, statuta ili društvenog ugovora. Na ovu skupinu ne primjenjuju se odredbe ovog zakona o zaštiti za slučaj otkaza.2067 Ako je radnik imenovan za člana uprave, radni odnos može se nastaviti kroz institut mirovanja radnog odnosa, a nakon prestanka mandata radni odnos „oživljava“. Tu mogućnost stranke moraju izričito ugovoriti.

U drugu skupinu ulaze, tzv. rukovodeći namještenici (leitende Angestellte) (poslovođe, voditelji pogona i sl.), koji su ovlašteni samostalno primati u radni odnos i otkazivati radni odnos radnicima. Na njih se primjenjuju opće odredbe zakona o zabrani od otkaza, uz dva izuzetka. Isključena je primjena čl. 3., o pravu radnika na prigovor protiv otkaza radničkom vijeću, a u slučaju kada sudski raskid ugovora o radu zahtijeva poslodavac, on nema obvezu taj zahtjev obrazložiti. Ova je skupina menadžera uvijek u radnom odnosu.2068

2065 Potočnjak, Ž., Pravno uređenje rada člana uprave u društvu kapitala, op. cit., str. 452-453.
2067 Odredba se primjenjuje i na članove uprave pravnih osoba javnog prava (općine, vjerske općine, obrtničke komore, odvjetničke komore, nositelje socijalnog osiguranja), ako nisu službenici, jer se tada na njih primjenjuju zaštitne norme KSchG-a.
21. POSLJEDICE NEZAKONITOG PRESTANKA UGOVORA O RADU

21.1. Općenito

Svrha je zaštite od neopravdanog (nezakonitog) prestanka ugovora o radu (radnog odnosa) zajamčiti sigurnost (stalnost) radnog mjesta. Upravo zato vraćanje radnika na posao na kojem je radio prije nezakonitog prestanka ugovora o radu, uz jednake uvjete rada, čini se najprihvatljivijim sredstvom protiv takvog prestanka. Vraćanjem radnika na rad prestanak radnog odnosa kao da se nije ni dogodio, pa se time ostvaruje načelo sigurnosti radnog mjesta. U onim zakonodavstvima u kojima se uz nevaljani prestanak ugovora o radu vezuje ništetnost prestanka, mjerom vraćanja na rad ostvaruje se povrat u prijašnje stanje, koji je posljedica ništetnosti. Uz mjeru vraćanja radnika na rad mnoga zakonodavstva prihvaćaju novčanu naknadu, umjesto vraćanja radnika na rad, kao redovito sredstvo protiv nezakonitog prestanka radnog odnosa.

Konvencija MOR-a br. 158 (1982.) predviđa ista sredstva za slučaj nevaljanog prestanka radnog odnosa. Nepristrana tijela u državama članicama mogu: 1. naložiti ili predložiti vraćanje na rad radnika (reinstatement) te 2. naložiti plaćanje (payment) ili primjerenu naknadu štete (adequate compensation) ili drugo sredstvo (relief) koje smatraju primjerenim, ako nemaju ovlast utvrditi ili nađu da bi bilo nepraktično utvrditi, u skladu s nacionalnim zakonima i praksom, da je prestanak radnog odnosa nevaljan i/ili naložiti ili predložiti vraćanje na rad radnika (čl. 10.). Iako je prednost dana utvrđenju da je prestanak nevaljan (nezakonit; invalid) i vraćanju radnika na rad, rješenje je elastično, jer su predviđena i druga sredstva, ovisno o opsegu ovlaštenja nepristranog nacionalnog tijela kao i stvarnoj mogućnosti vraćanja radnika na rad. Naknada štete treba biti primjerena i treba ju razlikovati od naknade štete umjesto otkaznog roka i plaćanja otpremnine.

Nacionalna zakonodavstva uređuju primjenu mjera na različite načine, dajući prioritet jednoj ili drugoj mjeri. U nekima se vraćanje radnika na rad osnovno pravilo u slučaju nezakonitog prestanka ugovora, ali jedna ili druga stranka mogu se tome protiviti. Umjesto vraćanja na rad stranke mogu zahtijevati od suda da raskine takav ugovor o radu i dosudi naknadu štete radniku. Ovakav model mjera kojim se postiže sigurnost radnog mjesta

---

2069 Collins, H., Justice in Dismissal, op. cit., str. 216.
2070 Protection against unjustified dismissal, op. cit., str. 82.
prihvaćen je u Njemačkoj te Hrvatskoj i Sloveniji. Kriteriji za izbor između vraćanja radnika na rad i novčane naknade mogu biti utvrđeni zakonom, kolektivnim ugovorima ili se njihovo utvrđivanje može prepuštiti nepristranom tijelju (primjerice, u UK). Određenim razlozima, od kojih su neki primjerično navedeni u čl. 5. Konvencije, daje se posebno značenje, jer se uvijek smatraju nevaljanim razlozima za prestanak radnog odnosa. Prestanak radnog odnosa utemeljen na takvom razlogu u velikom broju zakonodavstava smatra se ništetnim (null and void), bez obzira na mjeru koja se protiv takvog prestanka primjenjuje. Prestanak je ništetan jer se njime krše temeljna ljudska prava.

21.2. Ništetnost otkaza i sporazuma o prestanku ugovora o radu

Otkaz koji je izrečen protivno zakonskim pravilima o otkazu ugovora o radu smatra se ništetnim u hrvatskom, njemačkom i slovenskom pravu. Ništetnost otkaza nastupa ex lege, a sud svojom odlukom samo proglašava otkaz ništetnim, ako su se stekle određene pretpostavke. Radnik u svojim rukama drži sudbinu nevaljanog otkaza, odlučujući hoće li ili ne osporavati dopuštenost otkaza u sudskom postupku. Stajalište o ništetnosti kao posljedici nezakonitog otkaza prihvaćeno je u hrvatskoj sudskoj praksi, a proizlazi i iz

U nekim zakonodavstvima vodi se briga isključivo o tome što žele stranke, dok u određenim zakonodavstvima nepristrano tijelo može naložiti ili predložiti vraćanje na rad, a sud svojom odlukom samo proglašava otkaz ništetnim, ako su se stekle određene pretpostavke. Radnik u svojim rukama drži sudbinu nevaljanog otkaza, odlučujući hoće li ili ne osporavati dopuštenost otkaza u sudskom postupku. Stajalište o ništetnosti kao posljedici nezakonitog otkaza prihvaćeno je u hrvatskoj sudskoj praksi, a proizlazi i iz

2071 U nekim zakonodavstvima vodi se briga isključivo o tome što žele stranke, dok u određenim zakonodavstvima nepristrano tijelo može naložiti ili predložiti vraćanje na rad na zahtjev radnika ili sporazuma stranaka tijekom postupka (npr. Meksiko), ili odluka o vraćanju na rad ovisi o dokazu da će vraćanje na rad radnika biti uspješno. 

2072 Ponekad kao lista slučajeva u kojima se može naložiti ili predložiti vraćanje na rad, ili kada se ono smatra neprovedivim.

2073 Osnovni kriteriji jesu: razlozi prestanka ugovora o radu, objektivni i subjektivni razlozi, ponašanje radnika i poslodavca, duljina sudskog postupka, veličina poduzeća.


2075 Clanstvo u sindikatu, radničkom vijeću, podizanje tužbe ili sudijelovanje u postupku protiv poslodavca zbog pretpostavljenog kršenja zakona ili podzakonskih akata, rasa, religija, spol, bračni status, socijalno porijeklo, ili političko mišljenje, odsutnost s rada zbog porodnog dopusta.

2076 Clanove u sindikatu, radnici vrijeme, podizanje tužbe ili sudijelovanje u postupku protiv poslodavca zbog pretpostavljenog kršenja zakona ili podzakonskih akata, rasa, religija, spol, bračni status, socijalno porijeklo, ili političko mišljenje, odsutnost s rada zbog porodnog dopusta.

2077 Prema stajalištu Vijeća stručnjaka (Committee of Experts) za primjenu Konvencije naknada štete koju je radnik u ovim slučajevima pretrpio morala bi biti potpuna, u financijskom i profesionalnom smislu (vraka pranja radnika na rad, isplaćene neisplaćene plaće, zadržavanje stečenih prava). Ukoliko nepristrano tijelo utvrdi da vraćanje na rad ne dolazi u obzir, radniku bi trebalo naknati svu pretrpljenu štetu, a naknada bi trebala biti viša od naknade u slučaju otkaza zbog drugih razloga. U UK sudovi, primjerice, dosuđuju više iznose u slučaju otkaza zbog spolnih ili rasnih diskriminacija. Protection against unjustified dismissal, op. cit., str. 87.

2078 Prema Konvenciji nepristrano tijelo može biti ovlašteno „proglasiti prestanak nevaljanim“ (čl. 10).

2079 Usp. Vedriš/Klarić, Osnove imovinskog prava, op. cit., str. 108.

2080 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 432 (Rn. 1).
odredbe čl. 116. ZR-a, koja propisuje da će sud naložiti vraćanje radnika na rad, ako je utvrdio da otkaz nije dopušten i da radni odnos nije prestao.

Ništetnost djeluje unazad, *ex tunc*, pa pravni posao ne proizvodi nikakve pravne učinke. Posljedica je ništetnosti povrat u prijašnje stanje, stanje prije zaključenja pravnog posla. Kada je riječ o otkazu, radni odnos vraća se u stanje prije izricanja otkaza.\(^{2080}\) Ono se postiže mjerom vraćanja radnika na rad, koju sud nalaže poslodavcu, a ovaj ju je obvezan izvršiti.

**Sporazum o prestanku ugovora o radu ništetan** je ako su se ispunile pretpostavke utvrđene općim pravilima obveznog prava.\(^{2081}\) Radni odnos postoji i nakon proteka roka, odnosno datumu ugovorenog prestanka ugovora o radu. Za ništetnost sporazuma vrijedi ono što je naprjjed rečeno za ništetnost otkaza ugovora o radu. Sporazum kao dvostrani pravni posao može imati određene nedostatke koji su razlog njegove *pobojnosti*.\(^{2082}\) Za razliku od ništetnosti, koja nastupa *ex lege*, nevaljanost sporazuma kod kojeg postoji neki od razloga pobojnosti ovisi o volji stranke da traži poništenje takvog sporazuma. Pravne posljedice pobojnosti ne razlikuju se značajnije od posljedica ništetnosti. To je povrat u prijašnje stanje i odgovornost za štetu. Posljedice nastupaju *ex tunc*, dakle od trenutka zaključenja pravnog posla. Protekom vremena, tj. roka za njihovo poništenje (prekluzivni rokovi), pobojni pravni poslov konvalidiraju, a stranka gubi pravo zahtijevati poništenje.\(^{2083}\)

**21.3. Vraćanje radnika na rad**

Kao što je rečeno, vraćanje radnika na rad (eng. *reinstatement*; franc. *la réintégration*) mjera je kojom se ostvaruje sigurnost radnog mjesta, uspostavljanjem stanja koje je postojalo prije otkaza, odnosno prestanka ugovora o radu. Radnik dobiva natrag svoje radno mjesto, zadržava prava stečena tijekom radnog odnosa kod poslodavca (radni staž za ostvarenje prava na mirovinu), kao i pravo na neisplaćene plaće. Vraćanje radnika na rad ima osobito značenje u vrijeme povećane nazaplenorenosti, posebice za određene skupine radnika koje treba dodatno štititi (žene, invalide, starije radnike). Koliko će mjera vraćanja radnika na rad biti učinkovita, ovisi o više čimbenika: duljini postupka povodom prestanka radnog odnosa (predugo razdoblje između prestanka radnog odnosa i konačne odluke nije povoljno za vraćanje na rad); naravi radnog odnosa (lakše je provedivo u većim poduzećima, nego u malima gdje su

---

\(^{2080}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 462.

\(^{2081}\) Razlozi ništetnosti jesu nepostojanje poslovne sposobnosti stranke; nepostojanje punomoći za zastupanje ugovorne strane; zaobilaženje primjene kogentnih pravnih normi; protivnost moralu. Više *supra*, pogl. Razlozi za ništetnost sporazuma o prestanku ugovora o radu.

\(^{2082}\) Više *supra*, pogl. Razlozi za pobijanje sporazuma o prestanku radnog odnosa.

\(^{2083}\) Više: Vedriš/Klarić, Osnove imovinskog prava, op. cit., str. 120-131.
veze između radnika i poslodavca tješnje); učinkovitosti mjera za provođenje odluke o vraćanju radnika na rad (kazne, odgovornost za štetu ako se mjera ne provede).2084

Iako zakonodavstva često daju prednost mjeri vraćanja na rad u odnosu na novčanu naknadu, njezina primjena u velikoj mjeri ovisi o volji stranaka da nastave nezakonito prekinut radni odnos. U Francuskoj sud može predložiti vraćanje radnika na rad i zadržavanje stečenih prava (čl. L.122-14-4 CT-a). Ako se neka od strane s time ne složi, sud dosuđuje radniku naknadu štete.

Mjeru vraćanja radnika na rad hrvatski će sud naložiti ako je utvrdio da otkaz nije dopušten i da radni odnos nije prestao. U pravnoj literaturi postoje različita tumačenja dijela navedene odredbe koji se odnosi na nalog suda poslodavcu da radnika vrati na rad. Sporno je može li sud vratiti radnika na posao po službenoj dužnosti, kako bi se to moglo zaključiti iz postojeće zakonske formulacije.2085 Prevladava negativno stajalište. Prema Ž. Potočnjaku zakonodavac je time pojasnio pravo radnika u slučaju kada sud utvrdi da je otkaz bio nezakonit, ali, s druge strane, sud će narediti vraćanje radnika na rad samo u slučaju kada je radnik to tražio. U protivnome, „sud nije nadležan narediti takvo vraćanje“. Autor to obazlaže privatnopravnom naravi radnog odnosa te ovlasti suda odlučuje samo u granicama postavljenog tužbenog zahtjeva.2086 Argument da sud u parničnom postupku odlučuje samo u granicama tužbenog zahtjeva, koriste i drugih autori.2087 Prema I. Gović takvo tumačenje, pozivanjem na načelo ne eat iudex, ide na štetu radnika. Odredbu ZR-a moglo bi se tumačiti kao lex specialis, odnosno iznimku u odnosu na načelo ne eat iudex, uvedenu ovim zakonom.2088 Prema našem mišljenju, šire tumačenje odgovara svrsi ove norme, kojom se utvrđuje ništetnost kao posljedica nezakonitog otkaza, a njezini učinci dodatno naglašavaju: da radni odnos nije prestao i da je radnika potrebno vratiti na rad, čime se ostvaruje povrat u prijašnje stanje kao učinak ništetnosti. Mislimo da sudovi koji nalažu vraćanje radnika na posao i u onim slučajevima kada radnik to u tužbi izričito ne traži, ne postupaju pogrešno.

Prema vladajućem tumačenju sadržaj tužbenog zahtjeva radnika mora se sastojati od dva dijela: deklarativnog dijela, kojim se od suda traži utvrđenje da otkaz ugovora o radu dan određenom odlukom poslodavca nije dopušten te da radni odnos nije prestao, i od

2084 Protection against unjustified dismissal, op. cit., str. 82-83.
2086 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 462-463.
2087 Hrvatin, Branko, op. cit., str. 196.; Milković, D., Tužbeni zahtjevi u radnim sporovima (1. dio), op. cit., str. 23.
2088 Gović, Iris, Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 115.
**kondemnatornog dijela**, naloga tuženiku (poslodavcu) da tuženika (radnika) vrati na posao.2089

Radi usporedbi, a i kao potkrjepu našeg stajališta, iznosimo rješenje iz *njemačkog* prava, u kojem zahtjev radnika da ga poslodavac vrati na rad nije potrebno isticati u tužbi. Radnik koji misli da je otkaz socijalno neopravdan ili nevaljan zbog drugih razloga može tužbu na osnovu *Festellungsklage*.2090 Ništetnost kao posljedica otkaza potvrđuje se i zakonskom fikcijom da se otkaz od početka smatra valjanim (rechtswirksam), ako se njegova pravna nevaljanost ne istakne pravodobno tužbom sudu (čl. 7. KSchG-a).2091 Tužbeni zahtjev mora sadržavati sljedeće elemente: socijalnu neopravdanost otkaza, druge razloge zbog kojih je otkaz nevaljan te da radni odnos otkazom nije prestao.2092 Radnik ima interes za utvrđenje (Festellungsinteresse): podizanje tužbe je nužnost, jer će u protivnom nastupiti „ozdravljenje“ socijalno neopravdanog otkaza. Taj interes radnik ima i ako je u međuvremenu zasnovao novi radni odnos i zbog toga se ne želi vratiti starom poslodavcu. Njegov je interes dobiti plaću za razdoblje od trenutka socijalno neopravdanog otkaza do dana zasnivanja novog radnog odnosa, a temelj za to jest upravo utvrđenje da otkazom radni odnos nije prestao.2093 Kao što je vidljivo, zahtjev radnika da ga poslodavac vrati na rad nije obvezni element tužbenog zahtjeva, nego je imanentan zahtjevu da se utvrdi da radni odnos nije prestao. Mjera vraćanja na rad ostvaruje se kroz obvezu poslodavca da radnika primi u pogon, dâ mu njegovo radno mjesto, odnosno omogućiti mu obavljanje rad pod uvjetima iz dotadašnjeg ugovornog odnosa.2094 U slučaju ako poslodavac to ne učini, smatra se da je odbio primitak dugovane činidbe.2095

U *Hrvatskoj* se u velikom broju slučajeva vraćanje radnika na rad provodi prisilno, u ovršnom postupku. Poslodavac bi radnika trebao vratiti na poslove koje je ranije obavljao jer se zbog ništetnosti otkaza smatra da radni odnos nije niti prestao.2096 Kako u nekim slučajevima neće biti moguće vraćanje radnika na posao koji je prije otkaza obavljao te kako bi se izbjegli prigovori nemogućnosti ovrhe, Ž. Potočnjak predlaže da se u tužbenom zahtjevu

---

2090 Isto vrijedi i za *austrijsko pravo*. Više Floretta/Spielbüchler/Grillberger, op. cit., str. 417 i d.
2091 Linck, u: *v. Hoyningen-Huene/Linck*, op. cit., str. 437 (Rn. 24) i 496 (Rn. 1, 2).
2092 Odgovara elementima tužbenog zahtjeva prema našem pravu.
2095 Annahmeverzug, čl. 615. BGB-a; usp. čl. 184. ZOO-a.
alternativno traži vraćanje na *[druge odgovarajuće poslove]*. Zbog toga bi tužbeni zahtjev trebao biti jasno određen, a ne samo odrediv (npr. zahtjev da se „priznaju prava iz radnog odnosa”), jer se neodređenost zahtjeva ne može sanirati u ovršnom postupku.

Ovršni postupak radi vraćanja radnika na posao mora biti hitan, učinkovit i ekonomičan, kako bi se radniku što prije omogućilo pravo na rad i plaću, te time saniralo pravo. Postupak se provodi na prijedlog ovrhovoditelja (radnika). Prijedlog se mora staviti u prekluživnom roku od 30 dana od dana isteka paricijskog roka od 8 dana za dobrovoljno ispunjenje tražbine (od uručenja presude tuženiku – poslodavcu). Propuštanjem roka radnik gubi pravo tražiti vraćanje na posao. Prisilno ostvarenje vraćanja radnika na posao provodi se izricanjem novčanih kazni (čl. 239., čl. 16. OZ-a). U rješenju o ovrši ostavlja se ovršeniku (poslodavcu) naknadni rok za ispunjenje obveze, uz istovremenu prijetnju novčanom kaznom u slučaju neispunjenja obveze. Ako ovršenik ne ispuni obvezu vraćanja radnika na rad, sud na prijedlog ovrhovoditelja izriče kaznu, a istim rješenjem određuje novi rok, zapriječen novom novčanom kaznom, ali u većem iznosu od ranijeg.

Primjena mjere vraćanja radnika na rad ovisi i o ponašanju radnika. On mora pokazati volju i aktivno nastaviti s radom, te se odazvati pozivu poslodavca da se vrati na rad, čak i ako je protekao paricijski rok u kojem je ovrhopoditelj propustio izvršiti svoju obvezu. To proizlazi iz stajališta Vrhovnog suda da izvršavanje činidbe ovršenika (vraćanje radnika na posao) uključuje i aktivnost samog ovrhovoditelja (radnika).

Mjera vraćanja na rad može za radnika postati samo *alternativa* u slučajevima kada se radnik nakon otkaza, u razdoblju dok je trajao sudski postupak o zakonitosti otkaza, zaposlio kod drugog poslodavca ili u slučaju kada je ostvario pravo na starosnu mirovinu. U ovakvim okolnostima radnik ne gubi pravo vraćanja na rad na ranije radno mjesto na temelju ovršne

---

2097 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 462.
2099 Hrvatin, B., op. cit., str. 190.
2100 Sud će omogućiti ovršeniku očitovanje o tome je li vratio ovrhovoditelja na rad, a po potrebi može održati ročište radi izvođenja dokaza. Ako ovršenik postupi po nalogu suda, čak i nakon proteka roka, neće mu se izreći novčana kazna, jer ona nije sankcija za nepravodobno ispunjenje obveze, nego sredstvo njenog pridruženog ostvarenja. Brizić Bahun, V., op. cit., str. 118.
2101 Kazne se mogu ponavljati sve dok ovršenik ne ispuni obvezu, ali najduže dok ukupan zbroj izrečenih kazni ne dostigne deseterostruki iznos prve izrečene kazne.
isprave, već ima mogućnost izbora na kojem će radnom mjestu nastaviti raditi. Prema **njemačkom** pravu radnik koji je u međuvremenu zasnovao novi radni odnos može odbiti nastavak starog radnog odnosa kod prijašnjeg poslodavca u roku od tjedan dana nakon pravomoćnosti presude o nezakonitosti otkaza (čl. 12. KSchG-a).

Prema **britanskom** zakonu ERA (1996) radnik može, u slučaju ako je sud utvrdio nezakonitost otkaza, zahtijevati ponovno zapošljavanje (**re-employment**). Sud ima mogućnost naložiti vraćanje radnika na posao (**reinstatement**) ili ponovno zapošljavanje radnika (**re-engagement**). U protivnom, utvrđuje pravo radnika na naknadu štete. Nalogom da radnika vрати на posao (radno mjesto) (**reinstatement**) od poslodavca se zahtijeva da se „u svakom smislu ponaša prema tužitelju kao da nije nikada dobio otkaz“. Uz to, nalogom se određuje novčani iznos koji je poslodavac obvezan platiti radniku za razdoblje u kojem je radnik trebao biti, a nije bio zaposlen, koji uključuje iznose neisplaćenih plaća, druga novčana prava i privilegije, doprinose za mirovinsko osiguranje. Radnik se tako vraća na radno mjesto na kojem je radio prije otkaza, vraćaju mu se sva prava koja je uživao i naknađuju svi gubici koje je u međuvremenu imao. Za razliku od toga, ponovno zapošljavanje (angažiranje) radnika (**re-engagement**) znači zapošljavanje radnika u radnom odnosu „sličnom (usporedivom) onome u kojemu je dobio otkaz ili drugom odgovarajućem radnom odnosu“. U nalogu za ponovno zapošljavanje radnika mora se odrediti identitet poslodavca, narav radnog odnosa, plaća, novčani iznos na ime potraživanja izgubljenih u razdoblju nakon otkaza, prava i potpore koja se trebaju vratiti radniku.

Odluka suda o izboru jednog od ova dva oblika ponovnog zapošljavanja radnika ovisi o njegovoj slobodnoj procjeni. Kod određivanja vraćanja na rad sud može uzeti u obzir ne samo želju radnika da bude vraćen, nego i je li poslodavcu praktično odgovoriti takvom nalogu, a u slučaju kada je radnik doprinio otkazu i o tome je li takvo vraćanje opravdano (**just**). Ako sud nađe da vraćanje radnika na posao ne bi bilo prikladno, razmatra mogućnost ponovnog zapošljavanja radnika, uzimajući u obzir iste čimbenike.

---

2103 Brizić Bahun, V., op. cit., str. 119-120.
2104 Više Schaub, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1556-1558.
2105 U literaturi se vraćanje radnika na posao i ponovno zapošljavanje označavaju terminom 'ponovno zapošlenje' (**re-employment**). Deakin/Morris, Labour Law (2009), op. cit., str. 469.
2106 ERA (1996), čl. 114(1), (2).
2108 ERA (1996), čl. 115(1).
2109 ERA (1996), čl. 115(2).
2110 ERA (1996), čl. 116(1).
2111 ERA (1996), čl. 116(2). U donošenju odluke Sud ne mora uzeti u obzir okolnost da je poslodavac u međuvremenu na istom radnom mjestu zaposlio drugog stalnog radnika, osim ako poslodavac dokaže da drugo
Mjera vraćanja radnika na rad u britanskom pravu ima ograničeno značenje, jer poslodavac nema obvezu ispuniti zahtjev. Ako poslodavac djelomično udovolji zahtjevu i radnika vratiti na posao, ali uz izmijenjene uvjete rada, sud će radniku dosuditi odštetu, u visini izgubljene dobiti. Ukoliko poslodavac uopće ne vratiti radnika na rad, sud će radniku dosuditi naknadu štete (osnovni i dodatni iznos) zbog propusta poslodavca da izvrši nalog.

Razmatrajući narav zakonskih odredbi o ponovnom zapošljavanju radnika britanski radnopravni teoretičari ističu kako njihova svrha nije spriječiti otkazivanje, jer se primjenjuju kada je otkaz već izrečen i kada je, kao rezultat toga, „razbijen“ ne samo radni odnos, već i ugovorna veza (contractual nexus). To je, smatraju oni, razlog zbog kojeg je ponovno zapošljavanje, iako primarno pravno sredstvo protiv nezakonitog otkaza, nešto rijetko. Formalno ili psihološki gledano radnika je puno teže vratiti na posao koji je izgubio nego mu omogućiti da ga sačuva. S druge strane, poslodavac ne mora ispuniti zahtjev u cijelosti, ili ga uopće ne mora ispuniti.


Vraćanje radnika na posao jedna je od posljedica nezakonitog prestanka ugovora o radu, ali i mjera kojom se žele otkloniti učinci nezakonitog otkaza i uspostaviti stanje koje je postojalo prije otkaza. Njezin značenje ovisi o instrumentima kojima je osigurano njezino provođenje odnosno o sankcijama za poslodavca koji, usprkos odluci suda, radniku ne omogući povratak na posao. Hrvatsko je pravo, u usporedbi s analiziranim zakonodavstvima, u ovome segmentu rigidno, jer se vraćanje radnika na posao mora provesti prisilno, u ovršnom postupku. U drugim zakonodavstvima, poput britanskog i francuskog, poslodavac koji ne želi da se radnik kojemu je otkazao ugovor o radu vrati među njegovo osoblje, može se osloboditi ove obveze plaćanjem naknade štete radniku.

\footnote{Ibid., str. 471-472.}
21.4. Naknada plaće

Pravo na naknadu plaće jedna je od općeprihvaćenih pravnih posljedica nezakonitog prestanka ugovora o radu, koja prati mjeru vraćanja radnika na rad. Usporednopravna analiza pokazuje da su pravni temelji iz kojih se ovo pravo izvodi različiti te da postoje razlike u određenju sadržaja i opsega naknade plaće, kao i u ruračunavanja onoga što je radnik zaradio u razdoblju nakon prestanka radnog odnosa do pravomoćne odluke o nezakonitom prestanku. Jedno od spornih pitanja jest i zastara potraživanja dospjelih iznosa.

21.4.1. Pravni temelji prava na naknadu plaće

U njemačkom pravu radnik u slučaju nezakonitog otkaza ima pravo na naknadu plaće i daljnju isplatu plaće (Lohnnachzahlung und –fortzahlung), prema odredbama čl. 615. st. 1. BGB-a (odbijanje primitka dugovane činidbe) i čl. 11. KSchG-a (uračunavanje zarade koju je radnik ostvario u međuvremenu). Prema čl. 615. st. 1. BGB-a, ako strana koja je ovlaštena zahtijevati izvršenje rada odbije primiti dugovani rad, strana obvezna izvršiti rad, čije je izvršenje odbijeno, može tražiti ugovorenu naknadu bez obveze da izvrši protučinidbu. Odbijanje primitka činidbe prestaje u trenutku kada poslodavac radniku koji je sposoban i voljan raditi bezuspješno ponudi obavljanje rada.

U hrvatskom i slovenskom pravu temelj zahtjeva nalazimo u odredbama zakona o radu o pravu radnika na plaću. U novom ZR-u pravo na naknadu plaće u slučaju nezakonitog otkaza ne spominje se izričito, već se može izvesti iz odredbi članka 87., prema kojima radnik ima pravo na naknadu plaće za razdoblja u kojima ne radi zbog opravdanih razloga određenih zakonom, drugim propisom ili kolektivnim ugovorom. To pravo ima za vrijeme prekida rada do kojega je došlo krivnjom poslodavca ili poradi drugih okolnosti za koje radnik nije odgovoran. Visina naknade plaće određuje se u visini prosječne plaće isplaćene radniku u prethodna tri mjeseca, ako ZR-om ili drugim zakonom, drugim propisom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili ugovorom o radu nije drukčije određeno (čl. 87. st. 1., 3., 5. ZR-a). U starom ZR-u pravo na naknadu plaće u slučaju nezakonitog otkaza bilo je izričito navedeno, iako u glavi XIV. o naknadi štete. Brisana odredba propisivala je da se naknada plaće koju radnik ostvari zbog nezakonitog otkaza ne smatra naknadom štete.\[2115\]

\[2114\] Prema stajalištu BAG-a radnik u čiju je korist sud presudio ima osnove očekivati da će poslodavac od njega zatražiti obavljanje rada. Ako je radnik u međuvremenu zatražio novi radni odnos, mora mu se ostaviti dovoljno vremena za raskid novozasnovanog radnog odnosa.\[2115\] Navedena odredba mogla se tumačiti tako da radnik pored naknade plaće ima pravo i na naknadu štete koju je zbog nezakonitog otkaza pretrpio. Radnik bi, uz naknadu plaće, po osnovi naknade štete, u skladu s propisima općeg obveznog prava, imao pravo na razliku od naknade plaće do plaće što bi je ostvario da je radio, kao i na druga izmakla novčana primanja (npr. regres za godišnji odmor), uz uvjet da je poduzeo sve razumne...
Niti slovensko pravo ne spominje izričito pravo radnika na naknadu plaće u slučaju nezakonitog otkaza. Obveza isplate plaće proizlazi iz odredbe čl. 42. ZDR-a o obvezi poslodavca da radniku isplati odgovarajuću plaću (ustrezno plačilo) za obavljeni rad, u skladu s čl. 126.-130., 133.-135. i 137. ZDR-a.

21.4.2. Opseg naknade plaće

Prema prihvćenom načelu gubitka plaće (Lohnausfallprinzip) njemačkoga prava poslodavac mora platiti radniku sve ono što bi radnik zaradio da mu je poslodavac omogućio da radi. Zahtjevi za isplatu dospjeli su kao da je rad izvršen. Odredbom čl. 11. KSchG-a uređeno je uračunavanje drugih prihoda (Anrechnung auf entgangenen Zwischenverdienst), koje je radnik ostvario nakon što je dobio otkaz, u zahtjev za naknadu plaće. Te prihode čine primanja koje je ostvario drugim radom, ono što bi bio zaradio da nije zlonamjerno propustio prihvatiti posao koji je za njega bio odgovarajući te ono što mu je u međuvremenu isplaćeno na ime javnopravnih prestacija za nezaposlenost iz sredstava socijalnog osiguranja, osiguranja za slučaj nezaposlenosti, osiguranja životnih troškova (II. knjiga Socijalnog zakonika) ili socijalne skrbi. 2116 Teret dokazivanja da je radnik ostvario druge prihode snosi poslodavac, a radnik je obvezan dati podatke o njihovoj visini.

Kada je riječ o određivanju opsega naknade plaće zbog nezakonitog otkaza u hrvatskom pravu, valja istaknuti da su i nakon donošenja novog zakona ostale već poznate dvojbe. Zakon ovo pitanje uopće ne uređuje, a u odnosu na raniji zakon brisana je odredba da se naknada plaće koju radnik ostvari zbog nezakonitog otkaza ne smatra naknadom štete. Ovo pravilo, koje je, smješteno u glavi XIV. o naknadi štete, jedino upućivalo na naknadu plaće kao posljedicu nezakonitog otkaza, otvorilo je dvojbu pripada li radniku pravo na plaću bez obzira na visinu stvarne štete koju je pretrpio. 2117 Sudska je praksa dala pojašnjenje prihvaćajući načelo uračunavanja onog što je radnik u međuvremenu zaradio. Prema tom stajalištu radnik ima pravo na naknadu plaće samo u visini izmakle dobiti zbog nezakonitog otkaza. To znači da radnik koji se nakon otkaza zaposlio kod drugog poslodavca, ima pravo samo na naknadu plaće u visini razlike između one plaće koju bi ostvario kod poslodavca koji mu je otkazao ugovor o radu i plaće koju ostvaruje u novom radnom odnosu, odnosno, ako je njegova plaća kod novog poslodavca viša od one koju je ostvarivao ranije, uopće ne bi imao


2117 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 463.
pravo na naknadu plaće s osnove nezakonitog otkaza.\textsuperscript{2118} U literaturi se može naći na stajalište da bi radniku trebalo priznati pravo na puni iznos naknade plaće, neovisno o činjenici što je u međuvremenu radio kod drugog poslodavca.\textsuperscript{2119}

Mislimo da prethodno stajalište indirektno ukazuje na problem kojem bi trebalo posvetiti pažnju, da valja uzeti u obzir sve štetne posljedice koje je radnik pretrpio zbog nezakonitog otkaza. Smatramo da bi potraživanje naknade plaće radnika koji je nezakonito otpušten trebalo obuhvaćati, osim osnovne plaće, i sve dodatke na plaću koje bi radnik bio ostvario da je radio: božićnicu, uskrsnicu, 13. plaću, regres za godišnji odmor, jubilarnu nagradu i dr. Naime, riječ je o iznosima na koje bi radnik stvarno imao pravo da nije dobio otkaz.\textsuperscript{2120} Predlažemo da se u ZR \textit{de lege ferenda} unesu odredbe kojima bi se: izričito utvrdilo pravo radnika na naknadu plaće kao jednu od posljedica nezakonitog otkaza, odredili kriteriji za utvrđivanje visine naknade plaće (osnovna plaća, dodaci na plaću i sl.) te propisala obveza uračunavanja u zahtijevanu naknadu onoga što je radnik u međuvremenu zaradio (plaće ostvarene u novom radnom odnosu ili i drugih primanja, primjerice po uzoru na njemačko pravo). Na ovaj bi način bili postavljeni okviri prava prava radnika na naknadu plaće, ali i obveze poslodavca, u cilju postizanja veće pravne sigurnosti.

Ovdje treba podsjetiti da radnik ima pravo u ovršnom postupku tražiti ostvarenje prava na naknadu plaće koja je dospjela od pravomoćnosti odluke o otkazu do trenutka vraćanja na posao.\textsuperscript{2121}

\textbf{21.4.3. Zastara potraživanja naknade plaće}

Jedno od spornih pitanja koja se javljaju kod naknade plaće zbog nezakonitog otkaza jest pitanje \textit{zastare} potraživanja naknade plaće. U domaćoj doktrini i praksi zastupljena su dva stajališta. Prema jednom, prihvaćenom u praksi, zastara počinje teći od pravomoćnosti odluke o nezakonitosti otkaza. Radnik, naime, nije mogao tražiti isplatu plaće prije no što je ishodio ukidanje nezakonitih odluka na temelju kojih mu je radni odnos prestao.\textsuperscript{2120}

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{2118} Situaciju dodatno komplicira i obveza radnika iz ZPP-a da, kada utužuje novčane tražbine po osnovi rudnog odnosa koje se utvrđuju u bruto iznosu, utužuje u bruto iznosu. To znači da radnik koji se nakon otkaza zaposlio kod novog poslodavca i tamo ostvairo plaću, mora zatražiti mišljenje vještaka kako bi njegov tužbeni zahtjev bio postavljen u skladu s pretpostavkama iz ZPP-a. Milković, Darko, Tužbeni zahtjevi u radnim sporovima 2. dio, \textit{Informator}, br. 5514 (10.1.2007.), str. 8.
\item \textsuperscript{2119} Hadžiomerović, Dino, Naknada plaće zbog nezakonitog otkaza, \textit{RP}, br. 9, 2005., str. 8-10.
\item \textsuperscript{2120} Uspr. Knežević, N., Naknada štete zbog nezakonitog otkaza ugovora o radu, op. cit., str. 88.
\item \textsuperscript{2121} Pravo na naknadu plaće koja je dospjela od pravomoćnosti odluke pa dok ponovno ne bude vraćen na posao, radnik može ostvariti u ovršnom postupku. Ako je radnik podnio prijedlog da ga poslodavac vratiti na posao, može sudu predložiti donošenje rješenja kojim će odrediti da mu je ovršenik dužan isplatiti na ime plaće mjesečne iznose dospjela od pravomoćnosti odluke pa dok ponovno ne bude vraćen na posao te odrediti ovrhu radi naplate dosudenih iznosa (čl. 240. \textit{OZ}-a). Hrvatin, B., op. cit., str. 202-204; Brizić Bahun, V., op. cit., str. 121.
\end{itemize}
Prema mišljenju Vrhovnog suda, ovdje je riječ o konstitutivnom dispozitivu pa zastara teče tek od dana pravomoćnosti odluke o nezakonitosti izrečenog otkaza. Prema drugom mišljenju, zastara potraživanja naknade plaće teče od dospijeva svakog mjesečnog iznosa dugovane naknade plaće, pa se nakon utvrđenja ništetnosti otkaza naknada plaće može potraživati samo za razdoblje koje nije obuhvaćeno zastarom. Za to se daje niz argumenta: zahtjev za utvrđenje ništetnosti otkaza, zahtjev za vraćanje na rad i zahtjev za isplatu dugovane naknade plaće, iako međusobno povezani, odvojeni su zahtjevi; radnik u sporu potražuje samo naknadu plaće; analogijom iz čl. 102. st. 3. ZR-a može se zaključiti da i zahtjev za isplatu naknade plaće dospijeva 15-og u mjesecu, a prema sudskoj praksi zakonske kamate teku od dospijeva svakog mjesečnog iznosa; odluka o nezakonitosti otkaza deklaratorne je naravi; rok zastare može teći samo za ubuduće. Ovo je stajalište u skladu s rješenjem iz njemačkog prava prema kojem podizanje tužbe za utvrđenje nezakonitosti otkaza ne prekida zastaru potraživanja naknade plaće.

21.4.4. Privremena mjera plaćanja naknade

Za položaj radnika važna je mogućnost da se poslodavcu naloži mjera plaćanja naknade za vrijeme spora ako je to nužno za njegovo uzdržavanje i uzdržavanje osoba koje je po zakonu dužan uzdržavati (čl. 316. OZ-a). U njemačkom pravu to je moguće ako tužba ima dovoljno izgleda za uspjeh, ako se radnik nalazi u ozbiljnom stanju nužde te ako nije sam skrivio te ako nije tražio naknadu za slučaj nezaposlenosti (čl. 940. ZPO-a). Osnova za donošenje odluke o privremenoj mjeri u pravilu postoji ako su ispunjene pretpostavke za vraćanje radnika na rad.

21.5. Naknada štete

Financijske posljedice nezakonitog otkaza mogu za radnika biti puno veće od gubitka plaće koju nije primao od trenutka nevaljanog otkaza do trenutka povratka na posao. Gubitak plaće ima karakter izmakle dobiti. Preostala šteta koju radnik trpi zbog nezakonitog otkaza može imati različite oblike. U ovom poglavlju analiziraju se naknada štete u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu, u drugim slučajevima prestanka radnog odnosa te

---

2124 Schaub, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1554.
2125 Loc. cit.
naknada povećanih troškova (iz njemačkog prava). Naknada štete u slučaju sudskog raskida ugovora o radu obrađuje se u poglavlju o sudskom raskidu ugovora o radu.

21.5.1. Naknada štete u slučaju izvanrednog otkaza

Pravo na naknadu štete u slučaju izvanrednog otkaza ugovora o radu mogu imati obje strane, aktivni subjekt otkaza (strana koja je otkazala) i pasivni subjekt (strana kojoj je izvanredno otkazano). Strana kojoj je otkazano ostvaruje pravo na naknadu štete ako se u sudskom postupku utvrdi ništetnost izvanrednog otkaza (zbog neopravdanih otkaznih razloga, ili nepoštivanja postupka otkazivanja). Radnik koji je dobio izvanredni otkaz ima pravo vratiti se na rad, pravo na naknadu plaće za razdoblje u kojem nije radio te pravo na naknadu daljnje štete uzrokovane nezakonitim otkazom. Daljnja šteta može biti nematerijalna šteta zbog povrede prava osobnosti. 2126

Prema čl. 108. ZR-a u slučaju izvanrednog otkaza strana koja je izvanredno otkazala ugovor o radu može od strane koja je kriva za otkaz tražiti naknadu štete zbog neizvršenja obveza iz ugovora o radu. Ova odredba pravna je osnova za potraživanje naknade štete aktivnog subjekta. Bitno je da je strana kojoj je ugovor izvanredno otkazan za takav otkaz kriva, odnosno odgovorna. Riječ je o naknadi štete zbog neizvršavanja ugovornih obveza. 2127

U njemačkom pravu temelj odgovornosti za naknadu štete zbog izvanrednog otkaza ugovora o radu predstavlja odredba čl. 628. st. 1. BGB-a, prema kojoj je odgovorna ona ugovorna strana koja je ponašanjem suprotnim ugovoru stvorila temelj za prestanak ugovora.

Zahtjevi poslodavca prema radniku u praksi su vrlo rijetki. S druge strane, Ustavni sud zauzeo je stajalište o određivanju visine naknade štete zbog izvanrednog otkaza koji je radnik dao poslodavcu zbog osobito teškog kršenja obveza poslodavca iz radnog odnosa. Prema mišljenju Suda naknada štete može se odrediti u visini otpremnine koja bi radniku pripadala da je poslodavac njemu dao redoviti poslovno uvjetovani otkaz. Kako s pravom zaključuje Ž. Potočnjak, ovakvo stajalište sprječava poslodavce da izbjegavaju isplatu otpremnine prisiljavajući radnike da oni dadu otkaz, tzv. konstruktivni otkaz. 2128

U slovenskom pravu radnik koji je zbog zakonom propisanih razloga izvanredno otkazao poslodavcu, ima pravo na naknadu štete najmanje u visini izgubljene plaće za vrijeme trajanja otkaznog roka. Uz to ima pravo na otpremninu u visini određenoj za slučaj poslovno uvjetovanog redovitog otkaza ugovora o radu (čl. 112. st. 2. ZDR-a).

2126 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 425.
2127 Loc. cit.
21.5.2. Naknada štete u drugim slučajevima prestanka ugovora o radu

Primjena odredbe čl. 628. st. 2. BGB-a o odgovornosti za naknadu štete kod izvanrednog otkaza ugovora o radu sudskom je praksom proširena i na druge oblike prestanka ugovora o radu, ali uz pretpostavku da je druga ugovorna strana skrivljenim ponašanjem, protivnim ugovoru, dala povod za prestanak ugovora (Auflösungsverschuldens). Odredba se zbog toga primjenjuje i na redovitu otkaz, kao i sporazum o prestanku ugovora o radu. Kako bi ostvarila ovo pravo, stranka ugovora o radu mora prilikom zaključenja sporazuma o prestanku radnog odnosa ili redovitog otkaza pridržati pravo zahtjev za naknadu štete zbog skrivljenog prestanka ugovora.2129

21.5.3. Naknada povećanih troškova


Bez ulaženja u raspravu o pravnom temelju zahtjeva radnika za naknadu povećanih troškova,2130 mislimo da je opravdano priznati radniku naknadu stvarnih troškova koje je imao u vezi s prijavom na natječaj(e) za slobodno radno mjesto, u što bi ulazili i troškovi putovanja radi prijave na natječaj, pribavljanje potrebne dokumentacije, ili prisustvovanje intervjuima kandidata.

21.6. Sudski raskid ugovora o radu

U nekim slučajevima, u kojima je sud utvrdio da je otkaz bio nezakonit, nastavak radnog odnosa može biti u toj mjeri suprotan interesima jedne ili druge ugovorne strane da se, usprkos nezakonitosti otkaza, raskid radnog odnosa čini nužnim. Za vrijeme sudskog postupka mogu se pojačati sukobi među strankama, pa nastavak radnog odnosa ne bi imao smisla. Sud je ovlašten, na zahtjev jedne od stranaka, raskinuti ugovor o radu, a radniku dosuđuje naknadu štete koju trpi zbog prestanka radnog odnosa.2131 Time se uskladuju

---

2129 BAG 10.5.1971 AP 6 zu § 628 BGB. Rolfs, u: Ascheid/Preis/Schmidt, op. cit., str. 1581 (Rn. 42); Linck, u: Schaub/Koch/Linck, op. cit., str. 1347.

2130 On se, po uzoru na njemačko pravo, može naći u odredbi čl. 185. st. 3. ZOO-a, o obvezi vjerovnika u zakašnjenju (ovdje poslodavac) da naknadi dužniku (radniku) štetu nastalu zbog zakašnjenja za koje odgovara, a i troškove oko daljnog čuvanja stvari.

2131 Čl. 117. ZR-a; čl. 9. i 13. st. 1., 2. KSchG-a; čl. 118. ZDR-a.
suprotstavljeni interesi radnika i poslodavca, koji postoje kod raskida poremećenog radnog odnosa.2132

Sudskim raskidom radnog odnosa (njem. *Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch Urteil des Gerichts*; slov. prenehanje pogodbe o zaposlitvi na podlagi sodbe sodišča) narušava se zaštita sigurnosti radnog odnosa, kao temeljno načelo zaštite od otkaza.2133 Ipak, ovaj institut primjenjuje se samo kada su ispunjene vrlo strogne pretpostavke i te predstavlja iznimku, a ne pravilo.2134

Kod sudskog raskida do prestanka radnog odnosa dolazi tek na temelju odluke suda. Ona je konstitutivne naravi (*Gestaltungsurteil*). U njemačkom pravu prihvaćeno je njezino *retroaktivno djelovanje*, pa sud mora kao trenutak prestanka radnog odnosa odrediti onaj trenutak u kojem je radni odnos bio raskinut da je otkaz bio socijalno opravdan, odnosno zakonit (čl. 9. st. 2. KSchG-a). O ustavnosti uređenja sudskog raskida radnog odnosa, posebice s obzirom na retroaktivno djelovanje odluke suda o raskidu, raspravljao je i pozitivno je ocijenio njemački Ustavni sud.2135

U hrvatskom pravu odluka o sudskom raskidu ne mora djelovati retroaktivno, jer sudac nije ograničen u izboru datuma prestanka radnog odnosa. To pitanje razmatramo u poglavlju *Odluka suda*, u nastavku rada.

Budući da je razlog prestanka radnog odnosa socijalno neopravdan, nezakonit otkaz koji je izrekao poslodavac, primjereno je osuditi poslodavca na plaćanje otpremnine ili naknade štete. Radniku se tako naknade štete zbog gubitka radnog mjesta. Poslodavcu se ne daje mogućnost izbora, već je obvezan isplatiti naknadu štete (otpremninu) ako su ispunjene pretpostavke za raskid radnog odnosa.2136

Pretpostavke valjanosti sudskog raskida su sljedeće: postojanje nazakonitog, odnosno socijalno neopravdanog otkaza; zahtjev za sudski raskid jedne od ugovornih strana, ili obiju ugovornih strana; postojanje radnog odnosa; odluka suda, koje razmatramo u nastavku.

---

2134 Njemački KSchG, kao opći zakon o zaštiti od otkaza, neki kritičari nazivaju zakonom o otpremnini, naglašavajući time otpremninu kao „meru“ suprotstavljenu zaštiti sigurnosti radnog odnosa. No, s obzirom na manji broj slučajeva u kojima se umjesto nastavka radnog odnosa radniku isplaćuje otpremmina, opravdana je teza da je ipak riječ o zakonu kojim se štiti sigurnost radnog odnosa. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 501 (Rn. 6); Biebl, u: Ascheid/Preis/Schmidt, op. cit., str. 714 (Rn. 1).
2136 Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 502 (Rn. 7);
216.1. Postojanje nezakonitog (socijalno neopravdanog) otkaza

Radni odnos ne može biti raskinut sudskom odlukom prije nego se utvrdi da je otkaz bio nezakonit, odnosno socijalno neopravdan. To znači da odluka o zakonitosti otkaza prethodi odluci o sudskom raskidu.\(^{2137}\) Važno je naglasiti da u njemačkom pravu radnik i poslodavac mogu zahtijevati sudski raskid samo ako je otkaz socijalno neopravdan, a ne ako je otkaz nevaljan zbog drugih razloga (npr., zbog nesavjetovanja s radničkim vijećem).\(^{2138}\) Time je korištenje ovog instituta dodatno ograničeno, u korist sigurnosti radnog odnosa.

Odluku o sudskom raskidu sud donosi tijekom postupka o zakonitosti otkaza koji je pokrenuo radnik. Prema njemačkom pravu ugovorne strane mogu postaviti zahtjev za sudski raskid radnog odnosa do zaključenja posljednje usmene rasprave pred žalbenim sudom. U našem pravu zahtjev se može podnijeti do okončanja glavne rasprave pred sudom prvog stupnja.\(^{2139}\) Ž. Potočnjak ocjenjuje da je rješenje njemačkog prava prikladnije.\(^{2140}\) Služimo se s ovim mišljenjem jer ne vidimo zapreku da se strani koja smatra neprihvatljivim sačuvati odnosno nastaviti radni odnos omogući traženje raskida i od drugostupanjskog suda dok još nije odlučio o zakonitosti otkaza.

Sudski raskid ugovora o radu radnik može zahtijevati tužbom, uz zahtjev za utvrđenje nezakonitosti otkaza, a poslodavac protutužbom, u odgovoru na tužbu radnika.\(^{2141}\) Nije dovoljan samo zahtjev za sudski raskid ugovora o radu, bez zahtjeva za utvrđenje nezakonitosti otkaza, jer je pretpostavka sudskog raskida utvrđenje nezakonitosti (socijalne neopravdanosti) otkaza.\(^{2142}\) Utvrđenje ništetnosti otkaza i protutužba koja sadrži zahtjev za sudski raskid ugovora o radu smatraju se u domaćoj sudskoj praksi procesnim pretpostavkama za odluku o sudskom raskidu i pravima ugovornih strana.\(^{2143}\)

\(^{2137}\) „Radnik može zahtijevati sudski raskid ugovora o radu i u svezi s time naknadu štete u slučaju kada sud utvrdi da otkaz ugovora o radu nije bio zakonit.“ VSRH, Revr 244/04-2, od 19.4.2007. IngPrSP, 2008., br. 1, str. 11.


\(^{2139}\) Čl. 117. st. 3. ZR-a; prema odluci VSRH, zahtjev za sudski raskid ugovora o radu ne može se istaknuti tek u žalbi. Revr-365/03-4, od 18.12.2003. (IngPrSP, 2004., sk. 5, str. 22), cit. prema Šumelj, Ante, Sudski raskid ugovora o radu, HPR, god. 6, br. 1, 2006., str. 81. U slovenskom pravu to je moguće učiniti do odluke prvostupanjskog suda.

\(^{2140}\) Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 475.

\(^{2141}\) Loc. cit.; Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 503 (Rn. 11).


\(^{2143}\) Šumelj, A., op. cit., str. 80.
21.6.2. Zahtjev za sudski raskid

Zahtjev za sudski raskid može podnijeti jedna ili obje ugovorne strane. U hrvatskom i njemačkom pravu ne postoji mogućnost da sud po službenoj dužnosti raskine radni odnos, ali to može učiniti prema slovenskom pravu (čl. 118. st. 2. ZDR-a).

Kao što je navedeno, zahtjev za sudski raskid postavlja se uz zahtjev za utvrđivanje nezakonitosti, odnosno socijalne neopravdanosti otkaza. Zahtjev za raskid radnog odnosa postupovna je radnja, na koju se primjenjuju opća pravila postupka. Zahtjev sadrži dva dijela: jedan, kojim se traži da sud odredi dan prestanka radnog odnosa i, drugi, akcesorni, koji se odnosi na osudu poslodavca da plati određenu naknadu štete, odnosno otpremninu u njemačkom pravu.\footnote{Prema stajalištu BAG-a iznos tražene otpremnine ne mora biti precizno određen, dovoljno je naznačiti da se zahtijeva isplata primjerene otpremnine (angemessene Abfindung). BAG 23.6.1993, AP Nr. 23 zu § 9 KSchG 1969.}

Njemačka pravna teorija zahtjev radnika za sudski raskid definira kao, tzv. nepravi uvjetovani, odnosno pomoćni zahtjev (unechte Eventual- bzw. Hilfsantrag). Radnik u prvom redu zahtijeva utvrđenje nevaljanosti otkaza, a zahtjev za raskid radnog odnosa postavljen je samo za slučaj ako je prvi zahtjev utemeljen.\footnote{Postoji uvjetovano kumuliranje tužbi, koje je dopušteno, jer odluku o nastupu uvjeta (utvrđenju socijalne neopravdanosti otkaza) donosi sud. Ako je zahtjev za utvrđenje socijalne neopravdanosti otkaza neutemeljen, ne odlučuje se o drugom zahtjev, o raskidu ugovora o radu, jer je radni odnos prestao otkazom. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 507 (Rn. 27).} Zahtjev poslodavca za sudski raskid po svojoj je pravnoj naravi pravi uvjetovani zahtjev (echte Eventualantrag). Poslodavac prije svega očekuje da sud odbije tužbu o nedopuštenosti otkaza, jer to znači da je radni odnos prestao spornim otkazom. Zahtjev za sudski raskid postavlja se (kao dodatni zahtjev) samo u slučaju ako je tužba opravdana, pa radni odnos postoji i dalje.\footnote{Ibid., str. 507-508 (Rn. 28); Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 476.}

Teret obrazloženja i dokazivanja zahtjeva za sudski raskid radnog odnosa snosi ona strana koja je zahtjev postavila. Nisu dovoljne paušalne izjave, primjerice da nema povjerenja među stranama ili da je daljnje zaposlenje nemoguće. Sud ocjenjuje samo one činjenice koje je podnositelj zahtjeva iznio ili ih pobijao.

U njemačkom pravu upozorava se na problem sudskog raskida ugovora o radu u slučaju prijenosa poduzeća, odnosno pitanje pasivne legitimacije, s obzirom na retroaktivno djelovanje raskida ugovora. Zahtjev za sudski raskid predstavlja samostalan zahtjev, pa pasivna legitimacija ne slijedi automatski iz tužbe za utvrđivanje nezakonitosti otkaza koju je podigao radnik. Za ocjenu tko je pasivno legitimiran, prijašnji ili novi poslodavac, važna su dva kriterija: trenutak prijenosa pogona i postupanje radnika u vezi s time. Ako do prijenosa
pogona dođe *nakon proteka otkaznog roka*, a radnik ne prigovori prijenosu, pasivno legitimiran bit će raniji poslodavac jer je radni odnos s njime postojao u trenutku u kojem se ugovor raskida. Ako do prijenosa pogona dođe *prije proteka otkaznog roka* i radnik ne prigovori prijenosu pogona, raniji poslodavac nije pasivno legitimiran budući da u trenutku raskida radni odnos ne postoji s ranijim, nego s novim poslodavcem. Radni odnos može se raskinuti samo u odnosu na novog poslodavca.\(^{2147}\)

216.2.1. Zahtjev radnika

Radnik ima pravo zahtijevati sudski raskid ugovora o radu ako je otkaz poslodavca bio nezakonit, a radniku „nije prihvatljivio nastaviti radni odnos“ (čl. 117. st. 1. ZR-a; čl. 118. st. 1. ZDR-a; čl. 9. st. 1. KSchG-a). Neprihvatljivost nastavka radnog odnosa koja je pretpostavka sudskog raskida ima drukčiji sadržaj od neprihvatljivosti nastavka radnog odnosa do proteka otkaznog roka kod izvanrednog otkaza ugovora o radu. Svrhe normi koje uređuju ta dva instituta različite su, pa su potrebna i različita mjerila ocjenjivanja sadržaja. Kod sudskog raskida ispituje se, naime, je li moguć nastavak radnog odnosa općenito, dakle i na neodređeno vrijeme.\(^{2148}\)

Razlozi zbog kojih se traži sudski raskid moraju biti u vezi s otkazom ili s postupkom zaštite od nedopuštenog otkaza.\(^{2149}\) Mogu proizlaziti iz modaliteta otkaza, iz nedopuštenih mjera poslodavca u vezi s otkazom ili drugih radnji poslodavca. Radnje trećih osoba relevantne su ako ih je poslodavac odobrio.\(^{2150}\) Radnica koja je dobila otkaz zbog čestih kraćih bolovanja, ne može se u zahtjevu za sudski raskid pozvati na seksualno zlostavljanje.\(^{2151}\) Također, radnik se, u pravilu, ne može pozvati na one razloge koje je sam uzrokovao nedopuštenim vršenjem prava i protivno načelu savjesnosti i poštenja.\(^{2152}\) Je li radniku prihvatljivo nastaviti radni odnos, ovisi o okolnostima pojedinačnog slučaja.

\(^{2147}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 511-512 (Rn. 43); Biebl, u: A/P/S, op. cit., str. 720-721 (Rn. 30-31).


\(^{2149}\) Biebl, u: Ascheid/Preis/Schmidt, op. cit., str. 721 (Rn. 34); Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 512 (Rn. 47).

\(^{2150}\) BAG 14.5.1987, AP Nr. 18 zu § 9 KSchG 1969.

\(^{2151}\) Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 512 (Rn. 47).

\(^{2152}\) Čl. 162., 242. BGB-a.
21.6.2.2. Zahtjev poslodavca

Poslodavac koji, nakon što je utvrđena nezakonitost (socijalna neopravdanost) otkaza, ne želi nastaviti radni odnos s radnikom kojemu je dao otkaz, može zahtijevati od suda raskid ugovora o radu, ali uz strože pretpostavke nego od onih koje vrijede za radnika. Kako ističe Ž. Potočnjak, to je opravdano dvjema činjenicama: ciljem zakona, a to je čuvanje postojanosti radnog odnosa, te činjenicom da je poslodavac izričanjem nedopuštenog otkaza već povrijedio zakon.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 477.}

Prema \textbf{ZR-u} sudski raskid na zahtjev poslodavca moguće je ako postoje okolnosti koje, uz uvažavanje svih okolnosti i interesa obiju ugovornih strana, opravdano ukazuju na to da nastavak radnog odnosa nije moguće.

U \textbf{njemačkom} pravu za nemogućnost nastavka radnog odnosa važni su razlozi „zbog kojih se ne može očekivati daljnja suradnja između poslodavca i radnika koja služi ciljevima poduzeća (\textit{den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit})“,\footnote{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 514 (Rn. 52.).} čime su, uz interese radnika i poslodavca, pri ocjenjivanju postali bitni i \textit{korporativistički elementi}, odnosno svrhovitost i korisnost zajedničkog rada za poduzeće.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 477.} Razlozi zbog kojih se ne može očekivati daljnja suradnja jesu samo one okolnosti koje se odnose na osobni odnos prema radniku, ocjenu njegove osobnosti, njegovog rada ili marljivosti u vezi s povjerenim zadacima te odnos prema drugim radnicima, a ne mora biti riječ o skrivljenom ponašanju radnika. Opravdani razlog za raskid ugovora o radu ne predstavlja neka okolnost koju je poslodavac sam nesavjesno uzrokovali ili ju je uzrokovala treća osoba za koju on odgovara.

Također, važan je i položaj koji radnik ima u poduzeću, jer će gubitak povjerenja u radnika koji zauzima neko ključno radno mjesto isključivati mogućnost daljnjeg zajedničkog rada korisnog za poduzeće. Za sudski raskid ugovora o radu, tzv., rukovodećih radnika (\textit{Angestellte in leitender Stellung}) postoji posebno pravilo u čl. 14. st. 2. al. 2. KSchG-a, prema kojem zahtjev za sudski raskid ugovora s takvim radnicima poslodavac ne mora obrazložiti. Ovakvom normom zakonodavac je priznao postojanje posebno snažnog odnosa povjerenja na kojem se temelji suradnja između poslodavca i rukovodećeg radnika. Nakon otkaza na poslodavcu je konačna odluka o mogućnosti daljnje suradnje, jer čak i ako je otkaz bio socijalno neopravdan, poslodavac može raskinuti ugovor o radu bez navođenja razloga.\footnote{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 588 (Rn. 34.).}
Poslodavac se u svom zahtjevu za sudski raskid može pozvati na neki od razloga za otkaz ugovora o radu, pri čemu nije odlučujuće je li ta okolnost opravdani razlog za otkaz ili nije (npr. neko kršenje radne obveze koje ne može biti opravdani razlog za otkaz, ali može biti razlog traženja sudskog raskida, jer je zbog toga došlo do teškog narušavanja odnosa povjerenje između radnika i poslodavca).\footnote{2157}

Ocjjenjivanje razloga mora biti sveobuhvatno; ocjenjuju se svi razlozi, sve okolnosti koje govore u prilog ili protiv prognoze o (ne)mogućnosti suradnje korisne za poduzeće.\footnote{2158}

Poslodavac mora detaljno obrazložiti i dokazati razloge zbog kojih traži sudski raskid.

21.6.2.3. Zahtjev obje ugovorne strane

Ako u slučaju kada je sud utvrdio da je otkaz bio socijalno neopravdan, obje strane ugovora o radu zatraže od suda da raskine taj ugovor, prema stajalištu u njemačkoj praksi i literaturi, takav zahtjev u kojem je sadržana zajednička volja ugovornih strana za sud je obvezujući. Sud ne mora utvrđivati postojanje razloga, odnosno zakonskih pretpostavki za sudski raskid. Sud utvrđuje visinu otpremnine ako se stranke o tome ne mogu sporazumjeti.

Nasuprot ovakvom stajalištu, u našoj judikaturi i doktrini postoji mišljenje da sud mora utvrđivati ispunjenost pretpostavki za sudski raskid, neovisno o suglasnoj volji ugovornih strana da ugovor o radu prestane.\footnote{2159}

21.6.3. Postojanje radnog odnosa

Jedna od materijalopravnih pretpostavki za sudski raskid ugovora o radu jest postojanje radnog odnosa u trenutku donošenja odluke suda kojom se ugovor raskida. Za vrijeme trajanja spor je dopuštenost otkaza poslodavac može radniku otkazati novim, izvanrednim otkazom, može nastupiti neki raskidni uvjet, radnik može umrijeti. U ovim situacijama više ne postoji radni odnos o kojem se spor vodi, pa ga nije ni moguće raskinuti sudskom odlukom.\footnote{2160}

21.6.4. Odluka suda

Odluka suda u postupku o zakonitosti (opravdanosti) otkaza i zahtjevu o sudskom raskidu može biti trojaka. Sud može odlučiti da je otkaz zakonit te odbiti tužbu. U tom slučaju

\footnote{2157}{Isto, cit. odluka Vrhovnog suda RH, Rev-2147/01, od 27.06.2002.}

\footnote{2158}{Za ocjenjivanje mogu biti važna ranija razdoblja odlučenja s posla zbog bolesti, posebice ako se mogu dovesti u vezu s kršenjem radnih obveza i kada postoji sumnja u medicinske svjedodžbe o bolesti za određeno razdoblje. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 512-514 (Rn. 56-57).}

\footnote{2159}{VSRH, Revr-508/07-2, od 3.10.2007. Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 477.}

\footnote{2160}{Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 510-511 (Rn. 40-42); Biebl, u: A/P/S, op. cit., str. 717 (Rn. 16-18).}
sud ne odlučuje o zahtjevu za raskid radnog odnosa, jer radni odnos nastavlja postojati. U izreci presude nije se, prema stajalištu u njemačkoj doktrini, potrebno posebno pozivati na zahtjev, jer je on samo usputno postavljen, za slučaj ako sud potvrdi da je otkaz socijalno neopravdan, a taj uvjet nije nastupio. Isto vrijedi i za zahtjev koji je postavio poslodavac. Ako je otkaz nezakonit (socijalno neopravdan), ali zahtjev za sudski raskid poslodavca ili radnika nije utemeljen, sud će neovisno o strani koja je postavila zahtjev utvrditi da radni odnos nije prestao otkazom, i istovremeno odbiti zahtjev za raskid radnog odnosa i plaćanje otpremnine. Oba zahtjeva moraju se istaknuti u izreci presude. Ako je otkaz nezakonit, a zahtjev za sudski raskid utemeljen, sud mora donijeti presudu o raskidu radnog odnosa. 

Prema stajalištu njemačke doktrine sud odlučuje o plaćanju otpremnine radniku čak i ako o tome nije postavljen poseban zahtjev, primjerice kada je sudski raskid zahtijevao poslodavac. To proizlazi iz odredbe čl. 9. st. 1. KSchG-a da sud na zahtjev radnika (poslodavca) mora raskinuti radni odnos i poslodavca osuditi na plaćanje primjerene otpremnine. Iako je stajalište hrvatske doktrine i judikature o zahtjevu za isplatu naknade štete suprotno njemačkome, jer sud o tome treba odlučivati samo ako je radnik postavio takav zahtjev, mislimo da je takvo stajalište sporno. Naime, odredba čl. 117. st. 1. ZR-a formulirana je na gotovo identičan način kao ona njemačkog zakona: „sud će na zahtjev radnika odrediti dan prestanka radnog odnosa i dosuditi mu naknadu štete ....“, pa smatramo da bi je trebalo tumačiti onako kako je to učinjeno u njemačkom pravu. Osim toga, tumačenje pozivanjem na načelo ne eat iudex ide na štetu radnika.


---

2161 U njemačkoj sudskoj praksi i literaturi prevladava stajalište da bi takva presuda morala sadržavati izrek o raskidu radnog odnosa i isplati otpremnine (naknade štete), a nije nužno da sadrži izrek da radni odnos nije prestao otkazom. Linck, u: v. Hoyningen-Huene/Linck, op. cit., str. 520 (Rn. 79).
2162 Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 479; Milković, D., Otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 269.
Za razliku od ovakvog strogo određenog vremenskog okvira u kojem se može kretati njemački sudac pri određivanju dana prestanka radnog odnosa, hrvatskom sucu dana je veća sloboda. Prema mišljenju doktrine, kao dan prestanka radnog odnosa može biti određen bilo koji dan u vremenu od trenutka izricanja otkaza do donošenja sudske odluke o raskidu ugovora o radu, ostajući pritom u granicama tužbenog zahtjeva.\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 478.} To može biti i dan kojim je dat nezakoniti otkaz, jer je to možda u interesu radnika (primjerice, ako se u međuvremenu zaposlio kod drugog poslodavca). Prema mišljenju Ž. Potočnjaka, kao dan prestanka radnog odnosa može biti određen neki datum u budućnosti, primjerice, dan kada radnik ostvaruje pravo na mirovinu.\footnote{Loc. cit.} D. Milković smatra da bi radnik u tužbenom zahtjevu mogao naznačiti svaki datum koji bi odgovorao okolnostima slučaja: ako se zaposlio, to može biti dan novog zaposlenja; dan podnošenja zahtjeva za sudski raskid ugovora o radu; dan zaključenja glavne rasprave, ili pravomoćnosti odluke.\footnote{Milković, D., Tužbeni zahtjevi u radnim sporovima (1. dio), op. cit., str. 25.}

Široka sloboda odlučivanja potvrđena je i stajalištem Gradanskog odjela VSRH prema kojem ne treba unaprijed odrediti dan s kojim će u slučaju sudskog raskida prestati radni odnos, već ga treba odrediti u svakom pojedinom slučaju vodeći brigu o okolnostima slučaja.\footnote{Cit. prema Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 478.} Praksa pokazuje da se pri odlučivanju sudovi rukovode zahtjevom stranaka; radnici najčešće naznačuju u zahtjevu datum odlaska u mirovinu, ili zasnivanja novog radnog odnosa kako bi mogli ostvariti pravo na naknadu plaće u što duljem trajanju.\footnote{Gović, I., Izvanredni otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 114.} I. Gović ističe kao sporno pitanje može li sud, kada sudski raskid traži poslodavac, kao datum prestanka ugovora o radu odrediti datum kada je ugovor prestao na temelju nedopuštene odluke o otkazu. Autorica zaključuje kako takvi zahtjevi nisu osnovani i treba ih odbijati, a kao datum prestanka uzeti datum kada je donesena odluka o usvajanju zahtjeva poslodavca.\footnote{Kao razloge navodi da je upravo tada donesena konstitutivna odluka o sudskom raskidu koja djeluje ex nunc, pa u odsutnosti sporazuma stranaka kao dan prestanka radnog odnosa može biti određen samo dan donošenja odluke. Osim toga, takvo bi određenje datumu prestanka ugovora o radu bilo nepovoljno za radnika. Loc. cit.}

Iako se slažemo sa stajalištem Ž. Potočnjaka da sud mora voditi brigu o nerazmjernim poteškoćama koje u vezi s određivanjem datuma prestanka radnog odnosa mogu nastati za poslodavca, jer institut sudskog raskida omogućuje uspostavljanje pravične ravnoteže između dvije ugovorne strane odlukom suda,\footnote{Potočnjak, Ž., Prestanak ugovora o radu, op. cit., str. 478.} važno je upozoriti i na položaj radnika.
Naime, u praksi smo naišli na slučaj (trenutno o predmetu rješava Vrhovni sud) radnice koja je za vrijeme trajanja sudskog postupka odlukom općinskog suda na temelju privremene mjere vr-aćena na rad. Otkaz je proglašen nezakonitim, a zahtjev poslodavca za sudskim raskidom odbijen, da bi odlukom županijskog suda kojom je potvrđena odluka općinskog suda o nezakonitosti otkaza, i usvojen zahtjev poslodavca za sudskim raskidom ugovora, radnici prestao radni odnos datumom donošenja odluke općinskog suda. Takvom odlukom radnica se našla u nezavidnoj situaciji. Radila je kod poslodavca (ostvarivala sva prava iz radnog odnosa, pa i pravo na godišnji odmor) kontinuirano, od trenutka kada je odlukom općinskog suda vr-aćena na rad pa do trenutka odluke žalbenog suda. Zbog odluke tog suda rad koji je obavljala u razdoblju od trenutka koji je odlukom suda određen kao trenutak prestanka radnog odnosa od trenutka kada je sud donio tu odluku može biti jedino  faktući rad. Zato smatramo da bi sud pri određivanju datuma prestanka radnog odnosa morao posebnu pozornost posvetiti posljedicama koje mogu nastati za radnika. Prihvaćanjem stajališta da je u ovakvim slučajevima radnici(ca) obavljao rad u okviru specifičnog radnog odnosa, neke vrste modificiranog izvornog radnog odnosa, kakvo pozna ne njemačko pravo, spriječile bi se odluke koje značajno narušavaju načelo zaštite sigurnosti radnog odnosa.  

2173

2174

2175

2173 Više supra, pogl. Pravo radnika na daljnje zapošljavanje (vr-aćanje i zadržavanje na radu) u slučaju otkaza.

2174 Milković, D., Otkaz ugovora o radu, op. cit., str. 269.

2175 Prema mišljenju u literaturi, utemeljeno na stajalištu Vrhovnog suda RH (Revr-399/03-2, od 18.2.2004.), treba uzeti u obzir ukupni radni staž radnika kod tog poslodavca, a ne neprekidni rad kod poslodavca. Šumelj, A., op. cit., str. 83.
voditi brigu. Prema stajalištu sudova naknađuje se samo nematerijalna šteta za duševne boli, koju je radnik pretrpio zbog nedopuštenog otkaza, a ne stvarna šteta koja mu je time nastala.

Za opseg financijskog obeštećenja radnika u slučaju otkaza važan je odnos prava na naknadu plaće, naknadu štete i otpremninu. Kod sudskog raskida naknađuje se samo nematerijalna šteta koja je radniku nastala takvim raskidom radnog odnosa, a netaknuto ostaje pravo na zahtjev za naknadu plaće. Kada je riječ o pravu na otpremninu, stajalište je Vrhovnog suda RH da radnik u slučaju sudskog raskida ne ostvaruje to pravo jer se ono vezuje isključivo uz otkaz kao način prestanka ugovora o radu.

U njemačkom pravu naknada štete u slučaju sudskog raskida predstavlja otpremninu, pa se na nju primjenjuje opće pravilo o otpremnini, iz čl. 10. KSchG-a. Utvrđen je maksimalni iznos otpremnine od najviše 12 mjesečnih plaća koji se primjenjuje na sve radnike, te posebni iznosi za starije radnike. Ako je radnik u trenutku kada je sud odlučio o raskidu radnog odnosa ispunio uvjete za starosnu mirovinu, ne ma pravo na naknadu štete (otpremninu).

U slovenskom pravu najviši iznos naknade štete (ustrezno denarno odškodnino) u slučaju sudskog raskida iznosi 18 mjesečnih plaća radnika isplaćenih u zadnja tri mjeseca prije otkaza ugovora o radu (čl. 118. ZDR-a). U nedostatku zakonskih kriterija za određivanje visine naknade, oni su oblikovani u judikaturi. To su, primjerice, trajanje radnog odnosa kod poslodavca, starost radnika, mogućnost novog zaposlenja, socijalno stanje radnika, visina otpremnine koju će radnik dobiti, ostvarivanje naknade za slučaj nezaposlenosti.


VSRH, Rev-1890/01, od 6.5.2003. (IngPrSP, 2004., sk. 5, str. 23), cit. prema Šumelj, Ante, op. cit., str. 84.

Radnici koji su navršili 50 godina i bili u radnom odnosu najmanje 15 godina imaju pravo na otpremninu u iznosu od 15 mjesečnih plaća, a radnici stariji od 55 godina koji su u radnom odnosu proveli najmanje 20 godina, 18 mjesečnih plaća.

award) i kompenzatorne naknade (compensatory award). Temeljna naknada uključuje naknadu za gubitak kontinuiteta zaposlenja nakon otkaza (radnog staža kod poslodavca), jer nakon pronalaska novog posla radnik ponovno počinje 'sakupljati' uvjete staža za ostvarivanje prava na zakonsku otpremninu. Računa se na isti način kao zakonska otpremnina, prema kriterijima starosti radnika, duljine radnog odnosa i redovitoj tjednoj plaći u vrijeme otkaza (čl. 119, EPA (1975)). Od temeljne naknade odbijaju se novčani iznosi koje je radnik primio na ime zakonske otpremnine u vezi s otkazom. Kompenzacijska naknada iznos je koji sud smatra opravdanim i pravičnim (just and equitable) s obzirom na gubitak koji je radnik pretrpio kao posljedicu otkaza, ako se taj gubitak može pripisati nekoj radnji poslodavca (ERA (1996), čl. 123(1)). Svrha je ove naknade da „nadoknadi, i to u potpunosti, ali da ne dade bonus“. Naknada nije direktno ovisna o odštetnim zahtjevima koje radnik može podnijeti prema običajnom pravu. Po obilježjima može se usporediti s naknadom štete kod nezakonitog izvanrednog otkaza ugovora o radu našeg prava, ali nije ograničena samo na nematerijalnu štetu.

Uređenje instituta naknade štete u slučaju sudskog raskida ugovora o radu u hrvatskom pravu povoljnije je za poslodavca nego što je to u slovenskom i britanskom pravu. Poslodavac nije opterećen obvezom da radniku, pored naknade štete zbog sudskog raskida, isplati i otpremninu. Osim toga, naknada je ograničena samo na nematerijalnu štetu. Smatramo da je kumulacija naknade štete i otpremnine u slučaju sudskog raskida pravična, jer je riječ o novčanim naknadama čija je svrha različita. Ipak, zbog zahtjeva ublažavanja rigidnosti otkaznog zakonodavstva ne predlažemo takvo rješenje. S druge strane, ne treba zanemariti da stroža regulativa, koja u ovom slučaju stvara veće financijsko opterećenje za poslodavca, može imati preventivno djelovanje na postupanje poslodavca prilikom otkazivanja.


Maksimalan iznos iznosio je 1.2.2009. 66,200 britanskih funti.

Po običajnom pravu svi primici koje je radnik ostvario odbijaju se od iznosa naknade štete na koju radnik ima pravo, npr. ako je umjesto otkaznog roka koristio pravo na naknadu plaće, a za to je vrijeme radio na nekom drugom poslu, ostvarena plaća odbija se od iznosa koji bi mu pripadao na ime naknade plaće.


22. ZAKLJUČAK

1. Polazište i svrha istraživanja. Prestanak ugovora o radu središnje je pitanje suvremenog radnog prava. Uređenje prestanka ugovora, posebice otkaza kao njegova najosjetljivijeg dijela, doživjelo je značajne promjene u posljednjih pola stoljeća. U okrilju Međunarodne organizacije rada stvoreni su temelji suvremenog sustava zaštite od prestanka ugovora o radu, standardi sadržani u Konvenciji br. 158 (1982.) te Preporukama br. 119 (1960.) i br. 166 (1982.) o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca. Mehanizam zaštite uspostavljen ovim međunarodnim dokumentima temelji se na pokušaju usklađivanja poduzetničkih interesa poslodavca, s jedne, i interesa radnika za sigurnim i stalnim radnim odnosom, s druge strane. Sigurnost radnog odnosa predstavlja jedan od široko prihvaćenih ciljeva i postulata suvremenih zakonodavstava o zaštiti od prestanka ugovora o radu, a može se, između ostalog, odrediti kao postojanje normativne intervencije, tj. pravnih pravila i propisa kojima se radnike želi zaštititi od arbitrarne odluke poslodavca o prestanku ugovora o radu. No to nije jedini cilj kojemu zakonodavstva teže. U uvjetima globalizirane ekonomije i neoliberalne ideologije, novih tehnologija, jačanja tercijarnog sektora, mobilnijeg i snažnijeg kapitala preispituje se sadržaj sigurnosti radnog odnosa. Sigurnost dobiva novo značenje kroz pojmove zaposljivosti, modele fleksibilnosti i fleksigurnosti. Rigidno uređenje prestanka ugovora o radu ističe se kao čimbenik koji negativno utječe na gospodarsku konkurentnost poslodavaca i zemlje u cjelini, te zaposljavački proces. Shvaćanje pojma posloprimac doživljava snažnu promjenu. Na tržištu rada pojavljuju se nove kategorije radnika, tzv. kvazisubordinirani radnici ili radnici slični posloprimcima, koji rade bez ugovora o radu i tako ostaju izvan sustava radnopravne i socijalnoprawne zaštite. Ipak, vidljiva je tendencija proširenja pojma 'posloprimac', odnosno primjene normi radnoga prava kroz sudsku praksu i na te skupine radnika, posebice u njemačkom i austrijskom zakonodavstvu. Pojmovi radnika i posloprimca definiraju se i na europskoj razini, odredbama direktiva EU i njihovim tumačenjem. U takvom kontekstu neizbježno se javlja pitanje jesu li strogi standardi iz Konvencije i preporuka MOR-a još uvijek odgovarajući ili bi prestanak ugovora, posebice otkazivanje ugovora trebalo fleksibilizirati. Za zakonodavstva zemalja članica EU značajno je da je otkaz ugovora o radu u slučaju kolektivnih viškova, statusnih promjena i insolventnosti poduzeća uređen na razini Unije većim brojem direktiva, kojima su postavljeni minimalni standardi zaštite koje države članice moraju implementirati.
S ovih premisa polazi istraživanje provedeno ovim radom. U *Uvodu* rada definirane su osnovne teze koje se u radu žele dokazati: 1. teza da hrvatsko zakonodavstvo o prestanku ugovora o radu nije rigidno, u usporedbi s odabranim zakonodavstvima (Njemačke, Austrije, Slovenije, Francuske i Ujedinjenog Kraljevstva); 2. teza da je hrvatsko zakonodavstvo o prestanku ugovora o radu potrebno dodatno uskladiti s pravnom stečevinom EU te 3. teza da postoje pretpostavke za ratifikaciju Konvencije MOR-a br. 158 (1982.). U radu se također, nastoji odgovoriti na pitanje u kojoj se mjeri hrvatsko i ostala analizirana zakonodavstva o prestanku ugovora o radu zasnivaju na istim ili sličnim načelima, te u kojoj su mjeri usmjerena istom cilju. Srhva je istraživanja dati prijedloge *de lege ferenda* u cilju poboljšanja postojećeg hrvatskog pozitivnog prava o prestanku ugovora o radu. U nastavku se iznose glavni zaključci do kojih se u istraživanju došlo.


3. **Prestanak ugovora o radu istekom vremena (na koje je sklopljen ugovor o radu na određeno vrijeme).** Ugovori o radu na određeno vrijeme, kao uobičajeni, nestandardni i atipični oblik rada, važan su element fleksibilnosti radnih odnosa. Ugovor prestaje istekom vremena (roka) na koje je sklopljen, pa za njegov prestanak nije potrebno neko dodatno postupanje stranaka. Poput sporazuma, to je način prestanka ugovora na koji se ne primjenjuju zaštitna pravila o otkazu, pa ga poslodavci rado i često koriste kako bi izbjegli
primjenu strogih pravila o otkazu. Ipak, načelo sigurnosti radnog odnosa nalazi i ovdje svoju primjenu. Suvremena zakonodavstva, uključujući hrvatsko i u radu analizirana zakonodavstva, ograničavaju zaključivanje, tzv. lančanih ugovora o radu na određeno vrijeme i zabranjuju diskriminaciju radnika zaposlenih na određeno vrijeme. To je, između ostalog, rezultat ograničenja postavljenih odredbama Direktive 1999/70/EZ o radu na određeno vrijeme. Njome se od država članica Unije traži da alternativno utvrde postojanje objektivnih razloga zbog koji je opravdano ponovno sklapanje takvih ugovora te ograničenje trajanje i broj uzastopnih ugovora o radu na određeno vrijeme. Strogost je ublažena mogućnošću da se navedene mjere urede tako da se uzmu u obzir specifičnosti pojedinih grana i/ili kategorija radnika. To je, primjerice, učinio slovenski zakonodavac izuzevši iz primjene odredbi o ugovoru o radu na određeno vrijeme male poslodavce, dopuštajući im da zaključuju takve ugovore, ako je to propisano kolektivnim ugovorom na razini djelatnosti.

Za ocjenu rigidnosti odredbi novog ZR-a o ugovoru o radu na određeno vrijeme najvažniji je pokazatelj uređenje ograničenja trajanja i broja „lančanih“ ugovora na određeno vrijeme. Učinjena je značajna izmjena u odnosu na ranije pravo. Zaključivanje jednog ili više sukcesivnih ugovora na određeno vrijeme nije dopušteno ako se radni odnos s istim radnikom (ranije: na istim poslovima) zasniva za neprekinuto razdoblje duže od tri godine. Svrha koja se želi postići jest sprječavanje zloporaba instituta ugovora o radu na određeno vrijeme zaključivanjem uzastopnih ugovora na određeno vrijeme s istim radnikom, ali za različite poslove, koje je omogućavala odredba ranijeg zakona. Iako je novo rješenje rigidnije u odnosu na prethodno, postavlja se pitanje koliko je ono doista učinkovito, odnosno može li se ostvariti zaštitna svrha norme.

Odgovor se može naći detaljnijom usporedbom našeg s modelom zaključivanja sukcesivnih ugovora o radu iz njemačkog prava. Ono poznaje dvije vrste ovakvih ugovora. Prvi su ugovori kod kojih postoji opravdani (stvarni) razlog za njihovo zaključenje (koji odgovaraju objektivnim razlozima iz ZR-a) i čije trajanje nije vremenski ograničeno. Drugi su oni za koje ne postoji opravdani razlog i koji mogu trajati najdlje dvije godine (odnosno četiri godine, ako je riječ o zapošljavanju u novoosnovanim poduzećima, ili pet godina, kod zapošljavanja radnika starijih od 52 godine, koji su prije toga najmanje četiri godine bili 'bez zaposlenja'). Ograničenje sukcesivnog zaključivanja ugovora vrijedi samo za ove posljednje: takvi ugovori ne mogu se zaključiti ako su isti radnik i poslodavac ranije zaključili ugovor o radu, bez obzira je li bila riječ o ugovoru na određeno ili neodređeno vrijeme. Ovakvo ograničavanje ublaženo je mogućnošću da se trajanje i broj uzastopnih ugovora drukčije uredi kolektivnim ugovorima, ali i iznimkama za novoosnovana poduzeća te kod ugovora o radu s
radnikom koji je navršio 52 godine života i neposredno prije početka tog radnog odnosa bio bez zaposlenja najmanje četiri mjeseca. Hrvatski je zakonodavač ipak ostavio dosta prostora poslodavcu, koji može korištenjem prekida od dva mjeseca između uzastopnih ugovora na određeno vrijeme zaobići primjenu postroženih zakonskih pravila. Osim toga, rigidnost je ublažena i mogućnošću da se zakonom propisano najduže trajanje ugovora produži kolektivnim ugovorom, ako za to postoje objektivni razlozi.

Usporedba također pokazuje i veći stupanj rigidnosti drugih analiziranih zakonodavstava. Prema slovenskom pravu jedan ili više uzastopnih ugovora na određeno vrijeme s istim radnikom i za isti posao mogu biti sklopljeni, u pravilu, na najduže dvije godine. U Francuskoj ugovor o radu na određeno vrijeme može biti obnovljen samo jednom, a ukupno trajanje takvog ugovora ne smije, u pravilu, biti dulje od 18 mjeseci, odnosno 36 mjeseci, ako je ugovor obnovljen. U V. Britaniji trajanje sukcesivnih ugovora ne smije prijeći četiri godine, ako za zaključenje ugovora na određeno vrijeme ne postoji opravdani razlog.

4. Osnovna obilježja otkaza ugovora o radu. Za razliku od navedenih načina prestanka ugovora o radu, u kojima do prestanka dolazi voljom obje ugovorne strane, otkaz predstavlja jednostrano očitovanje volje ugovorne strane o namjeri da ugovor o radu okonča, i dovodi do prestanka ugovora nakon dostave drugoj ugovornoj strani. Na otkaz ugovora o radu kao pravni posao primjenjuju se odredbe općeg obveznog prava o očitovanju volje, poslovnog sposobnosti, dostavi, ništetnosti i dr. U pogledu oblika otkaza te obveze obrazloženja otkaza zaključak je da hrvatsko pravo ima ista ili slična rješenja kao druga analizirana zakonodavstava (obvezni pisani oblik otkaza, obvezno pisano obrazloženje), uz iznimku austrijskog, koje ne traži pisani oblik otkaza, ni njegovo obrazloženje, ali ni valjane razloge za redoviti otkaz ugovora o radu.

Otkaz, kao konfliktan način prestanka ugovora, središnje je i najsloženije pitanje onoga dijela radnoga prava koje uređuje prestanak ugovora o radu. Ugovor mogu otkazati obje ugovorne strane, radnik i poslodavac, ali je ključno područje interesa zakonodavca upravo otkaz koji daje poslodavac. Poslodavčeva sloboda otkazivanja općim pravnim pravilima o otkazu značajno je ograničena. Da bi mogao valjano otkazati radniku, poslodavac mora imati opravdani razlog za otkaz (koji može biti u sposobnosti radnika ili njegovu ponašanju, kao i poslovnog potrebi poduzeća, ustanove ili službe) te poštivati pravila postupka otkazivanja (koja uključuju obvezu da radniku omogući pravo na obranu protiv iznesenih razloga otkaza, postupak žalbe protiv otkaza nepristranom tijelu, koje u slučaju neopravdanog otkaza može odlučiti o obvezi poslodavca da radnika vrati na rad ili, ako to nije moguće, o obvezi isplate naknade štete radniku, pravo radnika na razumni otkazni rok, pravo radnika na

5. Temeljna načela otkaznog prava. Iz analize rješenja razmatranih usporednih zakonodavstava i hrvatskog zakonodavstva o zaštiti od otkaza ugovora o radu, stajališta judikature i doktrine može se izvesti zaključak da se ona temelje na istim ili sličnim načelima, te su usmjerena ciljevima zaštite poduzetničke slobode i ekonomskih interesa (interesa poslovanja) poslodavca, s jedne, i slobodnog izbora radnog mjesta radnika, odnosno sigurnosti radnog mjesta, a u konačnici i sigurnosti radnog odnosa, s druge strane. Načela o kojima je riječ jesu: načelo o otkazu kao krajnjem sredstvu (ultima ratio), načelo neprihvatljivosti (nemogućnosti) nastavka radnog odnosa, načelo odmjeravanja koristi i interesa i načelo prognoze. Razvijena su u njemačkoj doktrini, a važna su za razumijevanje navedenih pravnih standarda upravo zbog činjenice snažnog utjecaja njemačkog prava na oblikovanje odredbi Konvencije br. 158.

Zbog ekonomskih i socijalnih posljedica koje ima za radnika, općeprihvaćeno je načelo da otkaz (redoviti i izvanredni) koji poslodavac daje radniku mora biti krajnje sredstvo (ultima ratio) kojim se uklanja problem promijenjenih okolnosti nekog radnog odnosa. Upravo zbog toga za otkaz moraju postojati valjani, opravdani razlozi. Opravdanost razloga, odnosno „(socijalna) opravdanost otkaza“ postoji ako su razlozi u skrivljenom ponašanju radnika, osobinama radnika ili poslovnim razlozima. Prema načelu neprihvatljivosti nastavka radnog odnosa neki od razloga za (redoviti i izvanredni) otkaz ugovora o radu relevantni su ako je njihova posljedica konkretno narušavanje postojećeg radnog odnosa zbog kojeg poslodavcu nije prihvatljivo nastaviti radni odnos. Ipak, ovo je načelo samo korektivno načelo, jer se za određivanje pojma neprivatljivosti moraju odmjeriti zaštićene koristi i interesi obje ugovorne strane. Time načelo neprihvatljivosti nastavka radnog odnosa i načelo odmjeravanja koristi i interesa postaju u velikoj mjeri istovjetni. Prema načelu prognoze razlozi za otkaz (kao sadašnji ili prošli događaji) moraju imati važnost i za budućnost. Socijalno je opravdan onaj otkaz kod kojeg će narušavanje radnog odnosa (nemogućnost nastavka tog odnosa, ili nemogućnost daljnji zaposlenja na nekim drugim poslovima) postojati i u budućnosti, pa isključuje daljnji uspješni nastavak radnog odnosa.


Pisanim upozorenjem (opomenom) poslodavac upozorava radnika koji krši neku obvezu iz ugovora o radu i time mu daje mogućnost da ispravi svoje ponašanje. U analiziranim zakonodavstvima ono predstavlja zakonsku postupnovu pretpostavku koja prethodi otkazu. U francuskom i britanskom zakonodavstvu ona je i disciplinska sankcija. Njemačka judikatura, u kojoj je opomena nastala kao poseban institut, proširuje obveznost opomene i na osobno uvjetovani otkaz stajalištem da prije otkaza svakako treba upozoriti radnika ako je riječ o ponašanju koje radnik može kontrolirati i ako se može očekivati ponovno uspostavljanje povjerenja.

Usporedna analiza daje osnovu za zaključak da je ova obveza poslodavca u našem pravu manje zahtjevna. Prije svega, relativne je naravi, jer je poslodavac ne mora izreći ako postoje okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da on to učini. Isto vrijedi i za njemačko pravo. U slovenskom pravu riječ je o apsolutnoj pretpostavci redovitog otkaza, kao
i u britanskom, ali je tamo ublaženo mogućnošću da se propuštanje „sanira“ naknadom štete radniku. Hrvatski poslodavac, nadalje, nije ograničen rokom za izricanje opomene, kao što je to slovenski poslodavac. Važne razlike nalazimo i u vezi s pitanjem **razmjernosti opomene** počinjenoj povredi obveze, odnosno pitanjem pravne zaštite radnika u slučaju neutemeljene opomene. Opomenom prije otkaza dovodi se u pitanje sigurnost radnog odnosa i postojeći pravni položaj radnika, pa otuda i zahtjev da povreda neke radne (ugovorne) obveze bude određenog intenziteta, a opomena bi morala biti razmjerna (reakcija) takvom ponašanju radnika. Razmjernost je opomene važna jer se opomena unosi u personalni dosje radnika, pa bi poslodavac morao pažljivo razmotriti je li u konkretnom slučaju korisno i uputno izreći opomenu ili se svrha može postići i nekom drugom, blažom mjerom. Ovo je vrlo bitno pitanje s obzirom na prihvaćenu praksu hrvatskih sudova koja ne dopušta radniku ispitivanje opravdanosti opomene pred sudom. Sadržajno neodređena opomena ili utemeljena na neistinitim tvrdnjama o činjeničnom stanju može naštетiti pravnom položaju i profesionalnom napredovanju radnika. U njemačkoj judikaturi razvijen je model zaštite radnika od takve opomene: od prava na ispravak opomene, na pritužbu nadležnim tijelima u poduzeću, do prava na opoziv opomene i uklanjanja opomene iz osobnog dosjea, čime se radniku priznaje interes za pravnom zaštitom. Nevaljanost osnovane opomene zbog proteka vremena jedan je od načina njezina prestanka poznat u njemačkom, britanskom i slovenskom pravu. Jedan od elemenata opomene jest i pravo radnika da bude saslušan prije izricanja opomene. Ono postupak otkazivanja čini duljim, skupljim i složenijim. U britanskom i francuskom pravu dio je disciplinskog postupka, a u njemačkom se ugovara kolektivnim ugovorima. Hrvatsko pravo takvu obvezu ne propisuje.

**8. Poslovno uvjetovani otkaz.** Dopuštenost poslovno uvjetovanog otkaza vezuje se uz prestanak potrebe za radom radnika zbog gospodarskih, tehničkih, organizacijskih, strukturnih ili drugih razloga ('neotklonjive poslovne potrebe', 'prestanka obavljanja posla'), dakle, razloga na strani poslodavca. Pretpostavke su za njegovo izricanje i nemogućnost daljnje zaposlenja radnika te obveza socijalnog izbora. Prema stajalištu njemačke doktrine pretpostavku predstavlja i **autonomna odluka poslodavca**, koja je odgovor na određenu makroekonomsku situaciju ili ekonomsku situaciju u poduzeću. 'Neotklonjiva poslovna potreba' zbog koje je potrebno izreći otkaz nije neposredan rezultat određenih gospodarskih kretanja, nego upravo pod utjecajem takvih okolnosti poslodavac donosi određenu organizacijsku odluku. Odluka poslodavca podliježe u sudskom postupku kontroli zakonitosti i kontroli zloporabe, ali ne i kontroli gospodarske svrhovitosti, odnosno kontroli učinkovitosti
postupanja poslodavca, jer zbog zajamčene slobode poduzetništva sudovi ne smiju kontrolirati učinkovitost postupanja poslodavca.

Prema načelu *ultima ratio* kod poslovno uvjetovanoj otkazu potrebno je ispitati postoji li neka blaža mjera kojom je moguće izbjeći otkaz radniku, a prikladna je za postizanje postavljenog poduzetničkog cilja. Koju će mjeru poslodavac primijeniti, odlučuje najčešće ili u najvećoj mjeri brinući se o svojim interesima.

Zato je zanimljiv novi smjer na koji nas upućuje njemačko socijalno zakonodavstvo (SGB, Knjiga III.). Zakonska je obveza poslodavca da pri donošenju odluka postupa odgovorno i razmotri kakvi će biti učinci tih odluka na zaposlenje radnika i na povećanje broja nezaposlenih, te s time povezano korištenje državnih potpora (pomoći) za radnike. Korištenje potpora kao i otkazivanje radnicima poslodavci moraju izbjegavati prije svega primjenom mjera koje se odnose na pogon. Njemački je zakonodavac na ovaj način pokušao utjecati na stajališta sudskoj praksi o otkazu, obvezujući poslodavca da pri odlučivanju o primjeni blažih mjera ne gleda samo svoje poduzetničke interese nego i socijalno-pravne, odnosno interese radnika. U tom smislu ova norma upućuje na obveze koje u postojećem radnom odnosu ima poslodavac kao subjekt privatnog prava u ugovornoj vezi s radnikom. Potvrđuje se i načelo *ultima ratio* otkaznoga prava. Kako se sadržaj ove (po naravi supsidijarne) norme odnosi na ugovor o radu, ostvarena je ideja jedinstvenog pravnog poretka, priznavanjem međuovisnosti radnopratne zaštite stalnosti radnog odnosa i prava o radničkim potporama, koje pripada socijalnom pravu.

9. **Socijalni izbor.** Odluka poslodavca o tome kojemu će od više radnika otkazati ugovor o radu, mora biti utemeljena na postupku, tzv. socijalnom izbora. Poslodavac je obvezan uzeti u obzir određene kriterije kako bi otpustio onog / one radnike koji će otkazom biti najmanje pogođeni. U hrvatskom je pravu obveza obavljena socijalnog izbora, u odnosu na relevantna zakonodavstva, najšira, jer se odnosi ne samo na poslovno uvjetovani, nego i na osobno uvjetovani otkaz, dok u slovenskom pravu obuhvaća samo kolektivne otkaze. Važan element pri provođenju socijalnog izbora jest određenje kruga radnika obuhvaćenih izborom. To su radnici koji se „mogu međusobno usporedivati“, odnosno „u istom su položaju“. Prihvatljivo je pravilo o tzv. horizontalnoj usporedivosti radnika, razvijeno u njemačkoj ustavnoj praksi. Socijalnim izborom obuhvaćeni su radnici iste hijerarhijske razine poduzeća, što znači da radnik za čijim je radom prestala potreba može biti zaposlen na nekom drugom radnom mjestu u poduzeću ako može preuzeti funkciju drugog radnika čije radno mjesto i dalje postoji.

Prije otkazivanja poslodavac je, prema hrvatskom i njemačkom pravu, obvezan obavijestiti radničko vijeće o stajalištima vezanim za izbor radnika. Hrvatski poslodavac dužan je podatke o socijalnom izboru navesti u otkazu radniku, dok je njemački te podatke obvezan dati na zahtjev radnika.

10. **Otkazi poslodavca radniku zbog restrukturiranja poslodavca. Otkaz zbog kolektivnog viška radnika.** Potreba posebne zaštite radnika od otkaza u slučaju kolektivnog viška radnika, statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća te stečaja poslodavca prepoznata je na razini EU i zajamčena direktivama koje uređuju navedena pitanja. Njihova je svrha zaštititi radnike od socijalnih posljedica restrukturiranja poduzeća kao rezultat proširenja tržišta.

Konvencija br. 158 i direktrive EU o **kolektivnim viškovima** uređuju postupovnopravna pitanja vezana uz kolektivne viškove: među ostalim, obvezu poslodavca da prije namjeravanog otkaza o tome obavijesti i savjetuje se s predstavnicima radnika te obavijesti nadležno tijelo javne vlasti. Konvencija definira kolektivni višak kao prestanak radnog odnosa zbog ekonomskih, tehnoloških, strukturalnih ili sličnih opravdanih razloga, ali
ne sadrži kvantitativni kriterij za određenje kolektivnog viška radnika. Direktiva br. 98/59/EZ određuje kolektivni višak kao otkazivanje koje poslodavac poduzima zbog jednog ili više razloga koji se ne odnose na pojedinačne radnike, a za razliku od Konvencije MOR-a br. 158 sadrži brojčani kriterij za određenje kolektivnog viška radnika. Svrha zakonodavstva EU o kolektivnom otpuštanju jest osiguranje komparativne zaštite prava radnika u različitim zemljama članicama u kojima je ovo pitanje različito uređeno, kako bi se otežala veća, ekonomski neopravdana otkazivanja radnicima te spriječili šokovi na tržištu rada.

Hrvatski je zakonodavac novim ZR-om u velikoj mjeri usklađio svoja rješenja s odredbama Direktive br. 98/59/EZ. Ipak, neki elementi ostali su neusklađeni. U pogledu kvantitativnog kriterija u ZR-u je prihvaćena druga varijanta iz Direktive te utvrđeno da kolektivni višak postoji ako je poslodavac utvrdio višak od najmanje 20 radnika kojima će, neovisno o načinu prestanka ugovora o radu, u razdoblju od 90 dana prestati ugovori o radu, ako će poslovno uvjetovanim otkazom otkazati ugovore o radu najmanje petorici radnika. Ova dva uvjeta moraju biti kumulativno ispunjena. Navedena odredba nejasna je i zahtijeva tumačenje. Sporno je na koji način tumačiti dio odredbe o načinu prestanka ugovora o radu dvadesetorici radnika koji su višak: može li relevantna biti bilo koja zakonska osnova za prestanak ugovora o radu ili se moraju isključiti sporazumni prestanci ugovora o radu, prestanci zbog opće nesposobnosti za rad, kao i osobno uvjetovani otkazi i otkazi zbog ponašanja radnika, kao i prestanci smrću radnika. Prema stajalištu Europskog suda u slučaju EC v. Portugal odredba Direktive obuhvaća sve otkaze zbog razloga koji se ne odnose na pojedinačnog radnika. Njemački KSchG jamči još širu zaštitu radnika jer razlozi za otkaz radniku nisu bitni kod računanja broja prestanaka ugovora o radu. Relevantni su samo oni otkazi koje poslodavac daje radnicima, pa je prema stajalištu judikature potrebno utvrditi postoji li u konkretnom slučaju inicijativa poslodavca za prestanak ugovora o radu, kao što je primjerice u slučaju, tzv. konstruktivnog otkaza. Na temelju navedenoga mislimo da je za ocjenu koji je način prestanka ugovora o radu relevantan za računanje kolektivnog viška važno utvrditi je li za takav prestanak ugovora ključna bila inicijativa poslodavca. Sporazumni prestanak ugovora o radu ne može biti relevantan, osim u slučaju kada ga inicira poslodavac zbog razloga koji se ne odnosi na pojedinačnog radnika, što treba utvrđivati u svakom pojedinačnom slučaju. De lege ferenda predlaže se jasnija formulacija navedene odredbe, moguće i na način da se posebno izdvoji odredba o drugim prestancima ugovora koji se uračunavaju u kolektivne viškove, koja bi mogla glasiti: Viškom radnika smatra se i svaki drugi način (oblik) prestanka radnog odnosa najmanje petorici radnika do kojeg je došlo na inicijativu poslodavca.
Direktivom nije određen rok u kojem poslodavac mora započeti savjetovanje o namjeravanom otkazu s radničkim predstavnicima u cilju postizanja sporazuma o namjeravanim otpuštanjima. Iako odredbom Direktive nije pobliže utvrđen rok u kojem to mora učiniti, iz prakse Europskog suda proizlazi da to mora biti „pravodobno“. Odredbu ZR-a bi u tom smislu trebalo dopuniti određenjem roka započinjanja savjetovanja. U britanskom pravu, u kojem je prihvaćen isti kvantitativni kriterij i razdoblje u kojem se pojavljuje višak radnika, propisano je da savjetovanje treba započeti pravodobno, a najkasnije 90 dana prije izricanja prvog otkaza.

Prema Direktivi, podaci koje je poslodavac obvezan dostaviti predstavnicima radnika kako bi savjetovanje bilo učinkovito, a prijedlozi radničkih predstavnika konstruktivni, moraju se dostaviti u pisanom obliku (kao kopija) nadležnom tijelu javne vlasti. U našem ZR-u takve obveze nema, pa bi je de lege ferenda trebalo propisati. Također, Zakonom bi trebalo izričito utvrditi one skupine radnika ili poslodavaca na koje se neće primjenjivati odredbe Direktive, kako bi se izbjegli sporovi kakvih je bilo u praksi.

U domaćoj doktrini s pravom se ističe da je postupak obavještavanja i savjetovanja s radničkim vijećem i nadležnom službom zapošljavanja kako je uređen ZR-om zahtjevnan, skup, ali ne pridonosi učinkovitosti sustava radnih odnosa. Rigidnost se može otkloniti uređivanjem postupka u skladu s odredbama Direktive.

11. Otkazi u slučaju statusnih promjena poslodavca ili prijenosa poduzeća.

Zaštita radnika od otkaza u slučaju prijenosa poduzeća zajamčena je Direktivom 2001/23/EZ o usklađivanju propisa država članica u vezi sa zaštitom prava radnika u slučaju prijenosa poduzeća, djelatnosti, dijela poduzeća ili dijela djelatnosti (tzv. Direktiva o stečenim pravima). Osim zaštite od otkaza, Direktivom se jamči automatsko prenošenje radnog odnosa sa svim pravima i obvezama koje iz njega proizlaze s prenositelja na preuzimatelja u slučaju prijenosa te obveza prenositelja i preuzimatelja da obavijeste i savjetuju se s predstavnicima radnika obuhvaćenima postupkom prijenosa poduzeća. Svrha je Direktive osigurati da promjene na strani poslodavca ne utječu štetno na radnike zaposlene u takvim poduzećima. Odredbe ZR-a u najvećoj su mjeri uskladene s odredbama Direktive o stečenim pravima. Radi daljnjeg usklađivanja bilo bi potrebno dopuniti u nekim elementima odredbe koje se odnose na obvezu obavještavanja i savjetovanja s predstavnicima radnika pogođenih prijenosom.

Prema čl. 133. st. 6. ZR-a obvezu obavještavanja ima samo poslodavac prenositelj, pa ju je potrebno proširiti i na novog poslodavca, preuzimatelja. Savjetovanje poslodavca s radničkim vijećem o odluci o očekivanim pravnim, gospodarskim i socijalnim posljedicama, koje za radnike mogu proizaći iz slučajeva prenošenja ugovora na novog poslodavca, propisano čl.
149. st. 3. al. 3., trebalo bi biti provedeno „u svrhu postizanja sporazuma“, pa bi u tom smislu trebalo dopuniti ovu odredbu. Drugi element koji je izostavljen, a trebalo bi ga izričito propisati, jest da se savjetovanje treba odnositi na mjere koje stari ili novi poslodavac predviđaju s obzirom na radnike.

12. Otkaz u slučaju stečaja poslodavca. Otvaranje stečajnog postupka poslodavca može proizvesti značajne učinke na radni odnos radnika, od kojih je najznačajniji prestanak ugovora o radu. Prestanak ugovora o radu zbog stečaja poslodavca u hrvatskom pravu uređen je Stečajnim zakonom, kao lex specialis. Njime je propisano da ranije sklopljeni ugovori o radu ne prestaju postojati samo zbog otvaranja stečajnog postupka, već traju dok ne prestanu zbog nekog od zakonom propisanih razloga; da otvaranje stečaja poslodavca predstavlja poseban opravdani razlog za otkaz; stečajni upravitelj i radnik mogu otkazati ugovor o radu, bez obzira na ugovoreno trajanje ugovora ili isključenje prava na redoviti otkaz i bez obzira na odredbe za otkaz radnika (zakonske ili ugovorene); otkazni rok iznosi mjesec dana ako zakonom nije predviđen kraći rok; u slučaju kada otkaz izjavi stečajni upravitelj radnik kao stečajni vjerosvjetnik ima pravo na naknadu štete zbog prijevremenog prestanka radnog odnosa. U usporedbi s analiziranim zakonodavstvima mogućnost otkazivanja ugovora o radu zbog otvaranja stečaja u hrvatskom je pravu značajno olakšana priznavanjem činjenici stečaja obilježja posebnog opravdanog razloga za otkaz. Nasuprot tome, prema njemačkom i slovenskom pravu poslodavac mora imati opravdani razlog za otkaz radniku, te je obvezan provesti socijalni izbor, odnosno „ublaženi“ program zbrinjavanja viška radnika.

Konvencijom br. 173 (1992.) o zaštiti potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca i direktivama EU o stečaju nastoji se zaštititi radnike zaposlene kod poslodavaca nad kojima je otvoren stečaj: jamstvom isplate neisplaćenih potraživanja od poslodavca, uključujući i zaostale plaće, od strane posebno uspostavljene jamstvene institucije; jamstvom država članica da neplaćanje doprinosa za socijalno osiguranje neće štetno utjecati na naknade/prestacije koje uživa radnik; zaštitom prava bivših radnika na mirovine unutar dopunskih osiguranja te zaštitom potraživanja radnika kao privilegiranih tražbina.

Radi usklađivanja hrvatskog zakonodavstva s direktivama EU doneseni su Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca (koji utvrđuje vrstu i opseg prava radnika u slučaju stečaja poslodavca, uvjete i postupak za ostvarivanje prava te izvore sredstava za ostvarenje prava) i Zakon o fondu za razvoj i zapošljavanje (kojim je propisano osnivanje Agencije za osiguranje radničkih potraživanja u slučaju stečaja poslodavca kao jamstvene institucije). Organizacija, financiranje i rad Agencije zakon detaljno uređuje, što
predviđaju i direktive o stečaju. Sredstva za rad Agencije osiguravaju se u državnom proračunu, čime se ostvaruje načelo neovisnosti financiranja iz čl. 5 Direktive 2008/94/EZ.

Zakonom je određeno minimalno razdoblje od tri mjeseca za koje se isplaćuju osigurana potraživanja, koje odgovara minimalnom razdoblju propisanom Direktivom, čime je iskorištena mogućnost ograničenja odgovornosti jamstvenih institucija predviđena Direktivom. U skladu s ovlaštenjem iz Direktive utvrđena je i gornja granica plaćanja Agencije te određeno da navedena prava radnici ostvaruju u visini: najviše do visine minimalne plaće u RH za svaki mjesec za koji radniku nije isplaćena plaća odnosno naknada plaće; najviše do polovice minimalne plaće u RH za slučaj naknade plaće za neiskorišteni godišnji odmor; polovice najvišeg iznosa zakonom propisane otpremnine; te najviše do jedne trećine pravomoćno dosuđene naknade štete zbog pretrpljene ozljede na radu ili profesionalne bolesti.

Direktivom je uređeno osiguranje potraživanja socijalnopravnog karaktera: prestacija iz socijalnog i mirovinskog osiguranja. Našim Zakonom o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca ova su potraživanja zajamčena odredbom prema kojoj je kod isplate plaće i naknade Agencija dužna obračunati i uplatiti doprinose za obvezna osiguranja, a uplatu doprinosa stečajni upravitelj dužan je, kao i isplate potraživanja radnicima, izvršiti u roku od 8 dana.

13. Zabrana otkazivanja određenim skupinama radnika. Određenim skupinama radnika zajamčena je posebna zaštita od otkaza, koja se sastoji u apsolutnoj zabrani izričanja otkaza za vrijeme dok radnik ima određena svojstva ili ispunjava određene pretpostavke. U hrvatskom pravu to su trudnice i osobe koje koriste neko od prava kojima se štite roditelji i s njima izjednačene osobe, kao i radnici privremeno nesposobni za rad zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti. Ove skupine zaštićene su čak i ukoliko postoje opravdani zakonski razlozi za otkaz, primjerice za izvanredni otkaz ugovora o radu. Za usporedbu, u njemačkom pravu zabrana otkaza trudnicama relativne je naravi, jer izrečeni otkaz može odobriti nadležna pokrajinska uprava za rad, doduše, „iznimno u posebnim slučajevima“, uz pretpostavku da otkaz nije u vezi sa stanjem žene za vrijeme trudnoće ni tijekom razdoblja od četiri mjeseca nakon poroda. Iako su takvi slučajevi u praksi vrlo rijetki, dolaze u obzir kod izvanrednog otkaza ugovora o radu. Za otkaz drugoj skupini, radnicima privremeno nesposobnim za rad zbog ozljede na radu ili profesionalne bolesti, zahtijeva se suglasnost Glavnog ureda za socijalnu skrb, za redoviti i izvanredni otkaz zbog važnog razloga. Prihvaćanjem ograničenja zaštite na neke vrste otkaza ili relativiziranjem odredbi de lege ferenda, kako se predlaže u domaćoj doktrini, otklonila bi se očito pretjerana zaštita ovih skupina radnika.
14. Otkazni rok. Uz redoviti otkaz ugovora o radu vezuje se pravo radnika i poslodavca na otkazni rok. Otkazni rokovi uređuju se zakonom, kolektivnim ugovorom i pojedinačnim ugovorom o radu. Zakon uređuje samo najkraće trajanje otkaznih rokova, kao minimum zaštite prava radnika. Prema slovenskom pravu postoji mogućnost da se kolektivnim ugovorima na razini djelatnosti, ako je riječ o malim poslodavcima, odstupi od najkraćih zakonskih otkaznih rokova, dok se u njemačkom pravu dručići otkazni rokovi mogu ugovoriti kolektivnim ugovorima, i to bez ograničenja. U odnosu na takva zakonodavna rješenja, koja dopuštaju odstupanje od zakonskog najkraćeg otkaznog roka, čak i kada je to za radnika nepovoljnije, hrvatsko je rješenje strože, jer je mogućnost skraćivanja otkaznog roka kolektivnim ugovorom ili pojedinačnim ugovorom o radu predviđena samo u slučaju ako ugovor o radu otkazuje radnik.


16. Otkaz s ponudom izmijenjenog ugovora o radu. Ovaj institut omogućava poslodavcu da postojeći ugovor izmijeni otkazujući ugovor te nudeći istovremeno radniku nastavak radnog odnosa uz izmijenjene uvjete rada. U hrvatskom, njemačkom i slovenskom pravu radniku se daje više mogućnosti: prihvatiti ponudu poslodavca u cijelosti, pri čemu dolazi do izmjene ugovora o radu i novih uvjeta rada; prihvatiti ponudu poslodavca uz
pridržaj prava pobijanja valjanosti otkaza; odbiti ponudu poslodavca, čime dolazi do prestanka ugovora o radu otkazom. U austrijskom pravu, u kojem se ova vrsta otkaza smatra dopuštenim uvjetovanim otkazom, radnik ne može prihvatiti ponudu poslodavca uz istovremeni pridržaj prava pobijanja otkaza. I u francuskom pravu odbijanje ponuđenih izmjena ugovora dovodi do raskida ugovora otkazom.

Kod ocjene valjanosti otkaza s ponudom izmijenjenog ugovora o radu sudovi ispituju opravdanost otkaza. Otkaz se mora temeljiti na nekom od opravdanih razloga. Za razliku od hrvatskog prava, u kojem se zadaća suda ograničava na utvrđivanje opravdanosti otkaza, njemačko, austrijsko i britansko pravo rigidniji su i jamče snažniju zaštitu radnika. Sudovi ispituju ne samo postojanje opravdanog razloga za otkaz nego i valjanost učinjene ponude. Ponuda mora biti 'prikladna i potrebna' (njemačko pravo), odnosno 'razumna sa stajališta radnika', kao i 'da li bi razumni poslodavac bio otkazao radniku koji je odbio ponudu' (britansko pravo). Ako je radnik prihvatio ponudu, ali pobija otkaz, zaštita je dvostruka: zaštita stalnosti radnog odnosa i zaštita njegova sadržaja.

17. Postupak prije i za vrijeme otkazivanja ugovora o radu. Pravo radnika na obranu. Način na koji je uređen postupak prije i za vrijeme otkazivanja ugovora o radu važan je pokazatelj rigidnosti otkaznog zakonodavstva. Postupak obuhvaća opomenu radnika, pravo radnika na obranu, sudjelovanje radničkog vijeća u postupku otkazivanja te sudjelovanje tijela javne vlasti u postupku otkazivanja. Pravo na obranu jedno je od temeljnih prava zajamčeno radniku kojemu prijeti otkaz. Svrha mu je osigurati dijalog među strankama, razmatranje spornih pitanja prije donošenja odluke o otkazu te davanje mogućnosti radniku da se izjasni o okolnostima relevantnim za odluku o otkazu. Analiza usporednog prava pokazuje da se obveza poslodavca da radniku omogući pravo na obranu vezuje uz različite vrste otkaza i ima različite oblike. U francuskom pravu je najšira jer obuhvaća obje vrste otkaza: otkaz zbog razloga u osobi posloprimca, kao i otkaz zbog ekonomskih razloga; u hrvatskom pravu ograničena je na redovit i izvanredni otkaz zbog skrivljenog ponašanja radnika. U njemačkom pravu obveza je najuža jer se vezuje samo uz otkaz namještenicima, osobno uvjetovani otkaz zbog sumnje u radnika te otkaz zbog pritiska treće osobe. Ipak, u praksi se često primjenjuje jer se omogućavanje obrane radniku smatra izrazom poduzetničke kulture i kadrovske politike. Važno je istaknuti da je u hrvatskom i slovenskom pravu ova obveza relativizirana jer ne tereti poslodavca, ako postoji okolnosti zbog kojih nije opravdano očekivati da on to učini, što je u skladu s odredbom Konvencije br. 158. Prema stajalištu Vrhovnog suda RH uskrata mogućnosti iznošenja obrane relevantna je samo ako bi radnikova
obrana, da je bila iznesena, odvratila poslodavca od donošenja odluke o otkazu, jer bi radnik svoje ponašanje opravdao.

18. Sudjelovanje predstavnika radnika u postupku otkazivanja. Ono osigurava, između ostalog, zaštitu pojedinačnih interesa radnika, ali i zaštitu kolektivnih interesa, jačanjem mogućnosti utjecaja predstavnika radnika na određivanje sastava osoblja. Preporukom MOR-a br. 166 utvrđena mogućnost sudjelovanja radničkih predstavnika u postupku otkazivanja dobila je u mnogim zakonodavstvima oblik obveze poslodavca da radnička vijeća (sindikalne predstavnike) obavijesti, s njima se savjetuje ili od njih traži suglasnost na odluku o otkazu, odnosno odobrenje odluke kada se otkazuje radničkim predstavnicima. Iako je sudjelovanje predstavnika radnika učinilo postupak otkazivanja složenijim, pozitivni učinci su nesumnjivi. Kao negativan ističe se primjer austrijskog prava, u kojem suglasnost radničkog vijeća na namjeravani otkaz radniku otklanja pravo radnika da pobija otkaz zbog nepostojanja opravdanog razloga, već to može učiniti jedino zbog zabranjenih razloga za otkazivanje (primjerice, otkaza zbog članstva u sindikatu). Radničko vijeće dobiva tako ogromnu moć, jer zaštita od otkaza ne pripada radniku nego osoblju koje je koristi kroz vijeće (tzv. kolektivno-pravna konstrukcija zaštite od otkaza).

19. Vraćanje radnika na rad tijekom sudskog spora. Važnost savjetodavne uloge radničkog vijeća očituje se i u propisivanju prava radnika da u sudskom postupku o zakonitosti otkaza od poslodavca traži da ga zadrži na radu ako se takvom otkazu protivi radničko vijeće. Obveza je poslodavca vratiti radnika na rad i zadržati ga na radu do okončanja sudskog spora. U hrvatskom pravu zahtjev je dopušten ako je riječ o izvanrednom, a u njemačkom pravu o redovitom otkazu. U domaćoj doktrini ističe se da radnik koji je ostao na radu za vrijeme trajanja sudskog spora ima sva prava iz radnog odnosa, što je posebno značajno s obzirom na činjenicu dugotrajnosti postupaka.

S time u vezi postavlja se pitanje naravi odnosa koji nastaje vraćanjem radnika na rad. Prema stajalištu u njemačkom pravu odnos koji nastaje na temelju zahtjeva radnika za nastavkom rada nije identičan radnom odnosu kakav je postojao prije otkaza, već je njegova osnova različita. Razdoblje u kojem je radnik nastavio raditi uračunava se u vrijeme pripadnosti radnika poduzeću; radnik se smatra dijelom osoblja. Poslodavac tereti obveza uplate obveznih doprinosa iz socijalnog osiguranja za radnika. Takav specifičan (radni) odnos prestaje trenutkom pravomoćnosti odluke o dopuštenosti otkaza. Odlukom o nedopuštenosti otkaza sud utvrđuje nastavak izvornog radnog odnosa, a odbijanjem tužbe radnika odnos daljnjeg zaposlenja prestaje pravomoćnom odlukom. Odnos daljnjeg zaposlenja ne može se raskinuti običnim očitovanjem, nego otkazom.
Mislimo da bi izloženo stajalište o naravi ovog radnog odnosa trebalo prihvatiti i u hrvatskom pravu: da je riječ o radu obavljenom u okviru neke vrste modificiranog izvornog radnog odnosa, čiju osnovu predstavlja čl. 150. st. 9. ZR-a, a ne o faktičnom radu. Ako sud utvrdi da je otkaz dopušten, i u odluci potvrdi da je radni odnos prestao s datumom kada je izrečen otkaz, vrijeme koje je radnik proveo kod poslodavca privremeno nastavljajući rad valjalo bi računati kao vrijeme provedeno u radnom odnosu po posebnoj osnovi, uračunati u radni staž, a poslodavac bi morao uplatiti doprinose iz socijalnog osiguranja za radnika za navedeno razdoblje, ako to već nije učinio.

20. Suodlučivanje radničkog vijeća. U hrvatskom i njemačkom pravu radničko vijeće ima, osim savjetodavne uloge, i pravo suodlučivanja, što postupak otkazivanja čini rigidnijim. Suodlučivanjem se ograničava sloboda ugovaranja poslodavca, jer je pretpostavka valjanosti njegove odluke o otkazu suglasnost koju mora dobiti od radničkog vijeća ili sindikata, kao predstavnika interesa radnika, kao druge ugovorne strane. Suodlučivanje je zato iznimka, ograničena na otkazivanje ugovora određenim posebno zaštićenim skupinama radnika. Krug zaštićenih osoba u našem je pravu širi (pored radničkih predstavnika, obuhvaća i radnike kod kojih postoji profesionalna nesposobnost za rad ili neposredna opasnost od nastanka invalidnosti, radnika osobu s invaliditetom te radnike starije od 60 godina), ali je u njemačkom pravu zajamčen širi opseg prava radničkim predstavnicima.

21. Pravo radnika na otpremninu. Predstavlja oblik zaštite prihoda radnika, kojime se ublažavaju štetne posljedice nastale radniku otkazom ugovora o radu. Uređuje je Konvencija br. 158 propisujući pravo radnika na otpremninu ili druge novčane potpore zbog prestanka ugovora o radu. Ova se prava mogu uvjetovati ispunjenjem određenih pretpostavki, pa ako radnik ne ispunjava te uvjete, mogu mu se zajamčiti druga davanja iz osiguranja, ili potpore za slučaj nezaposlenosti, primanja za starost ili invalidnost, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom. Prema mišljenju Vijeća stručnjaka za primjenu konvencija i preporuka MOR-a uvjet za ostvarivanje prava na otpremninu ne smije biti razina plaće ili duljina rada s istim poslodavcem. Sva zakonodavstva koja se u radu razmatraju uvjetuju pravo na otpremninu duljinom staža radnika kod poslodavca. U uklanjanju ove pretpostavke hrvatski bi zakonodavac trebao razmisliću u vezi s eventualnom ratifikacijom ove Konvencije, jer je to jedini uvjet koji hrvatsko pravo ne ispunjava.


23. Vraćanje radnika na rad kao pravna posljedica nezakonitog prestanka ugovora o radu. Prema Konvenciji br. 158 u slučaju kada sud utvrdi nezakonitost otkaza, može naložiti vraćanje radnika na rad ili, ako to nije moguće, isplatu primjerene naknade štete ili drugo primjereno sredstvo. Mjera vraćanja radnika na rad u nekim je zemljama zakonom propisana, a u drugima ovisi o volji stranaka ili dokazu da će vraćanje na rad biti uspješno. Vraćanje radnika na posao jedna je od posljedica nezakonitog prestanka ugovora o radu, ali i mjera kojom se žele otkloniti učinci nezakonitog otkaza i uspostaviti stanje koje je postojalo prije otkaza. Koliko će biti učinkovita, ovisi o mehanizma za njezino provođenje odnosno sankcijama za onog poslodavca koji radnika ne vrati na rad, iako mu je tako naloženo odlukom suda. Hrvatsko je pravo, u usporedbi s analiziranim zakonodavstvima, *rigido*, jer se vraćanje radnika na posao mora provesti *prisilno*, u ovršnom postupku. U francuskom i britanskom zakonodavstvu poslodavac se može osloboditi ove obveze isplatom naknade štete radniku.


U uvjetima globalizirane ekonomije, novih tehnologija, jačanja kapitala, fleksibilizacije radnog odnosa i s time u vezi novih obilježja ugovora o radu postojeće uređenje prestanka ugovora o radu, posebice otkaza ugovora, čini se još uvijek primjerenim.
Sigurnost radnog odnosa temeljni je postulat na kojem treba počivati uređenje dijela radnoga prava koji uređuje otkaz ugovora o radu, ali i zahtjev humanog i pravičnog društva, u kojem interesi kapitala ne smiju imati glavnu ulogu.
23. LITERATURA

Knjige i članci:


Aljanič Falež, Vera, Odpoved pogodbe o zaposlitvi iz poslovnega razloga večjemu številu delavcev, DiD, let. VI, št. 1, 2006., str. 23-63.


Barbić, Jakša, Prijenos ugovora o radu prijenosom poduzeća i pogona poduzeća, HPR, br. 2, 2002., str. 22-37.


Belopavlovič, Nataša, Uvodna pojasnila, u: Zakon o delovnih razmerjih (ZDR), Ljubljana, GV Založba, 2008., str. 23-96.


Bodiroga-Vukobrat, Nada, Bilić, Alen, Skupno otpuštanje radnika i zbrinjavanje viška radnika pri statusnim promjenama u europskome pravu u svjetlu Smjernice 98/59/EZ, s posebnim osvrtom na harmonizaciju hrvatskoga prava, Zbornik PFRi, vol. 25, br. 1, 2004., str. 105-122.


Bodlović, Renata, Suodlučivanje – suglasnost na otkaz ugovora o radu, RP, br. 6, 2005., str. 50-55.


Brizić Bahun, Vanesa, Ovrha radi vraćanja radnika na rad ili u službu, HPR, god. 1, br. 5, 2001., str. 115-121.


Crnić, Ivica, Komentar Zakona o radu (sa sudskom i upravnom praksom i priložima), Zagreb, Organizator, 1999.

Crnić, Ivica, Prestanak ugovora o radu, Zakon o radu. Pravo 6, Zagreb, Organizator, 1996.


Crnić, Ivica, Sudska zaštita individualnih prava radnika, Informator (novi), br. 5233-5234.

Crnić et al., Aktualni primjeri ugovora, Prestanak ugovora o radu, Zagreb, Dashöfer Holding Ltd. & Verlag Dashöfer d.o.o., 2009., str. 8-9.

Čapeta, Tamara, Sudovi Europske unije: nacionalni sudovi kao europski sudovi, IMO, 2002.


Dika, Mihajlo, Pravne posljedice otvaranja stečajnoga postupka, Zagreb, Narodne novine, 2002.


Dika, Mihajlo, Sudsko rješavanje radnih sporova, u: Zasnivanje i prestanak radnog odnosa – Rješavanje radnih sporova (opća red. M. Dika), Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 129-152.


Dika, Mihajlo, Potočnjak, Željko, Prava zaposlenika u slučaju stečaja poslodavca, PuG, god. 37, br. 4, 1998., str. 563-596.


Gović, Iris, Institut pretvaranja radnog odnosa na određeno vrijeme u radni odnos na neodređeno vrijeme u svjetlu novije sudske prakse i prijedloga (novog) Zakona o radu, RP, br. 5, 2009., str. 17-29.

Gović, Iris, Izvanredni otkaz ugovora o radu, RiF, br. 4, 2005., str. 105-115.

Gović, Iris, Otkaz ugovora o radu i privremeno vraćanje radnika na posao u parničnom postupku, u: Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa, Zagreb, Inženjerski biro, 2002., str. 144-180.


Gović, Iris, Teret dokazivanja u sporovima radi utvrđivanja nedopuštenosti odluke o otkazu ugovora o radu, PuG, br. 5, 2003., str. 67-77.


Grgurev, I., Diskriminacija na temelju tjelesnih ili duševnih poteškoća u radnom pravu, RP, br. 2, 2006., str. 25-35.


Hadžiomerović, Dino, Naknada plaće zbog nezakonitog otkaza, RP, br. 9, 2005., str. 8-10.


Hrvatin, Branko, Vraćanje radnika na posao u parničnom i ovršnom postupku, PuG, sv. 6, god. 41, 2002., str. 189-205.

Iviš, Zoran, Izvanredni otkaz ugovora o radu, Odvjetnik, br. 3-4, 2004., str. 42-46.

Jelčić, Vera, Posebna radnopravna zaštita malodobnika, žena i osoba smanjenih radnih sposobnosti, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj, Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 101-146.

Jug, Jadranko, Odmori i dopusti prema novom Zakonu o radu, te institut prenošenja ugovora o radu na novog poslodavca, u: Ogledi o novom Zakonu o radu, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 107-133.

Juhart, Jože, Civilno procesno pravo, Ljubljana, Uradni list, 1961.


Kaladić, Ivan, Mogućnost ocjene neuspješnosti rada radnika prije isteka ugovorenog roka probnog rada, HPR, god. 5, br. 11., 2005., str. 46-48.


Klampfer, Marta, Bistvene spremembe procesnih pravil v individualnih delovnih sporih, DiD, let. IV, št. 2-3, 2004., str. 343-370.


Knežević, Nikola, Otkazni rokovi ugovora o radu i mogućnost odricanja, RRiF, br. 5., 2002., str. 90-92.

Knežević, Nikola, Naknada štete zbog nezakonitog otkaza ugovora o radu, PiP, god. 14, br. 3., 2005., str. 87-88.

Knežević, Nikola, Izvanredni otkaz ugovora o radu i opremnina, PiP, br. 3., 2003., str. 77-79.


Kovač, Suzana, Postupak zbrinjavanja viša radnika prema novom Zakonu o radu, RP, br. 2, 2010., str. 3-17.

Kresal, Barbara, Termination of Employment Relationships, Legal situation in the following Member States of the European Union: Bulgaria, Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Romania, Slovakia and Slovenia, Ljubljana, European Commission, 2007.


Meyers, Frederick, Ownership of jobs: A Comparative Study, Los Angeles, Institute of Industrial Relations, Los Angeles, University of California, 1964.

Milko, Dario, Dostava pismena između stranaka ugovora o radu prije i tijekom sudskog postupka, RP, br. 1, 2004., str. 23-30.
Milković, Darko, Institut kolektivnog viška radnika prema novom Zakonu o radu, u: Ogledi o novom Zakonu o radu (glavna obilježja, ugovori o radu, menadžerski ugovori, plaće, dopusti, otkazi, program zbrinjavanja), opća redakcija Marijan Ruždjak, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 201-224.

Milković, Darko, (Ne)dopuštenost sudske zaštite protiv upozorenja na obveze iz radnog odnosa, RP, br. 2, 2006., str. 36-41.


Milković, Darko, Otkaz ugovora o radu, PuG, god. 45, br. 6, 2006., str. 239-277.

Milković, Darko, Otkaz ugovora o radu prema Zakonu o radu s osvrtom na sudsku praksu i novine prema Zakonu o izmjenama i dopunama Zakona o radu, HPR, God. III, br. 12, 2003., str. 33-47.


Milković, Darko, Tužbeni zahtjevi u radnim sporovima 2. dio, Informator, br. 5514 (od 10.1.2007.), str. 6-8.


Oetker, Hartmut, u: Staudinger, BGB (Kommentar), Rn. 50 (beck-online, 22.5.2009.)


Perović, Slobodan, Obligaciono pravo (Knjiga prva), Beograd, Službeni list SFRJ, 1986.


Pezo, Ivica, Razlozi za otkaz ugovora o radu kroz sudsku praksu, Zagreb, ROSIP, 2006.
Plazonić, Kristian, Tužba radi nadomještanja suglasnosti, PiP, br. 11, 2005., str. 36-44.


Potočnjak, Željko, Glavne značajke novoga Zakona o radu, u: Dika, Mihajlo et al., Ogledi o novom Zakonu o radu (glavna obilježja, ugovori o radu, menadžerski ugovori, plaće, dopusti, otkazi, program zbrinjavanja), opća redakcija Marijan Ruždjak, Zagreb, Narodne novine, 2010.


Rajčić, Davor, Propisi o znanstvenoj djelatnosti i visokom obrazovanju s komentarom, Zagreb, Hrvatska sveučilišna naklada, 2008.


Richardi, Reinhard, § 24 (Rn. 72), u: Münchner Handbuch zum Arbeitsrecht (beck-online, 1.7.2009.)


Rožman, Krešimir, Pravna sudbina nekih ugovora o radu na određeno vrijeme sklopljenih prije 1. siječnja 2010, RP, br. 1, 2010., str. 4-8.


Ruždjak, Marijan, Prestanak ugovora o radu, u: Radni odnosi u gospodarstvu, upravi i pravnoj praksi, Zagreb, Consult biro, 1999.

Ruždjak, Marijan, Sklapanje i prestanak ugovora o radu, u: Zasnivanje i prestanak radnih odnosa – Rješavanje radnih sporova, Zagreb, Narodne novine, 2004., str. 7-52.

Ruždjak, Marijan, Sklapanje i prestanak ugovora o radu članova uprave, izvršnih direktora, te drugih osoba koje samostalno vode poslove poslodavca, u: Ogledi o novom Zakonu o radu, (glavna obilježja, ugovori o radu, menadžerski ugovori, plaće, dopusti, otkazi, program zbrinjavanja), opća redakcija M. Ruždjak, Zagreb, Narodne novine, 2010., str. 63-81.


Summers, Clyde W., Similarities and Differences between Employment Contracts and Civil or Commercial Contracts, IJCLLIR, Vol. 17/1, 2001, str. 5-21.


Šumelj, Ante, Sudski raskid ugovora o radu, HPR, god. 6, br. 1, 2006., str. 80-84.


Terek, Darko, Redoviti otkaz ugovora o radu kod malog poslodavca i u slučaju probnog rada, RiF, god. 49 (XLIX), br. 10., 2003., str. 85-88.

Termination of employment relationships, Legal situation in the Member States of the European Union, European Commission, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, Unit D2, April 2006.


Tintić, Nikola, Radno i socijalno pravo, Knjiga prva: Radni odnosi (I.), Zagreb, Narodne novine, 1969.


Triva, Siniša, Gradansko parnično procesno pravo, Zagreb, Narodne novine, 1983.

Učur, Marinko, Mogući otkazi ugovora o radu, RRiF, br. 6, 1996., str. 1729-1736.


Wallace, Claire, Work Flexibility in Eight European countries: A cross-national comparison, Reihe Soziologie, 60, Institut für Höhere Studien (IHS), Wien, December 2003.


Zuber, Marija, Plaće, naknade plaća i ostala primanja radnika iz radnog odnosa, u: Radni odnosi u Republici Hrvatskoj (ur. Ž. Potočnjak), Zagreb, Pravni fakultet u Zagrebu, Organizator, 2007., str. 215-266.
**Nacionalni pravni izvori**

**Hrvatska**

1. Ustav RH, NN 41/01, 55/01, 76/10, 85/10 (proč. tekst).
3. Zakon o arbitraži, NN 88/01.
5. Zakon o elektročnim medijima, NN 10/02., 80/08.
6. Zakon o mirovinskom osiguranju, NN 102/98., 127/00., 59/01., 109/01., 147/02., 117/03., 30/04., 177/04., 92/05., 43/07., 79/07., 35/08., 40/10., 121/10.
7. Zakon o obveznim odnosima, NN 35/05., 41/08.
8. Zakon o osiguranju potraživanja radnika u slučaju stečaja poslodavca, NN 114/03.
9. Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba s invaliditetom, NN 143/02., 33/05.
11. Zakon o suzbijanju diskriminacije, NN 85/08.
13. Angestelltengesetz, Bundesgesetz vom 11.5.1921 über den Dienstvertrag der Privatangestellten, BGBI. Nr. 292/1921, idF BGBI. Nr. 229/1937...BGBI. I Nr. 35/2006, AngG (Zakon o namještenicima)
15. Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBI Nr. 104/1985, 30/2009, ASGG (Zakon o radnim i socijalnim sudovima)
17. Berggesetz, v. 23.5.1854 (Zakon o rudnicima)
11. Konkursordnung, RGBI 337/1914, zuletzt geändert BGBl. I Nr. 29/2010 (Novelle in Bearbeitung) (Stečajni zakon)

**Francuska**
1. Code civil (Građanski zakonik)

**Njemačka**
1. Grundgesetz, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch das Gesetz v. 21. Juli 2010 (BGBl. I S. 944), GG (Temeljni zakon)


10. DemobilmachungsVO vom 12.2.1920 (Propisi o demobilizaciji)

11. Gesetz zu Ordnung der nationalen Arbeit, vom 20.1.1934, AOG (Zakon o uređenju nacionalnog rada)


15. Gutsangstellengesetz, Bundesgesetz vom 26.9.1923 über den Dienstvertrag der Angestellten in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben; BGBl. Nr. 538/1923, idF BGBl. Nr. 229/1937 ... BGBl. I Nr. 143/2004 (Zakon o namještenicima u poljoprivredi)

16. Insolvenzordnung, v. 5 October 1994, BGBl. I S. 2866, geändert durch Art. 8 Abs. 7 G v. 29.7.2009 I 2355, InsO (Stečajni zakon)

17. Kündigungsfristengesetz, v. 7.10.1993, BGBl. I S. 1668 (Zakon o duljini otkaznih rokova)


20. Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts) v. 26.11.2001, BGBl. 2001 I Nr. 61 S. 3138. (Zakon o modernizaciji obveznog prava)


23. Sozialgesetzbuch, SGB (http://www.sozialgesetzbuch-sgb.de) (Socijalni zakonik)


**Slovenija**

1. Zakon o delovnih razmerjih, Ur.l. RS 42/02., 79/06., 46/07.
2. Zakon o jamstvenem in preživinskem skladu, Ur.l. RS 26/03. (proč. tekst).
3. Zakon o javnih uslužbeneh, Ur.l. RS 56/02.
4. Zakon o delovnih in socialnih sodiščih, Ur.l. RS, št. 2/04.
7. Zakon o spremembah in dopolnitvah zakona o delovnih razmerjih, Ur.l. RS, br. 103/07.
8. Zakon o zaposlovanju in zavarovanju za primer brezposelnosti, Ur.l. RS, 107/06. (proč. tekst), 114/06., 59/07., 63/07.

**Velika Britanija**

2. Disability Discrimination Act (Zakon o diskriminaciji na temelju invalidnosti, 1995.)
3. Employment Act, EA (Zakon o radnom odnosu, 2002.)
5. Employment Equality (Religion or Belief) Regulations (Pravilnik o jednakosti (na temelju religije ili vjere) u radnom odnosu, 2003.)
6. Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations (Pravilnik o jednakosti (na temelju spolne orijentacije) u radnom odnosu, 2003.)
7. Employment Protection (Consolidation) Act, EPCA (Zakon o zaštiti radnog odnosa, 1978.)
8. Employment Relations Act (Zakon o radnim odnosima, 1999.)
9. Employment Rights Act, ERA (Zakon o pravima iz radnog odnosa, 1996.)
10. Employment Tribunals Act, ETA (Zakon o radnim sudovima, 1996.)
11. Fixed-Term Employees (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations, FTER (Pravilnik o posloprimcima na određeno vrijeme (zabrana nepovoljnijeg postupanja), 2002.).
12. Industrial Relations Act, IRA (Zakon o industrijskim odnosima, 1971.)
13. Insolvency Act, IA (Zakon o insolventnosti, 1986.)
14. Race Relations Act (Zakon o rasnim odnosima, 1976.)
15. Indeks Discrimination Act (Zakon o spolnoj diskriminaciji, 1975.)
16. Social Security Contributions and Benefits Act (Zakon o doprinosima i prestacijama iz socijalnog osiguranja, 1992.)
17. Social Security Administration Act (Zakon o upravljanju u području socijalnog osiguranja, 1992.)
18. Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, TULRCA (Zakon o sindikatima i radnim odnosima, 1992.)
Međunarodni pravni izvori

1. Opća deklaracija o pravima čovjeka UN (1948.)
2. Europska socijalna povelja (1961.)
3. Povelja temeljnih socijalnih prava radnika (1989.)
4. Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima UN (1966.)
5. Konvencija MOR-a br. 87 – Konvencija o slobodi udruživanja i zaštiti prava na organiziranje (1948.), NN – MU, br. 3/00.
Zakonodavni akti i drugi izvori europskog prava

20. Zelena knjiga (Partnership for a new organisation of work (1997.))
21. Smjernice o zapošljavanju EU
23. Lisabonska strategija (2005.).

Sudska praksa

Domaća:
Ustavni sud

Vrhovni sud
1. VSRH, Revr-803/09-2, od 3.3.2010.
4. VSRH, Revr-694/04, od 17.01.2007.
5. VSRH, Revr-244/04-2, od 19.4.2007.
6. VSRH, Revr-249/07-2, od 5.06.2007.
8. VSRH, Revr-875/05-2, od 28.03.2006.
17. VSRH, Revr 282/05-2, od 1.5.2005.
18. VSRH, Revr-120/03, od 18.5.2005.
29. VSRH, Revr-87/04, od 5.5.2004.
30. VSRH, Revr-571/03, od 5.5.2004.
34. VSRH, Revr-574/03, od 2.6.2004.
44. VSRH, Revr-500/04, od 23.11.2004.
51. VSRH, Rev-319/02, od 20.05.2003.
52. VSRH, Revr-283/03, od 25.9.2003.
56. VSRH, Rev-1763/01, od 5.6.2002.
57. VSRH, Rev-2147/01, od 27.6.2002.
58. VSRH, Rev-2943/00, od 29.8.2002.
59. VSRH, Revr-150/02, od 23.10.2002.
60. VSRH, Rev-452/02, od 13.11.2002.
64. VSRH, Rev-1533/99, od 27.2.2001.
65. VSRH, Rev-36/00, od 18.4.2001.
66. VSRH, Rev-2935/00, od 9.5.2001.
67. VSRH, Rev-663/01, od 29.5.2001.
68. VSRH, Rev-413/01, od 5.6.2001.
69. VSRH, Rev-1168/01, od 11.7.2001.
71. VSRH, Rev-1368/01, od 23.10.2001.
73. VSRH, Rev-1169/01, od 20.11.2001.
75. VSRH, Rev-2429/00, od 5.12.2001.
76. VSRH, Rev-584/00, od 27.4.2000.
82. VSRH, Rev-2385/97, od 4.2.1998.
83. VSRH, Rev-950/99.
87. VSRH, Rev-1397/96.
89. VSRH, Rev-376/95, od 12.4.1995.
90. VSRH, Rev-1007/95, od 13.4.1995.

Visoki trgovački sud
1. VTS RH, Pž-4035/06, od 23.7.2006. (TS Slavonski Brod P-96/04, od 13.3.2006.).

Županijski sud
1. Županijski sud u Varaždinu, Gž-972/06-2, od 2.5.2006.
3. Županijski sud u Zagrebu, Gžr-2276/02, od 22.4.2003.
5. Županijski sud u Varaždinu, Gž-644/03-2, od 19.5.2003.
7. Županijski sud u Rijeci, Gž-2601/02, od 27.11.2001. – IO 1/3-147.
8. Županijski sud u Zagrebu, Gž-11460/01.
11. Županijski sud u Rijeci, Gž-1400/97, od 2.4.1998.

Strana:
Slovenija

Velika Britanija
1. Airbus UK v. Web [2008]
2. Baxter v. Lim Group of Companies [1994]
6. Cain v. Leeds Western Health Authority [1990]
7. **GMB v. Man Truck and Bus Ltd.** [2000]
8. **Hadjioannou v. Coral Casinos** [1981]
9. **High Table Ltd. v. Horst** [1997]
10. **Hindle v. Percival Boats Ltd.** [1969]
11. **Igbo v. Johnson Matthey Chemicals Ltd.** [1986]
12. **Ladbroke Racing Ltd. v. Arnott** [1983]
15. **Logan Salton v. Durham CC** [1989]
17. **Morrow v. Safeway Stores plc.** [2002]
18. **Paul v. East Surrey District Health Authority** [1995]
19. **Polkey v. AE Dayton Services Ltd.** [1987]
20. **Sheffield v. Oxford Controls Ltd.** [1979]
21. **Sinclair v. Neighbour** [1967]
22. **Smith v. Glasgow City District Council** [1987]
23. **Taylor v. Kent County Council** [1969]
24. **W. Devis & Sons Ltd. v. Atkins** [1977]
25. **Western Excavating** [1978]
27. **White and Carter (Councils) Ltd. v. McGregor** [1962]

**Austrija**
1. OGH 1988 DRdA 1898/23 (S. 387)

**Francuska**
Europski sud pravde

1. Anacleto Cordero Alonso v. Fondo de Guarantia Salarial (Fogasa) (Case C-81/05) [2006] ECR I-7569.
24. Confédération générale du travail (CGT) and others v. Premier ministre (C-385/05) OJC 56/9, 10.3.2007.
35. *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark v. Danmols Inventar, in liquidation* (C-105/84) [1985], ECR 2639.
37. *Francovich (No 1) and Bonifaci v. Italian Republic* (Joined Cases C-6 and Case C-9/90) [1991] ECR I-5357.
38. *Francovich (No. 2) v. Italy* (Case C-479/93) [1995] ECR I-3843.
42. *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark, acting on behalf of Helle Elisabeth Larsson v. Dansk Handel & Service, acting on behalf of Føtex Supermarked A/S.* (Case C-400/95) [1997] ECR I-02757
43. *INPS v. Barsotti* (Joined cases C-19/01, C-50/01, C-84/01) [2004] ECR I-000.
44. *International Transport Workers Federation v. Line ABP Viking* (Case C-438/05) [2006] IRLR 58.
45. *José Vincente Olaso Valero v. Fondo de Garantia Salarial* (Case C-520/03) [2004] ECR I-000.
54. *Mercedes Gómez Montaña v. Claro Sol SA and Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)* (Case C-74/97) [1999] IRLR 132

507
60. Pflücke v. Bundesanstalt für Arbeit (Case C-125/01) [2003] ECR I-9375.
67. Rodríguez Caballero v. Fondo de Garantía Salarial (Case C-442/00) [2002] ECR I-11915.
73. Walcher v. Bundesamt für Soziales und Behinderten wesen Steiermark (Case C-201/01) [2003] ECR I-8827.
75. Wippel v. Peek & Cloppenburg GmbH (Case C-313/02) [2005] ECR I-000.

Važnije web stranice korištene u radu:
5. Ustavni sud, http://www.usud.hr/
### POPIS VAŽNIJIH KRATICA

<table>
<thead>
<tr>
<th>KRATICA</th>
<th>TRESNJE</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td><strong>ABGB</strong></td>
<td>Allgemeine bürgerliches Gesetzbuch</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>BAG</strong></td>
<td>Bundesarbeitsgericht (Savezni radni sud, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>BGB</strong></td>
<td>Bürgerliches Gesetzbuch</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>BGBl.</strong></td>
<td>Bundesgesetzblatt (Službeni list, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>BGH</strong></td>
<td>Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>BVerfG</strong></td>
<td>Bundesverfassungsgericht (Savezni ustavni sud, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>CLLJ</strong></td>
<td>Comparative Labour Law Journal</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>CT</strong></td>
<td>Code du travail</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>DiD</strong></td>
<td>Delavci in delodajalci</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>ERA</strong></td>
<td>Employment Rights Act, 1996. (UK)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>FiP</strong></td>
<td>Financije i porezi</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>GG</strong></td>
<td>Grundgesetz (Temeljni zakon, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>H.</strong></td>
<td>Heft</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>HPR</strong></td>
<td>Hrvatska pravna revija</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>IJCLLIR</strong></td>
<td>The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>IJL</strong></td>
<td>International Law Journal</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>Indus. L.J.</strong></td>
<td>Industrial Law Journal</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>IngPrSP</strong></td>
<td>Pregled sudske prakse (Inženjerski biro)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>IRLR</strong></td>
<td>Industrial relations law reports</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>JIR</strong></td>
<td>Journal of Industrial Relations</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>KSchG</strong></td>
<td>Kündigungsschutzgesetz (Zakon o zaštiti u slučaju otkaza, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>LAG</strong></td>
<td>Landesarbeitsgericht (Zemaljski radni sud, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>Mo. L. R.</strong></td>
<td>Missouri Law Review</td>
</tr>
<tr>
<td><strong>Mod. L. Rev.</strong></td>
<td>The Modern Law Review</td>
</tr>
<tr>
<td>Abbr.</td>
<td>Title</td>
</tr>
<tr>
<td>-------</td>
<td>--------------------------------------------</td>
</tr>
<tr>
<td>NJW</td>
<td>Neue juristische Wochenschrift</td>
</tr>
<tr>
<td>NN</td>
<td>Narodne novine</td>
</tr>
<tr>
<td>NZA</td>
<td>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>OGH</td>
<td>Oberster Gerichtshof (Vrhovni sud, R. Austrija)</td>
</tr>
<tr>
<td>PuG</td>
<td>Pravo u gospodarstvu</td>
</tr>
<tr>
<td>PiP</td>
<td>Pravo i porezi</td>
</tr>
<tr>
<td>RiF</td>
<td>Računovodstvo i financije</td>
</tr>
<tr>
<td>RRiF</td>
<td>Računovodstvo, revizija i financije</td>
</tr>
<tr>
<td>RP</td>
<td>Radno pravo</td>
</tr>
<tr>
<td>SGB</td>
<td>Sozialgesetzbuch (Socijalni zakonik, SR Njemačka)</td>
</tr>
<tr>
<td>UEZ</td>
<td>Ugovor o Europskoj zajednici</td>
</tr>
<tr>
<td>UFEU</td>
<td>Ugovor o funkcioniranju EU</td>
</tr>
<tr>
<td>Ur.I. RS</td>
<td>Uradni list Republike Slovenije</td>
</tr>
<tr>
<td>Zbornik PFri</td>
<td>Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci</td>
</tr>
<tr>
<td>Zbornik PFZ</td>
<td>Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu</td>
</tr>
<tr>
<td>ZDR</td>
<td>Zakon o delovnih razmerjih (R. Slovenija)</td>
</tr>
<tr>
<td>ZIAS</td>
<td>Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>ZOO</td>
<td>Zakon o obveznim odnosima</td>
</tr>
<tr>
<td>ZR</td>
<td>Zakon o radu</td>
</tr>
<tr>
<td>ZSDU</td>
<td>Zakon o sodelovanju delavcev pri upravljanju</td>
</tr>
<tr>
<td>ZTD</td>
<td>Zakon o trgovačkim društvima</td>
</tr>
</tbody>
</table>