

*Александра Појовић, студент докторских студија
Универзитет у Београду,
Правни факултет у Београду*

ДЕЈСТВО ЗАБРАНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У РАДНОМ ПРАВУ

Сажетак: Слобода рада је основно начело радног права и подразумева право појединца да сагласно својим способностима бира запошљавање или самостално обавља одређену делатност. Увођењем сметњи, међу које се убраја и забрана конкуренције, ограничава се слобода рада. У раду се приказује природа и дејство забране конкуренције у радном праву уз издвајање најважнијих уредно-правних елемената. Циљ је да покажемо да легитимност забране конкуренције подразумева успостављање равнотеже између пословних интереса послодавца и слободе рада запосленог. Закључак је да домаће позитивно право не пружа довољну империјативну заштити запослених у контексту уговарања забране конкуренције, уз суштинску да је целесходно прецизирајући минимални износ компензације за време трајања предметне сметње за заснивање радног односа.

Кључне речи: забрана конкуренције, антиконкурентска клаузула, сметња за заснивање радног односа

I УВОД

Сфера радног права је сфера слободе рада и слободе уговарања достојанствених услова рада - индивидуални уговор о раду, као и сфера слободе социјалног дијалога (слободе удруживања и слободног колективног преговарања) – колективни уговор о раду.¹ Слобода рада значи и право поједин-

¹ Б. Лубарда, Радно право Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012. год., стр. 101.

ца да према својим стручним, психичким и физичким способностима бира запослење, као и слободу самосталног обављања одређене делатности.² Поред *homo ludens*, слобода рада се испољава и као слобода избора рада (професије, посла, запослења) и послодавца, али и као слобода рада у току трајања радног односа и на тај начин се исказује потреба за радом, стваралаштвом – *homo faber*.³ Право на рад као уставно начело, гарантује свакоме право на слободан избор рада, доступност сваког радног места и могућност да сви грађани под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције.⁴ Основну садржину права на рад чини право грађанина, да под одговарајућим условима може стећи запослење и да му се тиме омогући да ради.⁵ Право на рад омогућава економску независност појединца, његове породице и пун развитак и остварење људске личности.⁶

Субјекти радног односа - запослени и послодавац имају посебне интересе, у смислу да послодавац тежи остварењу већег профита, а запослени већој заради, а просперитет и успешно пословање су заједнички интереси који их доводе у правну и економску заједницу, јер обезбеђење већег профита, омогућава исплату већих зарада. Радни однос је правни израз интересне равнотеже запосленог и послодавца, која је надаље основна претпоставка функционисања и опстанка радног односа, а нелојална конкуренција ту равнотежу може да поремети, због чега се често уговарају клаузуле забране конкуренције.⁷ Правна заједница послодавца и запосленог уоквирена је њиховим радним односом, а економску заједницу ствара узајамна потреба да обезбеде што бољу пословну позицију на тржишту добара, услуга или радова. У условима економске кризе позиционирање послодавца на релевантном тржишту производа на релевантном географском тржишту је од посебног значаја за његов привредни опстанак, одржавање запослења и евентуално отварање нових радних места. Конкуренција као надметање играча у тржишној утакмици представља садржај саме утакмице, јер се послодавци међусобно такмиче ко ће да понуди управо оно што се захтева на тржишту, а у циљу остваривања већег профита. Конкуренциско надметање послодавца ствара конкурентски притисак, који подстиче економску ефикасност, која надаље постаје основни покретач привредног на-

² Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001. год., стр. 163.

³ Б. Лубарда, Увод у радно право са елементима социјалног права, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2013. год., стр. 37.

⁴ Чл. 53 и чл. 60. став 2. и 3. Устава Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006)

⁵ А. Фримерман, *Радно право*, Југословенски институт за продуктивност рада, 1986. год., стр.49.

⁶ С. Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет Нови Сад, 2010., стр. 93.

⁷ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Нови Сад, Центар за издавачку делатност, 2012., стр. 203.

претка.⁸ Послодавци функционално треба да се развијају у условима слободне конкуренције, која представља тржишну утакмицу у којој сви учесници на неограничен начин утврђују сопствено понашање и у којој професионални корисници и потрошачи имају потпуну слободу избора (у условима практично реалније ефективне конкуренције).⁹ Право конкуренције садржи инструменте за развој и контролу тржишне привреде и има за циљ да олакша домаћа и страна улагања, као и да омогући стварање конкурентног тржишта. Функционална конкуренција је активно средство које омогућава одржив економски развој, а самим тим и социјално благостање. Примарни разлог заштите конкуренције је њено остваривање из ког надаље произилазе: борба против инфлације и обезбеђивање веће запослености, а који несумњиво имају позитивне ефекте на деловање привреде и друштва. Наиме, очување конкуренције има подстицајни učinak на пораст индивидуалне ефикасности и друштвеног благостања, утиче на инвентивност учесника, која се манифестује кроз унапређење технолошких процеса, маркетинг менаџмента и адаптирању на тржишту.

Осим за послодавце, слободна конкуренција је од посебног значаја и за запослене, јер је у радном праву присутна међу кандидатима приликом заснивања радног односа, као и међу запосленима приликом напредовања и награђивања. Из наведеног произилази да би послодавац остварио континуитет у свом пословању у условима сурове тржишне конкурентске борбе, мора да ужива лoјалност запослених, која се подстиче и одредбама о забрани конкуренције.

Поред привредног и радног, забрана конкуренције је предмет регулисања и облигационог права. Поред општег начела да једна уговорна страна не може да предузима активности којима се наноси штета другој уговорној страни, облигационо право одређује да заступник не може без пристанка налогодавца преузети обавезу да на истом подручју исту врсту послова ради за другог налогодавца.¹⁰ Самим тим, забрана конкуренције која је предмет регулисања радног права не може да се посматра изоловано од елементарне конкуренције у другим гранама права.

У ужем смислу предметна сметња обухвата клаузулу забране конкуренције, а у ширем смислу поред антиконкурентске клаузуле, забрана конкуренције има следеће појавне облике: „inevitable disclosure“, „garden leave“, фидуцијарну дужност заступника и „non solicitation agreement“.

⁸ Б. Беговић, В. Павић, *Шта је то конкуренција и како се штићити?*, Центар за либерално – демократске студије, Београд, 2010. год., стр. 5.

⁹ Т. Рајчевић, *Право конкуренције Европске уније*, Канцеларија за придруживање Европској унији, Београд, 2006. год., стр. 16.

¹⁰ Чл. 790. став. 3. Закон о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља)

II ПРАВНИ ОКВИРИ РЕГУЛИСАЊА КЛАУЗУЛЕ ЗАБРАНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ У РАДНОМ ПРАВУ

До заснивања радног односа не може да дође уколико постоје одређене околности које производе правне последице које задиру у право на рад и слободу рада, па се из наведених разлога називају сметње за заснивање радног односа. „Сметње за заснивање радног односа (или негативни услови за заснивање радног односа) су правне чињенице које лицу које испуњава (позитивне) услове за заснивање радног односа привремено (ређе трајно) правно онемогућава заснивање радног односа, стицање звања, односно чије наступање има за последицу престанак радног односа.“¹¹

Клаузула забране конкуренције представља сметњу за рад у своје име и за свој рачун, као у име и за рачун другог правног или физичког лица на пословима на којима постоји опасност од трансфера нових, посебно важних технолошких знања, круга пословних партнера или важних пословних информација и тајни. Самим тим, дејство клаузуле забране конкуренције искључиво се везује за послове које испуњавају напред наведене услове, те сметња није присутна за обављање других послова. Клаузула забране конкуренције се уговора услед сагласности воља послодавца и запосленог, што не утиче на њену квалификацију као сметње за обављање дефинисаних послова. Кулић сматра да сметње за заснивање радног односа могу да буду предвиђене законом, колективним уговором или другим општим актом, да могу да проистекну из општих правних начела, ширег тумачења појединих правних норми или из моралног поимања ствари, уз напомену да се о сметњама понекад води рачуна иако за то не постоје изричито правни разлози.¹² Лубарда наводи да се сметње по правилу утврђују законом, ређе колективним уговорима о раду, кодексима професионалног и етичког понашања, па чак и индивидуалним уговором о раду.¹³

Дејством клаузуле забране конкуренције може да буде обухваћено лице које заснива радни однос (на пример: незапослено лице, запослено лице које жели да промени послодавца, запослени који ради са непуним радним временом код једног послодавца, а жели за остатак радног времена да заснује радни однос код другог послодавца) или које обавља рад ван радног односа (примера ради на основу уговора о обављању привремених и повремених послова, уговора о делу, о стручном оспособљавању и уса-

¹¹ Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2013., стр. 105.

¹² Ж. Кулић, *Радно право*, Привредна академија, Нови Сад, 2008., стр. 133.

¹³ Лубарда, Б., *Радно право Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012., стр. 301.

вршавању, као и лице које је у радном односу са пуним радним временом код једног послодавца, а жели да закључи уговор о допунском раду са другим послодавцем). Запослени на кога се примењује клаузула забране конкуренције, а који је у радном односу са пуним радним временом код једног послодавца, може да закључи уговор о допунском раду са другим послодавцем, највише до једне трећине пуног радног времена за обављање послова на којима не постоји опасност да пренесе стечена знања, пословне партнере или пословне информације и тајне. Међутим, уколико је запослени закључио клаузулу конкуренције којом је предвиђено ограничење слободe рада и заснивања радног односа код конкурентског послодавца до две године по престанку радног односа, нема право да се запосли код конкурентског послодавца, ограничена му је слобода предузетништва, а не може ни да закључи уговор грађанског права (уговор о делу) са конкурентским послодавцем за обављање послова који су обухваћени предметном клаузулом.¹⁴ Увођење сметњи за заснивање радног односа, самим тим и клаузуле забране конкуренције не сме да води дискриминацији људи у погледу запошљавања по било ком забрањеном основу.¹⁵

Сметње својим правним дејством онемогућавају заснивање пуноважног радног односа јер спречавају одређено лице да заснује правноваљани радни однос.¹⁶ За постојање правноваљаног радног односа потребно је да постоји правни основ и да лице ступи на рад у супротно настаје фактички радни однос. Ништав је уговор о раду које лице закључи са конкурентским послодавцем супротно клаузуле забране конкуренције, и ранији послодавац може захтевати накнаду штете и то не само од раније запосленог већ и од новог послодавца који је несавесно поступио запошљавањем радника супротно клаузуле забране конкуренције (што је могао да утврди увидом у радну књижицу запосленог у којој се наводи да запослени није слободан за сваки професионални ангажман), јер причињена штета може да буде изузетно велика и постоји могућност да запослени не може сам да је надокнади.¹⁷

1. Регулисање клаузуле забране конкуренције у упоредном праву

Радно-правни положај запослених у корелацији са забраном конкуренције регулисан је у упоредном праву. Пост – уговорна ограничења кон-

¹⁴ *Ibidem*, стр. 750.

¹⁵ А. Фримерман, *Радно љ право*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд, 1986., стр. 154.

¹⁶ Б. Шундерић, *Сметње за заснивање радног односа*, Радничко самоуправљање, бр. 3/1983, стр. 102

¹⁷ Лубарда, Б., *Радно љ право Расправа о достојанственом раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012., стр. 331. и 332.

курвенције примера ради у Немачком праву су посебно честа код чланова управног одбора, генералних директора и код других виших и кључних запослених лица. У Немачком праву, због ограничења професионалног напредовања и евентуалног ограничења потенцијалне могућности зараде запослених за дефинисани период, забрана конкуренције је предмет стриктних захтева везано за форму и садржину, који уколико нису примењени имају за последицу неважност клаузуле. Необавезујуће или неважеће клаузуле могу ограничити корпоративне напоре да се заштити вредни know-how, уговори са клијентима или друге осетљиве информације, које могу да буду пренете конкурентима. Забрана конкуренције, која као сметња обавезује запосленог након престанка радног односа мора да буде сачињена у писаној форми. Послодавац мора да буде прописно представљен од стране надлежних органа или представника и има обавезу да уручи запосленом потписан оригинал уговора. Да би антиконкурентска клаузула била важећа и обавезујућа њен садржај мора да буде пажљиво припремљен, јер с једне стране мора да одражава легитимне пословне интересе послодавца, а с друге стране мора да пружи заштиту запосленом од неразумног ометања његовог професионалног усавршавања.¹⁸ Спречавање драгоценог know-how или друге осетљиве информације од преношења конкуренцији од стране бившег запосленог се уобичајено идентификује, као легитиман пословни интерес послодавца, с тим да мора да постоји повезаност са пословима које је лице обављало и предметом забране конкуренције. На крају радног односа оцењује се да ли антиконкурентска клаузула неразумно омета професионално напредовање запосленог, а на основу њеног обима, територијалну примену, трајање и износ уговорене компензације. У Немачком праву нису дефинисани територијални лимити у оквиру којих клаузула забране конкуренције може да се уговара, али дефинисано је њено максимално трајање на две узастопне године. Исто тако, прецизирано је да компензација у износу од најмање 50% од последње плате запосленог, мора да буде плаћена за време уговореног периода. Компензација за антиконкурентску клаузулу, мора да се исплаћује месечно. У случају додатних облика накнаде, прецизан износ компензације израчунава се на основу уобичајене варијабилне уговорене накнаде за претходне три године. Износ компензације поред износа последње месечне зараде, треба да обухвати и све форме варијабилних накнада као што су бонуси, накнаде или јубиларне награде. Антиконкурентска клаузула је неважећа уколико није уговорена компензација (или је уговорена на мањи износ од законски дефиниса-

¹⁸ A. Schuster, *The German commercial code*, Stevens and Sons, London, 1911., Чл. 74, доступан на интернет страни http://www.archive.org/stream/germancommercial00germuoft/germancommercial00germuoft_djvu.txt, датум приступа 24.01.2014. год.

ног), уколико је уговор закључен за време приправништва или са запосленима који су малолетници. Међутим, уколико је прекорачен максимални период од две године, уговор обавезује и послодавца и запосленог само за период од две године, након чега запослени има право да изабере да ли ће се придржавати постуговорним ограничењима конкуренције. У Немачком праву узајамне обавезе у постуговорним антиконкурентским клаузулама могу да буду једнострано опозвани од стране послодавца или запосленог или заједничким споразумом уговорних страна. Послодавац има право да се једнострано одрекне било ког права из антиконкурентске клаузуле путем писмене изјаве у погледу запосленог. Чим запослени добије такво одрицање, он више није у обавези да се уздржава од конкурентских активности, међутим послодавац има уговорну обавезу да у периоду од 12 месеци од доставе такве изјаве плаћа запосленом релевантну компензацију. Наведени услови за пуноважност антиконкурентске клаузуле у Немачком праву не примењују се у потпуности на директоре или чланове управног одбора, али ипак по аналогији и за њих треба да буду обезбеђени компаративни услови, који су у равнотежи са легитимним пословним интересима послодавца и онемогућавања неразумне опструкције професионалног усавршавања наведених лица. Компензација од 50% од износа последње зараде, није изричито предвиђена за директоре или чланове управног одбора, али се препоручује у случајевима обимне листе забрањених конкурентских активности (може да се уговори компензација која не узима у обзир варијабилне накнаде, већ само фиксни износ зараде).¹⁹

Повреда антиконкурентске клаузуле и обавезе чувања професионалне тајне у Италијанском праву кажњава се санкцијама које могу да се крећу у дијапазону од дисциплинских казни па све до отпуштање запосленог у зависности од тежине повреде, а у складу са закљученим колективним уговорима. Обелодањивање индустријских и научних тајни, сагласно Италијанском Кривичном закону казнено се са казном затвора у трајању до две године, с тим, да обавеза чувања пословне тајне уобичајено не означава да запослени не може да користи професионалне вештине које је стекао на послу.²⁰

Постоји опште правило да радно право Русије не садржи ограничења у сфери могуће конкуренције запосленог са његовим послодавцем, међутим питање постојања конкуренције може да се појави у случају обављања

¹⁹ Чл. 74., 74а, 74b, 74c и 75a *Handelsgesetzbuch, Gesetz vom 10.05.1897* (RGrB. I S. 219), zuletzt geändert durch Gesetz vom 04.10.2013 (BGBl. I S. 3746) m.W.v. 10.10.2013, stand: 01.01.2014 aufgrund Gesetzes vom 28.08.2013 (BGBl. I S. 3395), доступан на интернет страни: <http://dejure.org/gesetze/HGB>, датум приступа 24.01.2014. год.

²⁰ T. Treu, *Labour Law in Italy*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010., стр. 74.

више послова на основу више уговора о раду са различитим послодавцима. Правила која регулишу обављање више послова (секундарно обављање регуларног плаћеног посла на основу уговора о раду, који се врши ван времена обављања главног посла) не дефинишу сметње везано за забрану конкуренције. Овај приступ, базира се на принципу да се запослени заснивањем радног односа укључује у однос субординације послодавцу, који подразумева неконкуренцију, те је непотребно увођење ове сметње. Од наведеног правила постоје изузеци који се везују за одређене категорије запослених (из сфере образовања, медицине, фармације и т.д.) за које се прописују сметње за обављање другог посла, као и за руководиоца послодавца. Наиме, руководиоца послодавца има право да обавља хонорарни посао у другој организацији само на основу споразума са овлашћеним органом послодавца, власником имовине или овлашћеним заступником власника, а сметња постоји и везано за могућност учешћа у инспекцијским и контролним телима ове организације.²¹ Забрана конкуренције може да буде гарантована уношењем у уговорима о раду клаузуле о обавези чувања пословне тајне. У Руском законодавству предвиђена је обавеза запосленом да чува пословну тајну коју је сазнао за време радног односа три године након његовог престанка.²²

У Данском праву антиконкурентска клаузула је део императивних правила, тако да је послодавац у обавези да плати запосленом компензацију 50% од бруто плате (осим када су у питању генерални директори). Уколико послодавац отпусти запосленог, не обавезује га антиконкурентска клаузула.²³

У Белгијском праву антиконкурентска клаузула се примењује на запослене чија годишња зарада прелази 30.327€. Антиконкурентска клаузула валидна је само уколико послодавац докаже да ће запослени проузроковати штету коришћењем комерцијалног или индустријског знања које је стекао, ако се клаузула односи на сличне послове, географски је ограничена на локацију где запослени реално може да буде конкуренција бившем послодавцу (узимајући у обзир природу делатности послодавца и радиус његових активности на Белгијској територији) и максимално траје 12 месеци. Одредбе о забрани конкуренције биће валидне за оне циљеве који су дефинисани између синдиката и послодавца било на гранском или нивоу по-

²¹ Чл. 276. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 N 197-ФЗ, доступан на интернет страници <http://www.consultant.ru/popular/tkrf/>, датум приступа 17.02.2014. год.

²² Z. Anatolevna Gorbachëva, *Labour Law in Russia*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2011., стр. 142.

²³ A. Kontrimas, M. Samsa, *International expatriate employment handbook*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, стр. 170

слодаваца уколико је годишња бруто зарада запосленог између 30.327€ и 60.654€. Уколико запослени зарађује више од 60.654€ годишње, сметња важи за све циљеве који нису искључени уговором између социјалних партнера. Послодавац је у обавези да плати запосленом, на име примене сметње, минимално половину од његове уобичајене зараде као накнаду за време трајања периода забране конкуренције, што се регулише у писаној форми. Поступање супротно забрани конкуренције повлачи са собом обавезу запосленом да плати послодавцу обештећење у једнаком износу колико је примио од послодавца, с тим да судија у случају спора, може да смањи или повећа овај износ. Одступање од наведених правила, може да се предвиди за запослене са „белом крагном“ (који имају директно или индиректно знање које је ексклузивно за послодавца и који могу коришћењем тог знања послодавцу да проузрокују штету) и за послодавце који имају међународно поље активности, техничке или финансијске интересе на међународном тржишту или свој истраживачки центар. Запослени који са послодавцем закључи не стандардну антиконкурентску клаузулу има право на компензацију, која се примера ради обрачунава према врсти посла које лице обавља, трајању периода забране конкуренције, њено територијално дејство, као и висине зараде запосленом. У Белијском праву забрана конкуренције као сметња примењује се на трговачке путнике за обављање сличних послова и траје максимално 12 месеци, а компензација се везује максимално за износ тромесечне зараде.²⁴

У праву Европске уније, уговорно ограничење за пословне активности комерцијалног агента (самозапослени посредник, који има овлашћење да врши купопродају у име и за рачун другог лица) након престанка агенцијског уговора, везује се за трговачку клаузулу, која може да буде валидна ако је закључена у писаној форми и ако се односи за одређено географско подручје или групе потрошача поверених комерцијалном агенту или врсти добара уговором покривених од његове агенције. Ограничење трговинске клаузуле као сметње за пословне активности комерцијалног агента биће валидно не дуже од две године након окончања агенцијског уговора.²⁵

2. Регулисање клаузуле забране конкуренције у домаћем праву

Клаузула забране конкуренције у радном праву може се посматрати са више аспеката: према обиму професионалних активности субјеката,

²⁴ R. Blanpain, *Labour law in Belgium*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010., стр 251 и 252.

²⁵ Чл. 1. став 2. и чл. 20. Директиве Савета Европске уније о самозапосленим комерцијалним агентима од 18.12.1986. год., Official journal of the European Communities No L 382/17.

временског и територијалног важења, компензације запосленом и санкције за њено кршење.

У складу са законом и колективним уговором (уколико је исти закључен) послодавац и запослени уговором о раду могу да уговоре клаузулу забране конкуренције као сметњу за заснивање радног односа. У домаћем праву сметња - забрана конкуренције се регулише пре заснивања радног односа и то пре ступања запосленог на рад, јер се уговором о раду утврђују послови које запослени не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца. Уговором о раду утврђују се послови које запослени (који радом код послодавца може да стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних пословних информација и тајни), без сагласности послодавца код кога је у радном односу, не може да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, а ни као комисионар у своје име, а за рачун другог.²⁶ У питању су не кумулативно, већ појединачно одређени послови, те је један услов довољан да буде утврђена клаузула забране конкуренције.

Уговарање клаузуле забране конкуренције подразумева и утврђивање послова које запослени не може да обавља. Услед недостатка законски регулисаног корпуса послова на које може да се односи предметна сметња, произилази да предмет забране могу да буду сви или само неки послови из делатности послодавца. С обзиром, да је клаузула забране конкуренције сметња (чињеница или околност која онемогућава лицу које испуњава све услове да заснује радни однос²⁷) која лицу на које се односи онемогућава обављање одређених послова, није од значаја да ли то лице послове за које има сметњу код послодавца врши или је распоређено да обавља друге послове.

У зависности од врсте посла на који се клаузула забрана конкуренције односи, општим актом и уговором о раду утврђује се и њено територијално важење.²⁸ Уговором о раду не може територијално важење забране конкуренције да буде утврђено, неповољније за запосленог у односу на важење дефинисано општим актом.²⁹ Сметња – забрана конкуренције није апсолутна ни везано за простирање, јер њеним увођењем одређује се и те-

²⁶ Чл. 161. став 1. и став 2. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013. Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58.

²⁷ Б. Шундерић, *Сметње за заснивање радног односа*, Радничко самоуправљање, бр. 3/1983, стр. 102

²⁸ Чл. 161. став 3. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013, Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58.

²⁹ Љ. Павловић, *Забрана конкуренције према Закону о раду*, Правни живот, vol. 53, iss. 10, 2004. стр. 827.

риторија на коју се протеже њено дејство. Територијално важење забране конкуренције одређује се подручјем чије границе могу да буду републичке, покрајинске, регионалне или локалног карактера, а у зависности од природе посла који је предмет забране и то са становишта тржишта. Забрана је условљена заштитом интереса послодавца, који одређује територијалне маргине сагласно својим потребама. За поједине послове могуће је уговорити различита подручја забране, тако да за неке клаузула забране делује на широј, а за неке на ужој територији, зависно од опсега интереса послодавца. Како се у току пословања интереси послодавца могу променити, практичније је да се клаузула конкуренције регулише уговором о раду, јер је његова промена лакша у односу на измену општег акта.³⁰

Обавеза лојалности и поштовања забране конкуренције може да надживи радни однос и да обавезује запосленог и након његовог престанка. Послодавац и запослени уговором о раду могу да уговоре и услове забране конкуренције и накнаду штете за случај њене повреде у року који не може да буде дужи од две године по престанку радног односа.³¹ У питању је сметња са продуженим дејством и њен *ratio* је истоветан са њеном сдржином када се уговара за време трајања радног односа. Диференцијација између забране конкуренције као сметње која производи последице за време трајања радног односа и сметње са продуженим дејством, састоји се у томе да када забрана траје колико и радни однос, по престанку истог, запослени је слободан да се бави пословима из делатности послодавца, што није случај када има продужено дејство. Кад је забрана конкуренције одређена као сметња са продуженим дејством, запослени (без сагласности послодавца) не може да обавља послове за које је засновао радни однос за време трајања уговореног периода који може максимално да износи две године након престанка радног односа. Продужено дејство забране конкуренције као сметње за заснивање радног односа, одређује се сагласно природи послова које запослени обавља у складу са интересима послодавца, а имајући у виду и последице ограничења права на рад запосленом, тако да може да буде утврђено и на краћи период од две године по престанку радног односа. Након истека рока продуженог дејства ове сметње, запослени је у могућности да заснује радни однос за обављање истих послова за које је код претходног послодавца имао забрану.³²

³⁰ З. Ивошевић, *Радно љраво*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд, 2013., стр. 181.

³¹ Чл. 162. став 1. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013. „Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58

³² З. Ивошевић, *Радно љраво*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд, 2013., стр. 179.

Лојалност запосленог послодавцу након престанка радног односа услед уговореног продуженог дејства сметње подразумева новчану компензацију. Сметња - забрана конкуренције са продуженим дејством, може да се уговори ако се послодавац уговором о раду обавезе да ће запосленом исплатити новчану накнаду у уговореној висини. Висина новчане накнаде за примену предметне сметње утврђује се уговором о раду и обавеза плаћања доспева са даном престанка радног односа. Из практичних разлога уговором о раду може да се прецизира и рок за исплату новчане накнаде, јер његовим истеком у случају неиспуњења обавезе послодавца, запослени би био ослобођен сметње и могао би да обавља и послове које је обухватала клаузула забране конкуренције.³³ Приликом одређивања висине накнаде коју послодавац плаћа бившем запосленом за поштовање његових економских интереса, мора се узети у разматрање способност лица да пронађе друго запослење, а посебно имајући у виду његово образовање и искуство. У упоредном праву, радно законодавство изричито прописује да износ компензације бившем запосленом, не може да буде мањи од једне трећине основне зараде.³⁴ Висина накнаде може износити и једну половину зараде, међутим код запослених који су дефицитарни на тржишту радне снаге, износ накнаде може да се уговори у пуном износу зараде коју је имао код претходног послодавца.³⁵

Запослени поступа супротно забране конкуренције, коришћењем знања, пословних партнера, информација и тајни до којих је дошао радом код послодавца и без његове сагласности обавља послове за које има сметњу у своје име и за свој рачун, односно у име и за рачун другог правног или физичког лица. Послодавац има право да од запосленог захтева накнаду штете ако запослени поступа супротно уговореној клаузули забране конкуренције.³⁶ Понашање запосленог супротно обавезе заштите конкуренције подразумева намерно поступање уз присутну крајњу непажњу, а висина штете се утврђује у сваком конкретном случају у зависности од врсте послова и трајања стања повреде. Уколико запослени одбије да плати штету о захтеву послодавца за накнаду, одлуку доноси суд.³⁷

³³ Чл. 162. став 2. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013., Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58

³⁴ Чл. 228. Мађарског Закона о раду (Act I, Hungarian Official Gazette No. 2 of 2012 on 6 January 2012 and Act CIII, Hungarian Official Gazette No. 103 of 2013 on 22 June 2013)

³⁵ Б. Лубарда, *Забрана конкуренције у радном њраву*, Правни живот, vol. 41, iss. 5-6, 1992. год., стр. 891.

³⁶ Чл. 161. став 4. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013., Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58.

³⁷ З. Ивошевић, *Радно њраво*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд 2013., стр. 181.

Закон о раду Републике Србије из 2005. године³⁸ изричито не ослобађа запосленог од забране конкуренције у року од не дуже од две године по престанку радног односа у случају ако послодавац запосленом откаже уговор о раду, а за то није имао оправдан разлог, као што је то чинио Закон о раду из 2001. године.³⁹

По својој природи забрана конкуренције је релативна, отклоњива, условна, привремена сметња за заснивање радног односа, факултативне природе. Релативност ове сметње састоји се у ограничењу заснивања радног односа у своје име и за свој рачун или код послодавца који обавља конкурентску делатност и за ког би било релевантно стечено знање запосленог, пословне информације или тајне, односно партнерски круг. Самим тим, клаузула забране конкуренције нема апсолутни карактер (не забрањује заснивање радног односа код било ког послодавца), већ оставља запосленом слободу у избору осталих неконкурентних послодаваца. Релативност ове сметње се огледа и у могућности везивања само за одређену територију, уз могућност да запослени може да ради уговорене послове у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, без сагласности послодавца код кога је у радном односу на територији која није обухваћена клаузулом забране конкуренције. Забрана конкуренције није апсолутна сметња и из разлога што је њено уговарање условљено природом послова које запослени обавља код послодавца.

Предметна сметња је отклоњива из разлога што послодавац својом вољом може да стави ван снаге њено дејство, уколико престане да постоји интерес за њену примену. Забрана конкуренције остаје без дејства услед могућности послодавца да својом сагласношћу, омогући запосленом обављање релевантних послова. Сагласност за обављање одређених послова послодавац не даје генерално, већ одобрава или ускраћује одобрење за обављање конкретних послова. Како је забрана конкуренције саставни део уговора о раду, који се закључује у писаној форми и сагласност послодавца, која искључује примену уговорне клаузуле и дозвољава обављање забрањених послова, мора имати исту форму.⁴⁰

Антиконкурентска клаузула је условна сметња јер се утврђује само ако запослени својим радом код послодавца стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или дође до сазнања важних пословних информација и тајни.

³⁸ Чл. 161. и 162. Закона о раду („Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013)

³⁹ Чл. 94. став 2. Закон о раду („Сл. гласник РС“, бр. 70/2001 и 73/2001 - испр.)

⁴⁰ З. Ивошевић, *Радно право*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд 2013., стр. 179.

Предметна сметња је привременог карактера због законски дефинисаног максималног лимита од две године по престанку радног односа. Исто тако, послодавац може ослободити запосленог обавезе повиновања овој сметњи и пре истека рока на који је уговорена.⁴¹

Клаузула забране конкуренције је факултативна сметња за заснивање радног односа, која је присутна само ако се изричито дефинише уговором о раду.

Треба разликовати инкомпатибилност јавних функција и лукративних послова од забране конкуренције. Инкомпатибилност се одређује Уставом или се дефинише законски, а забрана конкуренције законом, колективним или индивидуалним уговором о раду. Диференција се проналази и у чињеници да се инкомпатибилност утврђује првенствено ради заштите јавног интереса, а забрана конкуренције има за циљ да помири интересе послодавца и запослених.⁴²

У случају статусне, односно промене послодавца, општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника, који је у обавези да потпуно и истинито послодавца следбеника, обавести о правима и обавезама који се преносе.⁴³ Из наведеног произилази, да је пре преноса права и обавеза из радног односа, послодавац претходник у обавези да обавести послодавца следбеника о постојању сметњи које произилазе из уговора који садрже забрану конкуренције. Пропуст послодавца претходника да обезбеди информације о постојању ове сметње неће имати никаквог утицаја на послодавца следбеника у погледу примењивања права која произилазе из ових уговора.⁴⁴

III ПОЈАВНИ ОБЛИЦИ ЗАБРАНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ КАО СМЕТЊЕ

Поред антиконкурентске клаузуле, забрана конкуренције има следеће појавне облике: „inevitable disclosure“, „garden leave“, фидуцијарну дужност заступника и „non solicitation agreement“.

⁴¹ Б. Лубарда, *Радно њраво Расѡрава о досѡјојансѡву на раду и соѡијалном дијалоју*, Правни факултет Универзитета у Београду Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012., стр. 306.

⁴² Б. Лубарда, *Забрана конкуренције у радном њраву*, Правни живот, vol. 41, iss. 5-6, 1992. год., стр. 889.

⁴³ Чл. 147. и 148. Закона о раду „Службени гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009 и 32/2013., Закључак УС РС, IY бр. 190/2005 - 22/2011-26. Одлука УС РС, IY бр. 187/2005 - 79/2011-58

⁴⁴ Чл. 37. Мађарског Закона о раду (Act I, Hungarian Official Gazette No. 2 of 2012 on 6 January 2012 and Act CIII, Hungarian Official Gazette No. 103 of 2013 on 22 June 2013)

За запосленог који је код претходног послодавца стекао поверљиве информације или пословне тајне, сметњу за заснивање радног односа може да представља „inevitable disclosure“. Информација која је пословна тајна, онемогућава мобилност запосленог за период који може да траје колико она пружа конкурентску предност послодавцу, без прецизног везивања за временски период и територијално подручје.⁴⁵ Пословне информације и тајне послодавца, постају доступне и запосленима везано за послове које обављају. Пословна тајна је било која информација која има комерцијалну вредност зато што није опште позната нити је доступна трећим лицима која би њеним коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист и која је од стране њеног држаоца заштићена одговарајућим мерама, пословном политиком, уговорним обавезама или одговарајућим стандардима у циљу очувања њене тајности, а чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету држаоцу пословне тајне.⁴⁶ Заштита пословне тајне траје све док су информације које представљају ту тајну чуване као поверљиве.⁴⁷ Обавеза запослених је да не шире информације и да чувају тајне и на тај начин да поступају у складу са интересима послодавца. Из наведеног произилази да је пословна тајна интелектуална својина послодавца, чији се домен утврђује аутономним актима. Не сматрају се пословном тајном и легитимно је објављивање (ако има за циљ заштиту јавног интереса) информација чије је објављивање законом обавезно, информација које су у вези са повредом закона, добре праксе или принципа пословног морала и информације које указују да постоји основана сумња у вези са корупцијом. Лица која имају дужности према привредном друштву одговорна су за штету привредном друштву, ако не поступају у складу са законом у погледу саопштавања и чувања пословне тајне. Аутономним актима послодавца ова обавеза може да пређе и на друга лица која према природи својих послова могу доћи у посед пословне тајне и повредити правила о обавези њеног чувања и несаопштавања трећим лицима.⁴⁸ Поступање запосленог супротно од наведеног подразумева изигравање поверења које му је послодавац указао.⁴⁹ У случају повреде пословне тајне, држалац пословне тајне може тужбом (у року од шест месеци од дана када је сазнао за повреду и учиниоца, а најкасније у року од три године од дана кад је повреда учиње-

⁴⁵ N. Bishara, S. Ross, The law and ethics of restrictions on an employee's post-employment mobility, *American Business Law Journal*, Volume 49, Issue 1, 1-61, 2012., стр. 17.

⁴⁶ Чл 4. став 1. Закона о заштити пословне тајне „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011.

⁴⁷ Чл. 6. Закона о заштити пословне тајне „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011.

⁴⁸ М. Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет, Београд, 2009. год., стр. 143 и 144.

⁴⁹ З. Ивошевић, *Радно право*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд 2013., стр. 180.

на) да покрене поступак пред судом (који је хитан) против запосленог које изврши повреду пословне тајне и да између осталог захтева раскид радног односа. Уколико обавезу чувања пословне тајне повреди члан привредног друштва, држалац пословне тајне, може у судском поступку да захтева искључење тог лица као члана привредног друштва.⁵⁰ Затворска казна од шест месеци до пет година, запређена је лицу које неовлашћено другом саопшти, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну тајну или које прибавља такве податке у намери да их преда непозваном лицу, с тим да ако су у питању нарочито поверљиви подаци или наведене радње предузима из користољубља, предвиђена је казна затвора од две до десет година и новчана казна, а поступање из нехата повлачи казну затвора до три године.⁵¹

„Garden leave“ је релативно нови појавни облик забране конкуренције као сметње за заснивање радног односа, која онемогућава мобилност лица након окончања радног односа. Уместо да напусти послодавца и да заснује радни однос код конкуренције, запослени је плаћен да остане кући и метафорички да ради само у њеној башти. У питању је клаузула која се одређује уговором и је резултат преговора, а обавезује запосленог да шест месеци пре одласка обавести послодавца. У овом периоду послодавац мора запосленом да исплаћује накнаду, а може да изабере да запосленом не додељује никакве дужности, међутим запослени не може да заснује радни однос код другог послодавца. Овај појавни облик забране конкуренције као сметње штити интересе послодавца, ограничавајући мобилност запослених, уз адекватну компензацију. Из разлога што послодавци имају непосредан трошак за ограничење мобилности, уздржавају се од коришћења ове сметње у односу на запослене који немају поверљива знања. Из економских разлога, послодавци у пракси рестриктивно користе ову сметњу и избегавају уговарање и плаћање „garden leave“ накнаде чак и врхунском менаџерском кадру дуже него што је то потребно. Сматра се да „garden leave“ концепт остварује бројне циљеве који се захтевају од других сметњи мобилности запослених, без апсорпције многих негативних утицаја на слободу уговарања и самоодржавања. Слобода уговарања је присутна одређивањем детаља овог института у уговору о раду, уз заједничку сагласност уговорних страна. За разлику од антиконкурентске клаузуле, која послодавцу обезбеђује унилатерална права, „garden leave“ споразуми генеришу билатерална права и обавезе за послодавца и запосленог и на тај на-

⁵⁰ Чл. 11. став 1. тачка 4. и 5. и чл. 12. Закона о заштити пословне тајне („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011.)

⁵¹ Чл. 240. став 1-3. Кривичног законика („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013)

чин обезбеђују механизам заштите својинских права сваке стране уз ограничење могућности прекорачења истих. Интерес послодавца везано за заштиту својинских права је обезбеђен и та заштита траје за онај период времена колико је послодавац вољан да плаћа компензацију („the price mechanism“). Интерес запосленог остварује се у обезбеђивању средства за егзистенцију и заштити његових права на продуктиван капацитет.

Фидуцијарна дужност према компанији обухвата у ширем смислу и обавезу неконкурентности том друштву од стране лица која имају дужност према привредном друштву. Неконкурентности поред обављања послова у своје име и за свој рачун, обухвата и обављање послова за туђ рачун (да би се избегло прикривање дејства ове клаузуле). Лица која имају посебне дужности према привредном друштву (ортаци и комплементари; чланови друштва са ограниченом одговорношћу који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан друштва са ограниченом одговорношћу који је контролни члан друштва; акционари који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или акционар који је контролни акционар друштва; директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи) не могу без прибављеног одобрења имати исто својство у другом друштву које има исти или сличан предмет пословања; бити предузетник који има исти или сличан предмет пословања; бити запослен у конкурентском друштву; бити на други начин ангажован у конкурентском друштву; бити члан или оснивач у другом правном лицу које има исти или сличан предмет пословања. Изузетно, забрана конкурентности се не односи на јединог члана друштва, као и на ортака (у ортачком друштву) који има својство члана у конкурентском друштву или други правни однос са конкурентским друштвом, уколико су ове чињенице биле познате осталим ортацима при његовом ступању у друштво, а само приступање му није било условљено престанком наведеног својства, односно правног односа.⁵² Наведене сметње оснивачким актом, односно статутом друштва, могу се проширити и на друга лица (али не може се дирати у њихова стечена права). У складу са концептом постуговорних дужности у уговорном праву, предметна сметња по правилу не престаје окончањем функције директора или престанком другог својства лица које има дужност према привредном друштву, већ се протеже до две године након престанка тог својства и може да обухвати и сегменте манифестације сукоба интереса директора са друштвом (на пример коришћење пословне могућности друштва).⁵³ Против наведених лица уколико дође до повреде правила о забрани конкурентности друштво може поднети у року од шест ме-

⁵² Чл. 109. Закона о привредним друштвима („Службени гласник РС“, 36/2011 и 99/2011)

⁵³ М. Васиљевић, *Компанијско право*, Правни факултет, Београд, 2009. год., стр. 142 и 143

сеци од дана сазнања за учињену повреду, а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде, тужбу за: накнаду штете, пренос на друштво користи коју је то лице, односно конкурентско друштво остварило као последицу те повреде, искључење тог лица као члана друштва, меру забране обављања делатности за то лице, односно конкурентско друштво и ако је то лице запослено у друштву, раскид радног односа.⁵⁴ Поред индивидуалне тужбе члана друштва, за накнаду штете проузроковану повредом посебних дужности према друштву, један или више чланова друштва могу поднети деривативну тужбу због повреде правила о забрани конкуренције, под условом да у тренутку подношења тужбе поседују уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, односно ако су пре подношења деривативне тужбе писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева.⁵⁵

Посебан облик забране конкуренције представља „non solicitation agreement“. Уговором о непосредовању запослени се обавезује да након престанка радног односа, не преузима друге запослене послодавца, клијенте или његове кориснике, у своју или у корист конкурента. У пракси уговор о непосредовању може да буде закључен између послодавца и запосленог као индивидуални акт у случају када се интерес послодавца не везује за забрану обављања послова из делатности послодавца, већ за заштиту листе клијената и високостручних кадрова. Клаузула о непосредовању може да буде интегрисана у уговору о раду, уговору о забрани конкуренције или уговору о тајности („non disclosure agreement“). Уговор о непосредовању је валидан уколико на страни послодавца постоје оправдани пословни разлози, као што су заштита листе потрошача, пословне тајне или друге вредне информације или заштита послодавца од масовног одласка круцијалних кадрова који поседују специјална знања, вештине, а који су имали приступ и пословним тајнама. Када је у питању листа клијената, она мора да буде вредна заштите, да би била предмет забране посредовања. Потребно је да је послодавац уложио време, енергију и финансијских средстава у сачињавању листе клијената, као и да садржи информације које нису доступне јавности. Послодавац не може овим уговором да ограничи својевољну евазију својих кадрова и њихово запошљавање код бившег запосленог, уколико је прелазак реализован без његовог посредовања.⁵⁶

⁵⁴ Чл. 76. и чл. 77. Закона о привредним друштвима („Службени гласник РС“, 36/2011 и 99/2011)

⁵⁵ Чл. 78 и 79. Закона о привредним друштвима („Службени гласник РС“, 36/2011 и 99/2011)

⁵⁶ L. Guerin J.D., *Employment Law: The Essential HR Desk Reference*, Nolo, Berkeley, 2011. стр. 221 и 222

IV ЛЕГИТИМНОСТ ЗАБРАНЕ КОНКУРЕНЦИЈЕ КАО СМЕТЊЕ

Право на рад је једно од најосновнијих личних права, које је основ за уживање других личних права, те постоји не само одговорност послодавца, већ и друштва да омогуће несметано остваривање и уживање истих. Устав Републике Србије предвиђа да сви грађани имају право на слободан избор рада, да су свима под једнаким условима, доступна сва радна места,⁵⁷ те да имају право да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције.⁵⁸ Сви грађани су једнаки пред Уставом и законом и имају право на једнаку законску заштиту, без дискриминације по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.⁵⁹ Непосредно се примењују људска (и мањинска) права зајемчена Уставом, с тим да се законом може прописати начин њиховог остваривања, под условом да је то Уставом изричито предвиђено или ако је неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права. Законом људска и мањинска права зајемчена Уставом могу бити ограничена, без задирања у њихову суштину, ако то допушта сам Устав и то у сврхе ради којих Устав ограничење допушта, а у обиму неопходном да се задовољи уставни циљ ограничења у демократском друштву. Сви државни органи (посебно судови) дужни су да воде рачуна о суштини људског и мањинског права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, његовом односу са сврхом ограничења и да испитају да ли постоји модалитет да се мањим ограничењем права постигне жељени циљ.⁶⁰ Међутим, грађанин и поред тога што испуњава опште и посебне услове за обављање одређених послова не може да заснује радни однос уколико постоје законом утврђене чињенице или околности које му онемогућавају да врши све или само одређене послове или да заснује радни однос.⁶¹

Клаузула забране конкуренције ограничава право на рад, као основно начело радног права. Брзо и конкурентно тржиште рада („high-velocity labor market“) доприноси већој мобилности запослених и напуштању старе пара-

⁵⁷ Чл. 60. став 2. и 3. Устава Републике Србије „Службени гласник РС“, бр. 98/06

⁵⁸ Чл. 53. Устава Републике Србије „Службени гласник РС“, бр. 98/06

⁵⁹ Чл. 21. став 1., 2. и 3. Устава Републике Србије „Службени гласник РС“, бр. 98/06

⁶⁰ Чл. 18-20. Устава Републике Србије „Службени гласник РС“, бр. 98/06

⁶¹ Б. Шундерић, *Сметње за заснивање радног односа*, Радничко самоуправљање, бр. 3/1983. стр. 102

дигме дугорочног или доживотног запослења код једног послодавца. Економска покретљивост омогућава запосленима личну слободу да обезбеде средства за издржавање обављајући послове, на којима су њихови капацитети најпродуктивнији и где постоји највећа вероватноћа да постигну успех. Од максимизације продуктивности, бенефите остварује и целокупно друштво. У новије време, све важнија за запослене постаје слобода кретања, с тим да морају да се фокусирају на обезбеђивање тржишности њиховог рада, што значајно утиче на њихов финансијски успех.⁶² Глобализација економије доводи до потребе удољовања захтевима флексибилности на тржишту рада, што за последицу има дерегулацију радних односа.⁶³ Флексибилизација доводи до смањења наметнутих ограничења, међутим потребно је пронаћи адекватан концепт радних односа уместо смањења обима и врсте права, који ће уважавати уставну обавезу примене основних људских права и слобода.⁶⁴

Сметње за заснивање радног односа по својој правној природи представљају заштитне мере превентивног карактера које се прописују с циљем да се онемогући да једно лице започне вршити такве послове којима би угрозило имовину, права грађана, сопствену и радну способност осталих запослених, а обезбеђује се и заштита друштвено – економских и политичких односа и њихових учесника.⁶⁵ У циљу утврђивања оправданости и утицаја забране конкуренције као сметње, идентификује се да ли постоје легитимни пословни интереси (права конкурентне својине), процењују се потешкоће за запосленог уз питање које се везује за правичност и једнакост и разматра се утицај на општу јавност и утврђују социјални трошкови, а и бенефити. „Легитимност забране конкуренције се покушава наћи у различитим основама: верности запосленог послодавцу, заштити интереса послодавца, радном и пословном моралу, разумности и праведности“.⁶⁶

Дужност лојалности запосленог фокусира се на економске интересе послодавца јер за време трајања радног односа делује као његов заступник, који за разлику од законских заступника, није везан за стриктну фиду-

⁶² Економска студија о ефектима акумулације људског капитала на зараде, показала је да међу лица која су завршила факултет, они који су променили три послодавца су стекли повећање плате у износу од чак 32% више у поређењу са лицима која нису мењала послодавце. R. Tchernis, Measuring human capital and its effects on wage growth, *Journal of Economic Surveys*, Vol. 24, No. 2, 2010. год, стр. 378

⁶³ А. Билић, Флексибилни облици рада и радно право, *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, Vol. 30, бр. 2, 2009. год., стр. 921.

⁶⁴ Б. Урдаревић, З. Радуловић, Глобализација и концепт социјалних права, *Српска јолићка мисао*, vol. 35., број 1/2012, 2012. год., стр. 177.

⁶⁵ Б. Шундерић, *Сметње за заснивање радног односа*, Радничко самоуправљање, бр. 3/1983., стр. 102

⁶⁶ Б. Лубарда, *Забрана конкуренције у радном праву*, Правни живот, vol. 41, iss. 5-6, 1992. год., стр. 888.

цијарну дужност да увек даје примат интересима послодавца испред својих.⁶⁷ Верност радника послодавцу иако значајан, није круцијалан елемент модерног радног односа и историјски гледано био је карактеристика односа који су се успостављали уговором о раду у средњем веку, када се заснивао однос подређености и надређености, уз обострану обавезу лојалности.⁶⁸ Наиме, у средњовековној Немачкој радни односи заснивали су се закључивањем уговора о верној служби, који је превасходно обавезивао на међусобну верност, поред тога што је стварао дужничко-поверилачки однос између радника и господара и обавезивао радника на обављање службе, а господара на давање накнаде за обављену службу.⁶⁹

У модерном пословном свету запослени поседују велики део технолошких знања и вештина који су неопходни за успешно функционисање, тако да за послодавце људски капитал представља конкурентску предност за коју постоји ризик од губитка, преласком драгоцених запослених код конкуренције. Послодавци коришћењем правних средстава умањују способност запослених да их напусте и да буду ангажовани код конкурената и то власништвом над знањем (патентно право, пословна тајна). У пракси послодавци заштиту знања које има пословну вредност (на пример листе клијената) остварују уговорним клаузулама (као што су антиконкурентске и клаузуле о поверљивости), поред заштите интелектуалне својине.

Друштво има интерес у одржавању слободне и фер конкуренције и неговању тржишног окружења које подстиче нове подухвате и иновације. Овде се идентификује комплементарни јавни интерес у превенцији послодавца од коришћења њихове супериорне преговарачке позиције да неоправдано ограничавају тржиште рада. Потребно је да се доведу у равнотежу забрана конкуренције која обавезује запосленог и промене које настају на радном месту и у економији, а без прекорачења довољне заштите goodwill-а бившег послодавца.⁷⁰ Самим тим, неразумна је забрана конкуренције уколико информација која је откривена запосленом није толико сензитивна, па уведена сметња не служи валидном пословном циљу послодавца.⁷¹

⁶⁷ Н. Collins, К. Ewing, А. McColgan, *Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2012, стр. 146

⁶⁸ Б. Лубарда, Забрана конкуренције у радном праву, *Правни животић*, vol. 41, iss. 5-6, 1992. год., стр. 888.

⁶⁹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2013. год., стр. 51.

⁷⁰ М. Garrison, J. Wendt, The evolving law of employee noncompete agreements: recent trends and an alternative policy approach, *American Business Law Journal*, Volume 45, Issue 1, 2008. год., стр. 186.

⁷¹ В.К. Repa, *Your rights in the workplace*, Nolo, Berkeley, 2007., стр. 389.

Уговарање забране конкуренције као сметње поред разлога везаних за обезбеђење конкуренције послодавца има и моралну димензију, јер одвраћа запослене од лукративних искушења у којима се могу наћи ако се огреше о лојалност послодавцу.⁷²

Законодавци и судство треба да пронађу друштвено оптимални баланс у тензији између жеље за слободом кретања запослених и потребом да се заштите пословне информације послодавца, које стварају конкурентску предност.⁷³

V ЗАКЉУЧАК

Претходно излагање имало је за циљ да укаже на елементе забране конкуренције, као ограничења слободе рада и неминовно да размотри питање њене легитимности. Оправданост за примену забране конкуренције проналази се у верности запосленог послодавцу, радном и пословном моралу, разумности и праведности, а сагласно валидним пословним интересима послодавца.

Намеће се закључак да позитивни Закон о раду, не пружа довољну заштиту запосленом приликом одређивања ове сметње, остављајући уговорним странама да одреде значајан корпус забране конкуренције. Услед опасности да приликом заснивања радног односа и закључења уговора о раду, кандидат не може когнитивно у потпуности да сагледа последице дејства предметне сметње, целисходно би било да му се пружи адекватна императивна заштита. Измене постојећег Закона о раду треба да се крећу у смеру одређивања минималног износа компензације бившем запосленом, због примене забране конкуренције као сметње и то у износу од најмање 50% од последње зараде запосленог. Целисходно би било и да се прецизира исплата компензације на месечном нивоу (најкасније до краја текућег месеца за претходни месец). Циљ изнетог предлога састоји се у тенденцији да се запосленом гарантује пружање адекватне компензације (пандан заради) због изгубљене добити за време трајања забране конкуренције као сметње услед некоришћења у потпуности његових знања, вештина и способности.

⁷² З. Ивошевић, *Радно право*, Правни факултет универзитета Унион и ЈП Службени гласник, Београд, 2013., стр. 180.

⁷³ N. Bishara, S. Ross, The law and ethics of restrictions on an employee's post-employment mobility, *American Business Law Journal*, Volume 49, Issue 1, 2012., стр. 5-42.

*Aleksandra Popović, Ph.D. Student
University of Belgrade
Faculty of Law Belgrade*

Effect of the Prohibition of Competition in the Labor Law

***Abstract:** Freedom to work is a fundamental principle of labor law and includes the right of individuals, in accordance with their abilities, to choose employment or independently to perform certain activities. The introduction of bans, among which include the prohibition of competition is restricting the freedom of labor. The paper outlines the nature and effect of the prohibition of competition in the labor law with extract of the most important legal comparative elements. The aim is to show that the legitimacy of the prohibition of competition involves striking a balance between the business interests of the employer and the employee's freedom to work. The conclusion is that domestic law does not provide sufficient imperative protection of employees in the context of contracting prohibition of competition, with the suggestion that it is expedient to specify the minimum amount of compensation for the duration of this ban to employment.*

***Key words:** prohibition of competition, anticompetitive clauses, ban to employment*