

ISSN 1451-7841

Svet rada

SOPIS ZA PITANJA BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJA NA RADU,
MEDICINE RADA I ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE
ZA JUGOISTOČNU EVROPU



ISSN: 1451-7841

UDK: 331.4:61

6/2014

Svet rada

NAUČNI ČASOPIS ZA PITANJA BEZBEDNOSTI I ZDRAVLJA NA RADU,
MEDICINE RADA I ZAŠTITE ŽIVOTNE SREDINE ZA JUGOISTOČNU EVROPU

Svi radovi u časopisu se recenziraju

Svet rada je upisan u Registar javnih glasila pri Agenciji za privredne registre.

Registarski broj: NV000310

Vol. 11 br. 6/2014 str. 733 – 827

Izdavač:

Eko centar, centar za socio-ekološka istraživanja i dokumentaciju

Glavni i odgovorni urednik:

Dejan Zagorac

Urednik:

Jelena Bjegović

Grafička priprema:

Zorica Nenadović

Redakcijski kolegijum:

Prof. dr Aleksandar Milovanović, mr Marijana Matić (Niš), prof. dr Petar Bulat,
prim. dr Elizabet Paunović, prof. dr Mirjana Arandelović (Niš),
prim. mr sci. med. Jagoda Crepulja (Novi Sad), dr Maja Radanović (Novi Sad),
Maja Ilić, dipl. inž, prim. dr Dragoljub Filipović, Dušan Nenić, dipl. inž. ZNR,
Dragoslav Tomović, dipl. inž (Kragujevac), prof. dr Milanko Čabarkapa,
prof. dr Jovica Jovanović (Niš), dr Mijomir Bošnjak, dipl. inž. (Podgorica),
mr sci. ecc. Vladimir J, Perić, prof. dr Jovanka Bislimovska-Karadžinska (Skoplje),
prof. dr Jelica Kojović (Banja Luka), prof. dr Nurka Pranjić (Tuzla),
mr Radivoje Šučur, dipl. inž. (Ljubljana), prof. dr Mirko Markič (Koper)

Predsedništvo Eko centra:

Dejan Zagorac (predsednik), mr Slobodan Mrđa, prof. dr Vukašin Pavlović,
Jelena Bjegović

Adresa redakcije:

Eko centar, Rige od Fere 4, 11000 Beograd, Srbija

Tel: 011/2910-702; 064/510-2552; 063/8223-783; 064/1385-171; fax: 011/2638-941

E-mail: ekocentar@zaprokul.org.rs

www.zaprokul.org.rs

Štampa:

Sadržaj

Irena Mihajlović i saradnici FAKTORI RIZIKA ZA OBOLJEVANJE OD KARDIOVASKULARNIH BOLESTI KOD ZDRAVSTVENIH RADNIKA	733-741
Jelena Janković KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE KAO VID OGRANIČENJA PRAVA NA RAD U REPUBLICI SRBIJI	742-755
Maja Radanović HEPATITIS B I C KOD PACIJENATA NA SUPSTITUCIONOJ TERAPIJI METADONOM	756-771
Dejan Kostić, Vladimir J. Perić MIRNO REŠAVANJE RADNIH SPOROVA POVODOM MOBINGA	772-781
Biljana Dodoš OBELEŽJA I PREDUSLOVI ZA RAZVOJ SOCIJALNOG PREDUZETNIŠTVA U REPUBLICI SRBIJI	782-796
Irena Mihajlović i saradnici PROCENA ZDRAVSTVENOG STANJA ZDRAVSTVENIH RADNIKA	797-809
Borislav Galić RESTITUCIJA (VRAĆANJE) IMOVINE CRKVAMA I VERSKIM ZAJEDNICAMA – USLOV EVROPSKOG INTEGRISANJA SRBIJE	810-827

KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE KAO VID OGRANIČENJA PRAVA NA RAD U REPUBLICI SRBIJI

Jelena Janković, dipl. pravnik

doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

APSTRAKT

Cilj ovog rada je određivanje povezanosti i uzročno-posledične zavisnosti između ustavom garantovanog prava na rad i instituta zabrane konkurencije poslodavcu, kao i određivanje pravilnosti, odnosno tendencija u razvoju ove pojave. Polazeći od pretpostavke da pravni sistemi razvijenih zemalja tržišne privrede predviđaju manja ograničenja prava na rad, putem klauzule zabrane konkurencije, u odnosu na manje razvijene zemlje, treba dati odgovore na pitanja dopuštenosti, sadržine i obima instituta zabrane konkurencije poslodavcu u pravu Republike Srbije. Rad je podeljen u četiri dela, gde se, nakon uvodnih napomena, u drugom delu ukazuje na odnos prava na rad i zabrane konkurencije, i upotrebom odgovarajućih metoda proverava postavljena pretpostavka o manjem ograničavanju prava na rad u razvijenim zemljama u odnosu na manje razvijene s obzirom na nivo ograničenja koja nameće klauzula zabrane konkurencije. Za potrebe rada analizirani su pravni sistemi Španije, Portugala, Finske, Hrvatske, Makedonije i Crne Gore. U trećem delu se primenom odgovarajuće metodologije analizira institut klauzule zabrane konkurencije u pravu Republike Srbije, nakon čega su izložene neke opservacije, predlozi i zaključna razmatranja.

Ključne reči: pravo na rad, klauzula zabrane konkurencije, delatnost, vreme, teritorija, novčana naknada, naknada štete

UVOD

Ljudski resurs razvijan putem obrazovanja, prakse, specijalizacija i sl. postaje vodeći faktor razvoja ekonomije i društva. Tako, bitan deo kapitala jedne kompanije čine znanje i informacije, odnosno kadrovi koji ih poseduju i primenjuju. Poslodavci, s tim u vezi, postaju sve više zainteresovani za obučenu i specijalizovanu radnu snagu. Sa druge strane, ta-

njegovo poslovanje i poslovne tajne, dolaze u kontakt sa njegovim poslovnim partnerima, kao i sa ciljnom grupom kupaca ili korisnika usluga.

U tom smislu, kada poslodavac angažuje zaposlenog, očekuje da zaposleni postupa lojalno prema njemu. Međutim, slobodno tržište, mobilnost radne snage, uslovi rada, ponude od drugih poslodavaca i sl. dovode do toga da se pojedini zaposleni ponašaju suprotno obavezi lojalnosti, pa mogu postati konkurenti poslodavcu ili se pridružiti nekom od konkurenata.

Poslodavcima se, u tom slučaju, mora dati mogućnost da zaštite svoje legitimne interese, ali samo na način koji ne isključuje konkurenciju u potpunosti. Naime, zakonodavac štiti konkurenciju i zabranjuje radnje učesnika tržišne utakmice koje imaju ili mogu imati za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije. Takođe, zabranjeni su i ništavi ugovori, pojedine odredbe ugovora, izričiti ili prećutni dogovori, usaglašene prakse, kao i odluke udruženja učesnika na tržištu, a kojima se neposredno ili posredno ograničava, narušava ili sprečava konkurencija.

Međutim, nasuprot opštoj zaštiti konkurencije, u radnom zakonodavstvu postoji mogućnost unošenja klauzule zabrane konkurencije u ugovor o radu. To je moguće samo radi zaštite legitimnih interesa poslodavaca, a bez nerazumnih ograničenja prava zaposlenih.

U tom smislu, klauzula zabrane konkurencije postoji, već vekovima, kao institut kojim se obezbeđuje fer ponašanje učesnika tržišne utakmice. Naime, klauzula zabrane konkurencije nije nov institut i koristi se još od petnaestog veka.¹

Danas, u savremenoj tržišnoj privredi, koja se bazira na surovim zakonima ekonomije i ostvarivanja profita, konkurencija između poslodavaca i zaposlenih je realnost. U takvim okolnostima treba pronaći mogućnosti pomirenja njihovih suprotstavljenih interesa.

Iako Ustavi svih zemalja propisuju da svako ima pravo na rad, slobodan izbor zanimanja, dostupnost svih radnih mesta, svakome pod jednakim uslovima, zakoni, a u pojedinim pravnim sistemima i podzakonski akti, uvode mogućnost da se u ugovor o radu unese klauzula zabrane konkurencije kojom se ovo pravo ograničava radi zaštite legitimnih interesa poslodavaca. Na ovaj način postaje zakonito da radi zaštite interesa

¹ Tako je engleski sudija u razmatranju prvog prekršajnog slučaja slučaja *Dyer* (farbar odeće) iz 1414. godine, imao manje naklonosti prema zahtevu tužioca, koji je navodio da njegov bivši učenik otvara radnju u istom gradu i to suprotno zabrani konkurencije iz ugovora o radu. Sudija je zaporetio tužiocu kaznom zatvora zbog toga što se usudio da nekome zabrani da radi. Videti više: M. Marx, L. Fleming, *Non-compete Agreement: Barriers to Entry... and Exit?*, dostupno na <https://www.funginstitute.berkeley.edu/sites/default/files/Noncompete%20agreements%20barriers%20to%20exit.pdf>, posećeno: avgust 2014.

jedne strane budu ograničena prava druge strane. Upravo ovde treba odrediti opravdanost, meru, odnosno nivo ograničenja prava zaposlenih.

PRAVO NA RAD I KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE

Rad nije isto što i roba, usluge ili kapital. Rad angažuje ljudska bića.² Najveći deo svoga života čovek provede radeći, pa se tokom evolucije razvijao, ne samo kao svesno i društveno biće, već i kao *homo faber*.

Univerzalna deklaracija o pravima čoveka³ propisuje da svako ima pravo na rad, slobodan izbor zanimanja, na pravične i povoljne uslove rada, kao i da niko ne sme biti držan u ropstvu ili potčinjenosti. Takođe, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁴ propisuje da države članice ovog pakta priznaju pravo na rad, koje obuhvata pravo svakog lica na mogućnost zarađivanja kroz slobodno izabran ili prihvaćen rad. Na regionalnom nivou, Evropska konvencija o zaštiti prava čoveka i osnovnim slobodama propisuje da se niko ne sme držati u ropstvu ili ropskom položaju, kao i da se ni od koga ne može zahtevati da obavlja prinudni ili obavezni rad.

Dakle, pravni propisi doneti na međunarodnom i regionalnom nivou, načelno, propisuju da svako ima pravo na rad koji slobodno bira i obavlja.⁵ Međutim, bez obzira na ovakve proklamacije, dokumenti koji garantuju osnovna ljudska prava, propisuju i mogućnosti njihovog ograničavanja.

Tako, Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, pored ostalog, propisuje da pri uživanju svojih prava i sloboda svako može biti podvrgnut ograničenjima koja su predviđena zakonom u cilju obezbeđivanja nužnog priznavanja i poštovanja prava i sloboda drugih i u cilju zadovoljenja pravičnih zahteva morala, javnog poretka i opšteg blagostanja u demokratskom društvu.

Kako opšti pravni akti propisuju mogućnost ograničenja prava na rad, praktično, ovo pravo biva ograničavano unošenjem određenih odredaba o tome, u individualni ugovor o radu.

² B. Bercusson, *European Labour Law*, Cambridge university Pres, 2009, str. 5

³ Univerzalna deklaracija o pravima čoveka, usvojena i proklamovana od strane Generalne skupštine rezolucijom 217A(III) od 10. decembra 1948. godine.

⁴ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima („Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori“, br. 7/71).

⁵ Međutim, značenje reči sloboda nikada nije bilo formulisano na način koji će biti univerzalno prihvatljiv. Za nekog sloboda može da označava njegovo pravo da čini šta želi sa sobom i produktima svoga rada. Za druge, pak, sloboda može značiti pravo da rade šta žele sa drugim ljudima i produktima tuđeg rada. U tom smislu, jednom rečju „sloboda“ označavaju se dve inkompatibilne situacije, a koje se mogu nazvati i različitim imenima: „sloboda“ i „tiranija“. Videti: B. R. Abernethy, *Liberty Concepts in Labour Relations*, Beard Books, Washington, 1948, str. 1.

Naime, novine koje se javljaju u oblasti proizvodnje i pružanja usluga neminovno dovode do promena u odnosima između poslodavaca i zaposlenih. Te promene pogađaju privredni, komercijalni i finansijski sektor, ekonomiju i marketing i utiču na radni kolektiv koji menja svoje osobine. S tim u vezi, najbolji način uređivanja odnosa u radnom kolektivu je individualno pregovaranje. Na taj način strane koje učestvuju u pregovorima mogu da iznesu zahteve i zaštite svoje interese.

Polazeći od osnovnih karakteristika radnog odnosa kao odnosa subordinacije zaposlenog poslodavcu, mogućnosti individualnog pregovaranja su, u velikoj meri, ograničene. Zaposleni, najčešće, nemaju dovoljno mogućnosti, sposobnosti, znanja i informacija potrebnih za aktivno učešće u pregovorima sa poslodavcem. Tako individualno pregovaranje nailazi na niz problema na putu da se razvije kao sredstvo usvajanja i realizacije zahteva zaposlenih.

Na taj način, individualni ugovor o radu predstavlja sredstvo kojim se ostvaruje pravo na rad, a istovremeno, i sredstvo kojim se to pravo ograničava.

Dokaz u prilog ovoj tvrdnji je mogućnost ugovaranja zabrane konkurencije između zaposlenog i poslodavca, u situaciji kada postoji mogućnost da zaposleni radeći kod poslodavca stekne nepoštene prednosti u odnosu na njega, a koje može iskoristiti u tržišnoj utakmici u privrednom ili komercijalnom sektoru kome pripada delatnost poslodavca.

Zanimljiv je paradoks da se zabranom konkurencije u suštini štiti konkurencija. Međunarodni akti propisuju mogućnost ograničenja prava radi obezbeđivanja nužnog priznavanja i poštovanja prava i sloboda drugih, pa opravdanje za zabranu konkurencije postoji samo ukoliko se ugovara radi zaštite od nelojalne konkurencije.⁶

Nelojalna konkurencija postoji kada zaposleni obavlja poslove iz istog komercijalnog ili privrednog sektora kome pripada i poslodavac, ostavljajući na taj način sopstveni interes, a koristeći znanja, veštine, sredstva i informacije koje je stekao radom kod poslodavca, što prouzrokuje ili može prouzrokovati štetu za poslodavca.

Radi zaštite od nepoštenog ponašanja zaposlenih, ali i poslodavaca, brojna zakonodavstva propisuju mogućnost ugovaranja zabrane konkurencije. U pogledu uslova za ugovaranje zabrane konkurencije različita zakonodavstva nude slična rešenja. Međutim, postoje razlike u obimu ograničenja prava zaposlenih.

⁶ Koncept nelojalne konkurencije definisan je od strane štanskog Vrhovnog suda kao ekonomska i profesionalna delatnost koju obavljaju radnici u cilju zadovoljenja privatnih interesa, koji su u ekonomskoj konkurenciji sa poslodavcem, zbog njihovih uticaja u istoj tržišnoj oblasti i kod istih potencijalnih kupaca. Videti više: Non-compete clauses, An international Guide, *Ius Laboris*, str. 274, dostupno na <http://www.globalhrlaw.com/home> posećeno: 17.07.2014.

Najčešće se kao uslov za ugovaranje zabrane konkurencije propisuje mogućnost zaposlenog da radom kod poslodavca stekne neka posebna znanja i veštine, poverljive poslovne informacije, kontakte sa poslovnim partnerima, ili da je bio upućen na obuku ili specijalizaciju od strane poslodavca, kao i da takvo ponašanje zaposlenog može prouzrokovati štetu poslodavcu, pri čemu, najčešće nije potrebno da je šteta i nastala. U svakom slučaju, zakonodavci propisiju da i kada postoje uslovi za ugovaranje zabrane konkurencije, takva zabrana mora imati razumne granice.⁷

Teritorijalno važenje zabrane konkurencije određeno je, najčešće podzakonskim aktima, u skladu sa zakonom, a u zavisnosti od vrste delatnosti kojom se poslodavac bavi. Posebno zakonodavci ukazuju na opasnost od prekomernog ograničenja prava zaposlenih preširokim određivanjem teritorijalnog važenja zabrane konkurencije, naročito kada su u pitanju nove vrste komercijalnih delatnosti, kao što je internet poslovanje. Tako, npr. kada je u pitanju složena država, oblast važenja zabrane konkurencije može preći granice države u kojoj se nalazi sedište poslodavca. Okružni sud SAD-a za Istočni okrug Pensilvenije je u slučaju *Nal` t Bus. Serv. Vs Wright* našao da se internet poslovanje prostire i izvan državnih granica.⁸

U pogledu trajanja zabrane konkurencije rešenja su različita. Period za koji je zaposlenom zabranjeno da obavlja određene vrste delatnosti iznosi od šest meseci od dana prestanka radnog odnosa, npr. u Finskoj, do dve godine, odnosno maksimalno tri godine, u slučaju postojanja posebnog odnosa poverenja, npr. u Portugalu. Vremensko ograničenje važenja zabrane konkurencije različito je određeno, u nekim pravnim sistemima, u zavisnosti od poslova koje zaposleni obavlja kod poslodavca, odnosno da li se od njega, prema okolnostima konkretnog radnog mesta, očekuje povećani stepen lojalnosti prema poslodavcu. Takav je slučaj u Španiji, gde za tehničare zabrana konkurencije može biti ugovorena na period do dve godine po prestanku radnog odnosa, a za druge zaposlene na period do šest meseci. Sve ovo ukazuje na posebnu ulogu radnog mesta, koja je važna za čoveka ne samo u ulozi zaposlenog, već i u ulozi konkurenta u tržišnoj utakmici. Obavljajući poslove i radne zadatke radnog mesta na koje je raspoređen, zaposleni primenjuje već stečeno znanje, a istovremeno stiče nova znanja i veštine. Ukoliko su mogućnosti

⁷ U tom smislu bilo bi preterano ograničenje zabraniti zaposlenom u prodavnici ski-opreme na Kopaoniku, otvori svoju prodavnicu na Zlatiboru. Međutim, ovakvo ograničenje ne bi bilo nerazumno, ukoliko je reč o uvoznju profesionalnoj opremi, a sa stranim proizvođačem ekskluzivno posluje prodavnica na Kopaoniku.

⁸ S. M. Gutierrez, J. D. Neguse, S. Collis; The Human Limits of Human Capital: An Overview of Noncompete Agreements and Best Practices for Protecting Trade Secrets from Unlawful Misappropriation, *Employee Relations Law Journal*, Vol.3, no.1, 2010. str. 63.

za sticanje posebnih znanja i veština na određenom radnom mestu veće, razumnim će se smatrati i ugovaranje dužeg perioda zabrane konkurencije.

S obzirom na važenje načela jednake vrednosti uzajamnih davanja, opravdanost zabrane konkurencije je uspostavljena kroz ekonomsku kompenzaciju. U tom smislu, zaposleni za vreme pridržavanja obaveze koja proizilazi iz ugovorene zabrane konkurencije, ima pravo na novčanu naknadu. Zakonodavstva analiziranih pravnih sistema propisuju obavezu poslodavca da zaposlenom isplaćuje novčanu naknadu za vreme važenja zabrane konkurencije. Međutim, razlike postoje u pogledu određivanja visine te naknade. Pojedina zakonodavstva, za određivanje visine naknade koriste pravne standarde, kao što su: „ta zaposleni bude adekvatno plaćen“, „srazmerna naknada“ i sl. Sa druge strane pojedina zakonodavstva propisuju minimalni i/ili maksimalni iznos naknade. Na taj način se propisuje da visina naknade može iznasti najmanje polovinu prosečne zarade koju je zaposleni ostvario u poslednja tri meseca, pre prestanka radnog odnosa, ili da iznos naknade ne može preći iznos zarade koju je zaposleni ostvario u poslednjih šest meseci pre prestanka radnog odnosa.

Prema pravilima imovinskog prava, ko drugom pričinu štetu, dužan je da je nadoknadi. S tim u vezi, ukoliko zaposleni prekrši zabranu konkurencije, i na taj način pričinu štetu poslodavcu dužan je da je nadoknadi. O naknadi štete odlučuje nadležni sud, a teret dokazivanja je na poslodavcu. Međutim, pojedina zakonodavstva, u ovom slučaju propisuju mogućnost propisivanja ugovorne kazne. U tom sličaju, poslodavac može da zahteva samo isplatu ugovorne kazne, a ne i ispunjenje obaveze ili naknadu veće štete.

Uparedna analiza stope zaposlenosti u posmatranim pravnim sistemima, a prema podacima Međunarodne organizacije rada (*ILOSTAT*)⁹, u odnosu na ograničenja koja klauzula zabrane konkurencije nameće zaposlenima, pokazala je da su ove dve veličine obrnuto proporcionalne.¹⁰ Ovo pokazuje da ograničenja koja nameće zabrana konkurencije direktno utiču na stopu zaposlenosti. Svakako da ograničenje prava na rad kroz klauzulu zabrane konkurencije ima uticaj na smanjenje prihoda, a samim tim utiče i na smanjenje potrošnje.

⁹ Dostupno na ILOSTAT (http://www.ilo.org/ilostat/faces/home/statisticaldata/data_by_country?_adf.ctrl-state=g23t7lvkh_4&_afLoop=1616684066722473) posećeno 08.06.2014.

¹⁰ Stopa zaposlenosti je, od analiziranih država (Španija, Portugal, Finska, Hrvatska, Makedonija, Crna Gora), najviša u Finskoj i iznosi npr. u 2012. godini 92.30%, a vremensko važenje zabrane konkurencije limitirano je na šest meseci po prestanku radnog odnosa. Slično je i u Španiji i Portugalu, dok sa druge strane u zemljama i kojima je zaposlenost niska, kao u npr. Makedoniji 38,05%, zabrana konkurencije se može ugovoritiza period od dve godine po prestanku radnog odnosa. Slična je situacija u Hrvatskoj i Crnoj Gori.

KLAUZULA ZABRANE KONKURENCIJE U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

U pravnom sistemu Republike Srbije klauzula zabrane konkurencije postoji od 2001. godine. Zakon o radu iz 2001. godine¹¹ propisuje da se ugovorom o radu mogu utvrditi poslovi koje zaposleni ne može da radi u svoje ime i za svoj račun, kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti poslodavca kod koga je u radnom odnosu. Klauzula zabrane konkurencije je izmenama i dopunama Zakona o radu¹² iz 2014. godine definisana na isti način. Ni ranije izmene i dopune Zakona nisu uvodile novine u tom smislu.

Zakon propisuje da klauzula zabrane konkurencije postoji samo kao mogućnost koju poslodavci mogu iskoristiti, ali i ne moraju. Ova klauzula nije obavezni element ugovora o radu, pa je ovaj ugovor punovažan i bez njenog unošenja. Međutim, subjekti radnog odnosa imaju interes da u ugovor o radu unesu klauzulu zabrane konkurencije, koja pretpostavlja njihov minimalni konsenzus u pogledu ograničenja prava zaposlenog i obaveze poslodavca da isplati naknadu za ograničenja koje trpi zaposleni.

Klauzula zabrane konkurencije ima za cilj da zaštiti poslodavce od nepoštene konkurencije zaposlenih, ali i da zaštiti zaposlene od nerazumnih ograničenja od strane poslodavaca.¹³ Iako se, s jedne strane, klauzulom zabrane konkurencije ograničava pravo jednog lica, da u određenom periodu po prestanku radnog odnosa kod jednog poslodavca, počne sa radom kod drugog poslodavca koji je konkurent prethodnom, sa druge strane, njome se zaposleni štite od nerazumnih uslova koje bi, u tom smislu, poslodavci uneli u ugovor o radu. Sporazum o zabrani konkurencije je razuman ako je projektovan tako da zaštiti interese poslodavaca bez nametanja nepotrebnih ograničenja mobilnosti zaposlenih.¹⁴

Da bi zabrana konkurencije bila ugovorena potrebno je da ispunjava određene uslove.¹⁵

Prvo, za ugovaranje zabrane konkurencije potrebno je da postoje

¹¹ Zakon o radu („Sl. glasnik RS“ br. 70 od 13.12.2001. i 73. od 24.12.2001).

¹² Zakon o radu („Sl. glasnik RS“ br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14).

¹³ Videti više: R. M. Samole, *Cognitive Psychology and the Adjudication of Non-Competition Agreements*, dostupno na, posećeno: avgust 2014.

¹⁴ Videti više: K. P. Heen, *Non-compete agreement: the real cause of separation pay?*, dostupno na <http://www.sifr.org/PDFs/KnutHeenJobMarketPaper.pdf>, posećeno: septembar 2014.

¹⁵ Potrebno je da bude neophodna za zaštitu interesa poslodavca, razumna u pogledu trajanja i teritorije na kojoj se primenjuje, da bude u skladu sa javnim interesom i da proističe iz sporazuma zaposlenog i poslodavca. Videti više: R. M. Shea, S. Connolly, *Enforcing Noncompetition Agreements*, dostupno na <http://www.mbbp.com/resources/employment/pdfs/noncomps.pdf>, posećeno: septembar 2014.

uslovi da zaposleni radom kod poslodavca stekne nova, posebno važna tehnološka znanja, širok krug poslovnih partnera ili da dođe do saznanja važnih poslovnih informacija i tajni. Dovoljno je da postoje uslovi za sticanje, a nije nužno i da je došlo do: prenošenja novih posebno važnih tehnoloških znanja, iskorišćavanja širokog kruga poslovnih partnera, ili važnih poslovnih informacija i tajni.¹⁶

Uslovi za ugovaranje zabrane konkurencije dati su alternativno, tako da je dovoljno da postoji bar jedan od njih za ugovaranje ove zabrane.

Kao uslov za unošenje klauzule zabrane konkurencije u ugovor o radu Zakon propisuje i mogućnost zaposlenog da radom kod poslodavca dođe do saznanja važnih poslovnih tajni. Generalno, poslovna tajna predstavlja bilo koju formulu, uzorak, obrazac, uređaj, podatak i sl. koji je jedinstven za poslodavca i koji mu obezbeđuje takmičarske prednosti u odnosu na konkurentske poslodavce koji ih ne znaju ili ne koriste.¹⁷ Zakon o zaštiti poslovne tajne¹⁸ propisuje koje se informacije štite kao poslovna tajna,¹⁹ i definiše poslovnu tajnu kao bilo koju informaciju koja ima komercijalnu vrednost zato što nije opšte poznata niti je dostupna trećim licima koja bi njenim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist, i koja je od strane držaoca zaštićena odgovarajućim merama u skladu sa zakonom, poslovnom politikom, ugovornim obavezama ili odgovarajućim standardima u cilju očuvanja njene tajnosti, a čije bi saopštavanje trećim licu moglo naneti štetu držaocu poslovne tajne.

Svakako, potrebno je da je zaposleni znao ili, prema okolnostima konkretnog slučaja, morao znati da je reč o podacima koji se smatraju poslovnom tajnom. To će biti svi podaci koji su, kod konkretnog poslodavca, kao takvi i određeni. Za označavanje takvih podataka koriste se uobičajeni izrazi kao što su: poverljivo, tajno i slično.

Zato, da bi se ugovorila zabrana konkurencije potrebno je da zaposleni ima pristup takvim informacijama, odnosno da je raspoređen na radnom mestu koje mu omogućava njihovo saznanje. Zbog toga, klauzula zabrane konkurencije se ne može uneti u svaki ugovor o radu. Naime, ne postoji univerzalni ugovor koji odgovara svima, već je ugovor o radu *intuitu personae* i njime se uspostavlja lična radno-pravna i funkcionalna

¹⁶ Bilten Okružnog suda u Beogradu, broj 73/2006.

¹⁷ Kao primeri poslovnih tajni mogu se navesti: tržišne mogućnosti, hemijski i drugi procesi, liste kupaca, liste dobavljača, finansijske informacije, tehnike formiranja cena, ideje za nove proizvode i sl. Videti šire: P. D. Godec, W. S. Stromberg, Non-Compete, non-disclosure, and non-solicitation clauses in employment contracts, dostupno na: <http://www.dgslaw.com/images/materials/wstr2.pdf>, posećeno: avgust 2014.

¹⁸ Zakon o zaštiti poslovne tajne (Sl. glasnik RS" br. 72/2011).

¹⁹ To su: finansijski, ekonomski, poslovni, naučni, tehnološki, tehnički, proizvodni podaci, studije, testovi, rezultati istraživanja, uključujući i formulu, crtež, plan, projekat, prototip, kod, model, kompilaciju, program, metod, tehniku, postupak, obaveštenje ili uputstvo internog karaktera i slično, bez obzira na koji način su sačuvani ili kompilirani.

veza između zaposlenog i poslodavca. Poslodavac, kao lice koje, na osnovu zakona, kontroliše korišćenje poslovne tajne, smatra se držaoцем tajnih podataka i ima dužnosti u smislu preduzimanja mera zaštite tajnih podataka. Mere zaštite su opšte i posebne mere koje se preduzimaju radi sprečavanja nastanka štete, odnosno mere koje se odnose na ostvarivanje administrativne, informatičko-telekomunikacione, profesionalne i fizičke bezbednosti tajnih podataka. Zaštita poslovne tajne traje sve dok su informacije koje predstavljaju tu tajnu čuvane kao poverljive.

Drugo, zabrana konkurencije će biti razumna ukoliko je ograničena u pogledu: trajanja i područja primene.

Zaposlenom ne treba da bude zabranjeno da radi za konkurentskog poslodavca duže od vremena koje je neophodno za zaštitu legitimnih interesa poslodavca.²⁰ Tako je vremensko važenje zabrane konkurencije određeno okolnostima konkretnog radnog odnosa. U tom smislu, ukoliko se zabrana konkurencije odnosi na neku činjenicu koja je od dugoročnog i strateškog značaja za poslodavca, može se ugovoriti za duži period, a najviše do zakonom određenog maksimuma. Sa druge strane, ukoliko je činjenica zbog koje se ugovara zabrana konkurencije relevantna za poslodavca u kraćem periodu, onda trajanje ograničenja za zaposlenog treba da odgovara tom periodu.²¹

Klauzula zabrane konkurencije može se ugovoriti tako da važi u toku trajanja radnog odnosa, kao najduže dve godine po prestanku radnog odnosa, kada je poslodavac u obavezi da zaposlenom za vreme trajanja zabrane konkurencije isplaćuje novčanu naknadu u ugovorenoj visini. Ova novčana naknada se ne može utvrđivati i isplaćivati kao deo zarade ili drugih primanja zaposlenog.²²

Teritorijalno važenje zabrane konkurencije utvrđuje se opštim aktom (pravilnikom o radu²³, kolektivnim ugovorom²⁴) i ugovorom o radu. Zakon propisuje da se teritorijalno važenje zabrane konkurencije određuje u zavisnosti od vrste posla na koje se zabrana odnosi. Ovde valja napomenuti da teritorijano ograničenje zabrane konkurencije ne treba da

²⁰ A. C. Hodges, P. L. Taylor, III, The business fallout from the rapid obsolescence and planned obsolescence of high-tech products: downsizing of noncompetition agreements, *The Columbia Science and Technology Law Review*, Vol. VI, 2005, str. 2.

²¹ V. M. Griffith, Non-competition Agreements with Employees, *Practical Law Journal*, December 2011/January 2012, str. 49.

²² Presudom Apelacionog suda u Novom Sadu, Posl.br. Gž 1 920/12, potvrđeno je da nisu osnovani navodi tužioca (poslodavca) da je naknada za pridržavanje zabrane konkurencije od strane tužioca (zaposlenog) inkorporisana u isplate naknade kroz isplate osnovne zarade.

²³ Pravilnik o radu P.S. „Telefonija“ a.d, del. br. 12/004918 od 13.09.2012. godine, propisuje da klauzula zabrane konkurencije, ukoliko se ugovori, važi na teritoriji Republike Srbije.

²⁴ Kolektivni ugovor privrednog društva „Politika“ ad Beograd iz 2013. godine, propisuje da zabrana konkurencije važi za teritoriju Srbije.

bude nerazumno. Tako, na primer, ukoliko se poslodavac bavi internet poslovanjem, područje na kome obavlja svoju delatnost bilo bi, najšire posmatrano, ceo svet. To bi značilo da zaposleni uopšte ne bi mogao da se, za određeni period, bavi konkurentskim aktivnostima. U ovakvoj situaciji poslodavac bi imao dve mogućnosti: da se obaveže na isplatu visoke naknade zbog ograničenja prava zaposlenog ili da umesto teritorijalne zabrane uvede njenu alternativu.²⁵ Ovo je moguće, jer će klauzula zabrane konkurencije ostati na snazi i bez određivanja teritorije njenog važenja, bez obzira na zakonsku obavezu njenog određivanja, a u smislu odredaba Zakona o obligacionim odnosima²⁶ koje se odnose na utvrđivanje zajedničke volje ugovornih strana.²⁷

Treće, klauzula zabrane konkurencije mora biti ugovorena tako da bude u skladu sa javnim interesom. Teško je odrediti u čemu se sastoji povreda javnog interesa, ali svakako, zabrana zaposlenom da obavlja društveno koristan rad bila bi u suprotnosti sa javnim interesom.²⁸

Četvrto, zabrana konkurencije se ugovara pre početka radnog odnosa unošenjem klauzule o zabrani konkurencije u ugovor o radu. Međutim, moguće je zabranu konkurencije ugovoriti i kasnije u toku trajanja radnog odnosa. Naime, ugovor o radu se zaključuje pod klauzulom *rebus sic stantibus*, odnosno dok traje postojeće stanje, a ako se ono izmeni poslodavac može ponuditi izmenu zaključenog ugovora. Ako je radni odnos zasnovan rešenjem zabrana konkurencije će se urediti ugovorom o uređivanju međusobnih prava, obaveza i odgovornosti, a ako je radni odnos zasnovan ugovorom o radu, tada se zabrana konkurencije može predvideti aneksom ugovora.²⁹

Saglasnost volja ugovornih strana ogleda se i u preciziranju poslova čije bi obavljanje od strane zaposlenog predstavljalo povredu zabrane konkurencije poslodavcu. To su poslovi koji spadaju u delatnost poslodavca, a koji su, kao takvi, navedeni u statutu ili osnivačkom aktu preduzeća.

Saglasnost volja zaposlenog i poslodavca je izražena i kod ugovaranja naknade koju će poslodavac isplaćivati zaposlenom za vreme na

²⁵ To može biti ograničenje vršenja privredne ili komercijalne delatnosti od strane zaposlenog prema poslodavčevoj ciljnoj grupi kupaca ili korisnika usluga. Tako, na primer, ukoliko je reč o internet prodaji suplemenata u ishrani za decu od dve do četiri godine, onda ne bi bilo razumno ograničiti zaposlenog da putem interneta prodaje istu vrstu proizvoda za decu mlađu ili stariju od navedenog uzrasta.

²⁶ Zakon o obligacionim odnosima („Sl. List SFRJ“ br. 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“ br. 31/93 i „Sl. list SCG“ br. 1/2003-Ustavna povelja), čl. 99, st. 2.

²⁷ Bilten Okružnog suda u Beogradu, broj 73/2006.

²⁸ W. N. Outten, A. Golden, N. Ruan, Non-compete agreements: emerging issues from the perspective of employee's counsel, dostupno na: http://www.outtengolden.com/sites/default/files/non_compete_agreements.pdf, posećeno: septembar 2014.

²⁹ Mišljenje Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike, br. 011-442/2005-02(1) od 01.06.2005. godine.

koje je ugovorena klauzula zabrane konkurencije. Naš zakonodavac ne određuje način utvrđivanja visine naknade, kao što je to slučaj u drugim pravnim sistemima. Svakako, naknada treba da bude srazmerna ograničenjima koje trpi zaposleni. Što je trajanje zabrane duže, odnosno teritorija važenja veća, naknada treba da bude viša i *vice versa*. Ova naknada nema karakter zarade, što znači da se na taj iznos ne plaćaju doprinosi za obavezno socijalno osiguranje. Po prestanku radnog odnosa, lice ima pravo na novčanu naknadu za vreme privremene nezaposlenosti u skladu sa zakonom. Bez obzira na naknadu za vreme važenja zabrane konkurencije po prestanku radnog odnosa, koju isplaćuje poslodavac, raniji zaposleni ima pravo i na naknadu iz osiguranja za slučaj nezaposlenosti.

Iako je za punovažnost sporazuma o zabrani konkurencije neophodna saglasnost volja zaposlenog i poslodavca, *de facto*, zaposleni kao pravno slabija strana u radnom odnosu ima mogućnost samo da se opredeli da li će ili ne zaključiti takav ugovor. Takođe, kao ekonomski slabija strana zaposleni je često zainteresovan samo za trajanje radnog odnosa i visinu zarade, a manje, ili uopšte nije zainteresovan, za druge odredbe ugovora o radu. Upravo zbog toga, klauzula zabrane konkurencije postoji kao institut koji ograničava, ali i određuje meru do koje je dozvoljeno ograničenje prava zaposlenog. Međutim, zbog mogućnosti da dozvoljena mera ograničenja prava zaposlenog bude prekršena, potrebno je, s tim u vezi, odrediti načine i metode zaštite zaposlenog. U *common law* sistemu postoje četiri doktrine koje daju odgovor na ovo pitanje³⁰, dok u našem pravnom sistemu, u sporovima za naknadu štete sud odlučuje po principu pune jurisdikcije, odnosno o pravima i obavezama zaposlenog i poslodavca. Rok za pokretanje postupka za naknadu štete je tri godine od dana nastanka obaveze, polazeći od toga da je Zakonom o radu propisano da sva novčana potraživanja iz radnog odnosa zastarevaju u navedenom roku.

³⁰ Prvi pristup rešenju ovog problema je „doktrina razumne izmene“ prema kojoj sud može izmeniti sporazum ako nađe da predviđa prekomerna ograničenja, pri čemu mora da utvrdi okolnosti svakog konkretnog sporazuma, i da ograničenje svede na neophodnu meru, a da istovremeno zaštiti legitimne interese poslodavca. Druga doktrina je poznata pod nazivom „Blue Pencil“ prema kojoj sud može da ispravi sporazum tako što uklanja nja iz sporazuma gramatičke greške i odredbe koje sadrže nerazumna ograničenja, ali je zabranjeno da sud dodaje ili ispravlja odredbe sporazuma. Nasuprot pomenutim, je „doktrina zabrane izmene“ koja se bazira na principu „sve ili ništa“. Po ovoj doktrini sud će preispitati sporazum i ako utvrdi da sadrži nerazumna ograničenja, sud će takav sporazum staviti van snage. Četvrta doktrina se primenjuje u državama u kojima su sporazumi koji predviđaju ograničenja nezakoniti, pa su bez pravne snage. Videti više: R. J. Orelup, C. S. Drewry, *Judicial Review and Reformation of Noncompete agreements*, *The Construction Lawyer*, Volume 29, Number 3, 2009, str. 30-32. Videti više: A. J. Farhang, R. K. Harris, *Non-compete agreements with step-down provisions. Will Arizona courts enforce them*, dostupno na: http://www.myazbar.org/AZAttorney/PDF_Articles/1205Noncompete.pdf, posećeno: septembar 2014.

Ukoliko zaposleni prekrši zabranu konkurencije poslodavac ima pravo da zahteva od zaposlenog naknadu štete. Zakon o radu propisuje da je zaposleni odgovoran za štetu koju pričini poslodavcu na radu ili u vezi sa radom, i da postojanje štete, njenu visinu, okolnosti pod kojima je nastala, ko je štetu prouzrokovao i kako se nadoknađuje, utvrđuje poslodavac, u skladu sa opštim aktom, odnosno ugovorom o radu. Ako se naknada štete ne ostvari na ovaj način, o naknadi štete odlučuje nadležni sud.

Materijalna šteta predstavlja umanjenje nečije imovine i sprečavanje njenog povećanja. Poslodavac ima pravo kako na naknadu obične štete, tako i na naknadu izmakle koristi. Sud će, uzimajući u obzir okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome se nalazila da nije bilo štetne radnje. U tom smislu, poslodavac može zahtevati da se radnje koje je zaposleni učinio protivno zabrani konkurencije, smatraju izvršenim u njegovo ime i za njegov račun.

Raniji poslodavac može tražiti naknadu štete i od novog poslodavca, ako je ovaj znao ili morao znati, da je zaposleni vezan klauzulom zabrane konkurencije. U tom slučaju, za štetu koju su zajedno prouzrokovali zaposleni i novi poslodavac, odgovaraju solidarno. U slučaju opasnosti od nastanka štete može se zahtevati uklanjanje izvora opasnosti ili uzdržavanje od delatnosti od koje proizilazi opasnost od štete. Tako, raniji poslodavac može zahtevati da prestane radni odnos zaposlenog kod konkurentskog poslodavca, sve dok je obavezan klauzulom zabrane konkurencije.

REZIME

U traženju odgovora na pitanje, da li je i zašto potrebno da u jednom pravnom sistemu postoji klauzula zabrane konkurencije, ne treba ovaj institut posmatrati samo sa stanovišta zaštite prava zaposlenih i apsolutizovati njenu ulogu u ograničavanju prava na rad. Ovaj institut svoje postojanje zasniva na međunarodnim standardima koji dopuštaju ograničenja ljudskih prava radi poštovanja prava i sloboda drugih, a u skladu sa zakonom. Ova okolnost da je u određenim situacijama dopušteno ograničavanje prava na rad zabranom konkurencije, nameće problem određivanja sadržine i obima ovog instituta.

Ako se ima u vidu, da je polazna pretpostavka ovog rada, o manjem ograničavanju prava na rad putem klauzule zabrane konkurencije u ekonomski razvijenim zemljama u odnosu na manje razvijene zemlje, primenom odgovarajuće metodologije potvrđena, uporedna zakono-

davstva nude moguća rešenja postavljenog problema sadržine i obima zabrane konkurencije. Svakako, uporedno-pravna rešenja ne treba prepisati u domaće radno zakonodavstvo, ali se ona mogu posmatrati kao dobar primer. Naime, ne treba preceniti ni potceniti uticaj uporednog prava i prakse, ali sadržinu ovog instituta treba odrediti prema konkretnoj društvenoj stvarnosti u kojoj taj institut treba primeniti.

Na planu određivanja sadržine klauzule zabrane konkurencije treba utvrditi njeno vremensko i teritorijalno važenje, pravo zaposlenog na novčanu naknadu dok traje zabrana i pravo poslodavca na naknadu štete u slučaju da se zaposleni ne pridržava zabrane.

U tom smislu, osnovni napor u definisanju zabrane konkurencije treba učiniti u pravcu određivanja obima ograničenja koja nameće.

Pod uticajem uporednog iskustva, a u skladu sa stanjem u nacionalnoj privredi i ekonomiji, vremensko važenje zabrane konkurencije treba odrediti alternativno, u zavisnosti od toga sa kojim zaposlenim se ugovara. Ukoliko između zaposlenog i poslodavca, prema okolnostima konkretnog radnog odnosa, postoji poseban odnos poverenja, zabrana konkurencije se može ugovoriti u trajanju do dve godine po prestanku radnog odnosa. Sa druge strane, za ostale zaposlene maksimalno trajanje zabrane konkurencije trebalo bi da bude kraće od dve godine.

U pokušaju da se zakonom odredi teritorijalno važenje zabrane konkurencije može se naići na niz problema koji su izazvani samom prirodom ovog instituta. U tom smislu, prihvatljivo je rešenje zakonodavca da se pitanje teritorijalne primene zabrane konkurencije detaljnije uredi podzakonskim aktima. U prilog tome je činjenica da se teritorija važenja zabrane konkurencije određuje u zavisnosti od vrste delatnosti kojom se bavi poslodavac.

Smatraće se naročito prikladnim da se prilikom određivanja visine novčane naknade zakonom propiše polazni okvir, čije bi se granice mogle preći samo *in melius*. Zakonom bi moglo biti propisano da novčana naknada ne bi trebalo da iznosi više od prosečne zarade koju je zaposleni ostvario u poslednja tri meseca pre prestanka radnog odnosa, i da ne sme biti niža od minimalne zarade u Republici.

Naš zakonodavac propisuje da poslodavac ima pravo na naknadu štete u slučaju da zaposleni prekrši zabranu konkurencije, što je u skladu sa opštim principom da ko drugom pričinu štetu, dužan je da je nadoknadi.

Klauzulom zabrane konkurencije se ograničava pravo na rad i štite ekonomski interesi poslodavca, ali, sa druge strane, istim institutom zakonodavac štiti i zaposlenog od arbitrarnosti i samovolje poslodavca. Za zaštitu prava zaposlenih je najvažnije uporno nastojanje da se, i ona najneophodnija, ograničenja svedu na najniži nivo, a koji je dovoljan da se ostvari svrha zbog koje su ta ograničenja i propisana.

ABSTRACT

The aim of this study was to determine the association and causal dependencies between the constitutionally guaranteed right to work and to institute non-compete clause, as well as the determination of the regularity or trends in the development of this phenomenon. Starting from the assumption that the legal systems of developed market economies provide less restriction of the right to work through the non-compete clause, compared to less developed countries should provide answers to questions of admissibility, the content and scope of the institute non-compete clause in Labour law of the Republic of Serbia. The paper is divided into four parts, where, after introductory remarks, the second part indicates the relation between right to work and the non-compete clause. Also, in this part appropriate methods were used to check the assumption of a small set limiting the right to work in developed countries, compared to less developed countries, considering the level of restriction imposed by non-compete clause. For the needs of this paper were analyzed the legal systems of Spain, Portugal, Finland, Croatia, Macedonia and Montenegro. In the third part of this paper, the institute of non-compete clause in Labour law of Republic of Serbia was analyzed by using appropriate methodology. After that were exposed some observations, suggestions and concluding remarks.

Keywords: *right to work, non-compete clause, activity, time and territory limitations, compensation.*

CIP – Katalogizacija u publikaciji
Narodna biblioteka Srbije, Beograd

331.4:61

SVET rada : časopis za pitanja
bezbednosti i zaštite zdravlja na radu,
medicine rada i zaštite životne sredine /
glavni i odgovorni urednik Dejan Zagorac. –
2004, br. 1 – . – Beograd (Rige od Fere
4) : Eko centar, 2004 – (Beograd :
Zlatni presek) . 25 cm

ISSN 1451 – 7841 = Svet rada
COBISS.SR – ID 111935756