**Doc. dr Vesna Simović-Zvicer**

**Novine u regulisanju postupka zasnivanja radnog odnosa u novom Zakona o radu**

Zakonitost zasnivanja radnog odnosa cijeni se na osnovu ispunjenosti materijalnih uslova za zasnivanje radnog odnosa (koji mogu biti opšti i posebni uslovi za zasnivanje radnog odnosa), ali i na osnovu ispunjenosti formalnih uslova – koji se tiču postupka zasnivanja radnog odnosa. Novi Zakon o radu ( ZOR), koji je stupio na snagu 08. januara ove godine predviđa značajne novine koje se tiču postupka zasnivanja radnog odnosa. U tom smislu, pravi se razlika između prijavljivanja slobodnih radnih mjesta Zavodu za zapošljavanje i javnog glašavanja slobodnih radnih mjesta. U članu 24, stav 1 predviđena je obaveza poslodavca da slobodno radno mjesto prijavi Zavodu za zapošljavanje (Zavod), na način i postupka predviđen posebnim zakonom, tj. Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezaposlenosti, koji predviđa obavezu poslodavca da podnese prijavu o slobodnom radnom mjestu. Zavod je dužan, na zahtjev poslodavca, da u roku od tri radna dana od dana prijavljivanja slobodnog radnog mjesta, obavijesti poslodavca o mjerama koje Zavod može preduzeti ili preduzima radi popunjavanja slobodnog radnog mjesta. Ipak, u članu 25, stav 2 ovog zakona predviđaju se slučajevi u kojima poslodavac neće imati obavezu da dostavi prijavu slobodnih radnih mjesta, jer definiše šta se ne smatra slobodnim radnim mjestom.To su sljedeće situacije:

- kada postoji potreba da se nakon isteka prethodnog ugovora o radu zaključi novi ugovor o radu sa istim zaposlenim: pod ovim se podrazumijeva sukcesivno zaključivanje ugovora o radu na određeno vrijeme. Pri tome, podrazumijeva se da nema prekida između ugovora, kao i da se ugovori o radu zaključuju u okviru roka od 36 mjeseci, koliko najduže može trajati zaključivanje sukcesivnih ugovora o radu;

- kada postoji potreba da se zaposleni rasporedi na drugo radno mjesto kod istog poslodavca: ovo je opravdan izuzetak, posebno ako se ima u vidu da se raspoređivanje na drugo radno mjesto vrši aneksom ugovora o radu (osim u hitnim slučajevima kada se može privremeno rasporediti, do 30 dana, pisanim nalogom poslodavca);

- preuzimanje zaposlenog na osnovu sporazuma poslodavaca, uz njegovu saglasnost: ovaj institut regulisan je članom 51 ZOR-a i može se izvršiti ukoliko su ispunjena dva uslova, i to: 1) sporazum između poslodavaca o preuzimanju i 2) saglasnost zaposlenog da želi da promijeni poslodavca putem preuzimanja: ova saglasnost bi trebala prethoditi sporazumu između poslodavaca i podrazumijeva se da treba biti data u pisanoj formi.

Ovđe je važno ukazati da prijavljivanje slobodnih radnih mjesta Zavodu za zapošljavanje nije konstitutivni element zasnivanja radnog odnosa, već ova obaveza poslodavca ima drugačiju svrhu: praćenje stanja na tržištu rada od strane Zavoda za zapošljavanje. Prijavljivanje se vrši na obrascu E1. Kako prijavljivanje slobodnih radnih mjesta nije konstitutivni element postupka zasnivanja radnog odnosa, to propuštanje ove obaveze poslodavca ne utiče na zakonitost radnog odnosa, ali je i u ovom slučaju predviđena kazna za prekršaj, u skladu sa članom 86 Zakona o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezaposlenosti (predviđene su sljedeće novčane kazne:za pravno lice od 500 eura do 20.00 eura; za odgovorno lice u pravnom licu u iznosu od 100 eura do 2.000 eura; a za preduzetnika u iznosu od 150 eura do 6.000 eura)

Kada je u pitanju javno oglašavanje, ZOR pravi razliku između poslodavaca u tzv. ’’realnom sektoru’’ – za koje javno oglašavanje u članu 24, stav 2 predviđa kao mogućnost i druge kategorije poslodavaca, kao što su: javna preduzeća, odnosno privredna društva, javne ustanove i druge javne službe, čiji je osnivač ili većinski vlasnik država, odnosno jedinica lokalne samouprave, za koje je predviđena obaveza javnog oglašavanja. Predviđanje obaveze javnog oglašavanja za drugu kategoriju poslodavaca ima puno opravdanje, ako se ima u vidu činjenica da se radi o poslodavcima koji se finansiraju iz državnog, odnosno budžeta lokalnih samouprava ili im je osnivač država ili lokalna samouprava, te da iz tog razloga treba obezbijediti jednaku dostupnost radnih mjesta nezaposlenim licima i smanjiti prostor za samovolju poslodavca. U ovom slučaju, javni oglas predstavlja konstitutivni element zasnivanja radnog odnosa, što znači da nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu nezakonitost radnog odnosa. U oba slučaja javno oglašavanje se vrši preko Zavoda za zapošljavanje, a rokovi i postupak javnog oglašavanja uređeni su Zakonom o posredovanju pri zapošljavanju i ostvarivanju prava za vrijeme nezaposlenosti, koji u članu 26 predviđa obavezu Zavoda za zapošljavanje da slobodno radno mjesto oglasi na oglasnoj tabli, internet stranici Zavoda i u medijima, u roku od dva radna dana od dana prijavljivanja, dok sami oglas ne može da traje kraće od tri dana. Ovđe je potrebno ukazati da u slučaju ispravke oglasa, rok za prijavu kandidata važi od dana ispravke.

U vezi sa javim oglašavanjem, važno je napomenuti da ova obaveza ne postoji u pogledu zapošljavanja fizičkih lica u sportu. U skladu sa Zakonom o sportu, fizička lica u sportu su: sportista, trener i sportski stručnjak osposobljen za za rad u sportu.

 ZOR u članu 27 predviđa jedno fleksiblo rješenje za poslodavce, a to je mogućnost poslodavca da u roku od 45 dana od dana objavljivanja oglasa, donese odluku o njegovom poništenju. Pri tome, razlozi za poništenje oglasa mogu biti:

- izmjena propisa: pod tim se podrazumijeva izmjena bilo kojeg propisa (zakona, podzakonskog akta, ili opšteg akta poslodavca) koji onemogućavaju ili čine necjelishodnim raspisivanje oglasa;

- izmjena akta o unutrašnjoj organizaciji i sistemazizaciji: na način da se radno mjesto za koje je bio raspisan oglas ukida ili se smanjuje broj izvršilaca na tom radnom mjestu;

- druge opravdane okolnosti koje su nastale nakon objavljivanja oglasa:što podrazumijeva objektivne okolnosti usljed kojih je raspisivanje oglasa necjelishodno (npr. iznenadne poteškoće u poslovanju, oštećenja na sredstvima rada kod poslodavca i dr.)

Mogućnost poništenja oglasa predviđena je kako za poslodavce koji nijesu imali zakonsku obavezu da javno oglašavaju slobodno radno mjesto, tako i za one poslodavce koji su tu obavezu imali. U pogledu ovog rješenja može se javiti jedna dilema u praksi: da li poslodavac može donijeti odluku o poništenju oglasa ukoliko je donio odluku o izboru kandidata, ali sa njim nije zasnovao radni odnos? U vezi sa ovim pitanjem, mišljenja sam da poslodavac može poništiti oglas o slobodnom radnom mjestu sve do zaključenja ugovora o radu, a u okviru roka od 45 dana od isteka roka za podnošenje prijava na oglas.

Kao jedna od mogućih faza u postupku zasnivanja radnog odnosa predviđa se prethodna provjera radnih sposobnosti. Ona se može sprovoditi ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu. U ovom slučaju važno je ukazati na dvije činjenice, i to:

1) prethodna provjera radnih sposobnosti nije obavezna faza u postupku zasnivanja radnog odnosa, već moguća faza – a u tom slučaju je i mogući uslov za zasnivanje radnog odnosa. Ovđe je važno napomenuti da se prethodna provjera radnih sposobnosti vrši samo sa kandidatima (dakle, sa licima koja su se prijavila na oglas, a ispunjavaju sve predviđene uslove), s tim da je nesporno da lice koje ne zadovolji na prethodnoj provjeri radnih sposobnosti gubi status kandidata za zasnivanje radnog odnosa.

 2) prethodna provjera radnih sposobnosti može se vršiti ako je predviđena oglasom o slobodnom radnom mjestu. Iz ovakve formulacije se izvodi zaključak da se u slučaju zasnivanja radnog odnosa bez javnog oglašavanja ne može sprovoditi prethodna provjera radnih sposobnosti. Sa druge strane, ako je predviđena oglasom, prethodna provjera radnih sposobnosti se mora sprovesti i u odnosu na sve kandidate, jer je u tom slučaju ona uslov za zakoniti postupak zasnivanja radnog odnosa.

Način na koji će se vršiti prethodna provjera radnih sposobnosti ZOR ne uređuje, već ostavlja poslodavcu da se oko toga sam opredijeli (to može biti intervju, anketa, izrada nekog projekta, zadatka i sl.).

Postupak zasnivanja radnog odnosa završava se donošenjem odluke o ishodu oglasa.

Jedno od individualnih prava koje proizilazi iz Ustavom garantovanog prava na rad jeste pravo učesnika oglasa da budu obaviješteni o ishodu oglasa. Ova obaveza odnosi se na sve poslodavce koji su bili u postupku javnog oglašavanja, bez obzira da li im javno oglašavanje bilo predviđeno kao obaveza ili je to bio njihov izbor. ZOR je odredio rok za obavještavanje učesnika oglasa u trajanju od 45 dana od dana isteka roka za podnošenje prijave na oglas (koji rok se definiše u samom oglasu). U vezi sa ovom obavezom u praksi se može pojaviti nekoliko pitanja:

* Da li je poslodavac po okončanju postupka po osnovu javnog oglasa dužan da izvrši izbor među prijavljenim kandidatima? Mišljenja sam da, polazeći od slobode preduzetništva, poslodavac ima slobodu da vši izbor kandidata (imajući u vidu njihove lične karakteristike), ali isto tako ima i slobodu neizbora, odnosno nije u obavezi da izvrši izbor kandidata, ukoliko ni jedan od kandidata ne zadovoljava postavljene kriterijume.
* Da li je poslodavac dužan da donese odluku o izboru kandidata za zasnivanje radnog odnosa? Mišljenja sama da, iako zakon eksplicitno ne pominje odluku o izboru kandidata, da se njeno donošenje podrazumijeva i to u svakom slučaju – bilo da se radi o odluci kojom je izvršen izbor kandidata ili da nije izvršen izbor ni jednog knadidata. Donošenje odluke je posebno važno zbog činjenice da učesnici oglasa imaju pravo da osporavaju postupak zasnivanja radnog odnosa, a to je moguće jedino ako postoji odluka, koja će biti predmet spora pred sudom.
* Koga sve poslodavac obavještava o završenom oglasu? U vezi sa ovim pitanjem, nesporno je da pravo da budu informisani imaju svi učesnici oglasa – dakle svi oni koji su se blagovremeno prijavili na oglas o slobodnom radnom mjestu, bez obzira da li ispunjavaju predviđene uslove za rad na tom radnom mjestu. Poslodavac je dužan da Zavod za zapošljavanje obavijesti o zasnivanju radnog odnosa sa nezaposlenim licem, odnosno drugim licem, u roku od pet radnih dana od dana zasnivanja radnog odnosa, što je važna informacija za praćenje stanja na tržištu radne snage.
* O čemu poslodavac obavještava učesnike oglasa, odnosno šta to obavještenje treba da sadrži? Mišljenja sam da će poslodavac u konkretnom slučaju izvršiti zakonsku obavezu ako u obavještenju navede da li je učesnik oglasa odabran za zasnivanje radnog odnosa ili nije. Dakle, poslodavac nije dužan da učesnika oglasa obavještava o tome koji kandidat je odabran za zasnivanje radnog odnosa.

 Svaki učesnik oglasa može da pokrene postupak pred sudom, nezavisno od toga da li je ispunjavao predviđene uslove oglasa , ako smatra da kandidat koji je zasnovao radni odnos ne ispunjava uslove, ako smatra da je diskriminisan u postupku ili da je postupak zasnivanja radnog odnosa bio nezakonit (u ovom slučaju ne traži zaštitu svojih prava, ali može da ukaže na nezakonito postupanje poslodavca, kao zainteresovano lice).

Po donošenju odluke o izboru kandidata, poslodavac i zaposleni potpisuju ugovor o radu. Potpisivanje ugovora o radu i stupanje na rad čine momenat zasnivanja radnog odnosa. Dakle, ukoliko jedan od ova dva elemenata nije ispunjen, radni odnos neće biti zasnovan. Ugovor o radu potpisuju ga poslodavac i zaposleni, kao subjekti radnog odnosa. Na ovaj način dolazi do izražaja lična-radnopravna funkcionalna veza između subjekata radnog odnosa, što predstavlja bitnu karakteristuku pojma radnog odnosa. Ipak, zakon ovđe predviđa mogućnost da ugovor o radu umjesto poslodavca sa zaposlenim potpiše lice koje on ovlasti (npr. direktor sektora za ljudske resurse, direktor organizacione jedinice kod poslodavca i sl.). Podrazumijeva se da ovlašćenje mora biti dato u pisanoj formi. ZOR ne definiše u kolikom broju primjeraka se mora potpisati ugovor o radu, ali predviđa obavezu poslodavca da jedan primjerak ugovora mora uručiti zaposlenom prilikom stupanja na rad (iz čega proizilazi da ugovor mora biti sačinjen u najmanje dva primjerka), a nepoštovanje ove obaveze ima za posljedicu prekršajnu odgovornost, u skladu sa članom 209 zakona.

U cilju suzbijanja eventualnih zoupotreba i sprječavanja rada crno, ZOR predviđa da se ugovor o radu potpisuje prije stupanja na rad. Već je pomenuto da se radni odnos smatra zasnovanim kada zaposleni potpiše ugovor o radu i stupi na rad. U slučaju da zaposleni stupi na rad bez prethodno potpisanog ugovora o radu, imamo tzv. faktički radni odnos (ili situaciju koja se u praksi zove: ’’rad na crno’’). Jedan od ciljeva koji se želi postići ZOR-om jeste suzbijanje rada na crno, a jedna od mjera za ostvarivanje ovog cilja predviđena je ovim članom, kroz posljedice rada bez pravnog osnova, tj. bez ugovora o radu. ZOR je predvidio da će se u ovoj situaciji smatrati da je zaposleni zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme. Kao period od kada se računa trajanje radnog odnosa zakon je definisao dan stupanja na rad. Ovo u praksi može biti teško dokazivo, ali ako se ne može utvrditi tačan datum stupanja na rad, onda će se početak radnog odnosa računati od dana kada je od strane inspektora rada zaposleni zatečen na radu bez ugovora o radu, odnosno od dana kada je na osnovu dokaza u toku sudskog postupka utvrđen da je obavljao poslove kod poslodavca. U vezi sa ovim, u stavu 3 ovog člana je predviđena obaveza za poslodavca da u roku od pet dana od dana stupanja na rad sa zaposlenim zaključi ugovor o radu na neodređeno vrijeme. Iz ovakve formulacije se može zaključiti da se za zaključivanje konkretnog ugovora o radu ne traži saglasnost ni poslodavca ni zaposlenog, pa se može postaviti pitanje: da li se na ovaj način dovodi u pitanje jedan od bitnih elemenata pojma radnog odnosa, a to je njegova dobrovoljnost? Ipak, imajući u vidu konkretnu situaciju i cilj koji se ovom normom želi postići, može se konstatovati da je ovakav izuzetak dozvoljen, zbog toga što ovđe imamo tzv. ’’prethodnu saglasnost volja’’ i poslodavca i zaposlenog, pa ne možemo reći da se radi niti o prinudnom radu, niti o nekom vidu uzurpacje radnog mjesta od strane zaposlenog. Izuzetak od obaveze zaključivanja ugovora o radu na neodređeno vrijeme predviđen je u slučaju da zaposleni ne ispunjava posebne uslove za rad (koji su predviđeni aktom o sistematizaciji) za radno mjesto na kojem je zatečen, odnosno za koje je utvrđeno da je na njemu obavljao poslove i zadatke ili u situaciji kada postoji neka od smetnji za zasnivanje radnog odnosa, koje su predviđene u članu 21 ZOR-a. Ukoliko se desi neka od ove dvije situacije, predviđeno je da će poslodavac biti dužan da zaposlenom obezbijedi neko od prava koja pripadaju zaposlenom za čijim je radom prestala potreba, i to: raspored na druge poslove kod istog poslodavca u stepenu stručne spreme zaposlenog; raspored kod drugog poslodavca u stepenu stručne spreme zaposlenog, uz njegovu saglasnost; stručno osposobljavanje, prekvalifikacija ili dokvalifikacija za rad na drugo radno mjesto kod istog ili drugog poslodavca i druge mjere u skladu sa kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu. Ova prava poslodavac obezbjeđuje shodno svojim mogućnostima, odnosno ako nema mogućnosti da zaposlenom obezbijedi ni jedno od navedenih prava, dužan je da mu isplati otpremninu, osim u slučaju da se radi o licu kod kojeg postoje smetnje za zasnivanje radnog odnosa.

Autorka je bila koordinatorka Radne grupe za izradu Zakona o radu