

Otkaz ugovora o radu prema Švicarskom pravu

Laleta, Sandra

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 1993, 14, 77 - 116**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:057410>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-19**

PRAVRI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA

DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

OTKAZ UGOVORA O RADU PREMA ŠVICARSKOM PRAVU

Sandra Laleta, stručni suradnik
Pravni fakultet u Rijeci

UDK: 349.222(494)
Ur. 28.10.1993.
Pregledni znanstveni članak

Članak sadrži prikaz pozitivnopravnih rješenja, stavove pravne teorije i primjere iz sudske prakse o problemima vezanim uz otkaz ugovora o radu u švicarskome pravu. Na ovom se vrlo osjetljivom području radnog prava prelamaju za radnika egzistencijalna pitanja prava na rad, garancije stalnosti zaposlenja te načela slobode otkazivanja. Švicarska svojim vrlo liberalnim otkaznim pravom još uvijek više štiti poslodavca nego radnika, načelom ekstremne slobode otkazivanja te neprihvatanjem konvencija koje je u ovoj oblasti donijela Međunarodna organizacija rada, predstavljajući tako izuzetak na tlu Europe, tzv. "Sonderfall Schweiz". U radu se daje odgovor na pitanje koliko se revizijom odredbi o otkazu u Zakonu o obligacijama 1988. godine otišlo naprijed u jačanju zaštite posloprimca kao slabije strane u radnom odnosu.

1. UMJESTO UVODA

Otkaz ugovora o radu, kao jedan od najvažnijih i najčešćih osnova prestanka radnog odnosa, uređen je u švicarskom pravu odredbama članova 335-337d saveznog Zakona o obligacijama (ZO)¹ koje su revidirane stupile na snagu 1. siječnja 1989. godine. Uz ove, na otkaz se primjenjuju i odredbe saveznog Zakona o posredovanju rada i najmu osoblja (AVG)² te saveznog Zakona o plovidbi jezerima³ kao *lex specialis*.

Posljednja opsežna opća revizija švicarskog ugovornog radnog prava izvršena je 1972. godine i bila je potaknuta visokom konjunkturom: puna zaposlenost i izobilje u ponudi radnih mjesta bili su posve izmijenili ekonomski položaj posloprimca. On više

¹ Bundesgesetz über das Obligationenrecht, Botschaft des Bundesrates, 25. 8. 1967.

² Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (6. 10. 1989), na snazi od 1. srpnja 1990.

³ Bundesgesetz über Seeschiffahrt unter der Schweizerlage, od 23. 9. 1953.

nije bio u ekonomski teškom stanju pa se poslodavac tada morao potruditi da pronađe radnu snagu. No zakonska zaštita posloprimca u slučaju otkaza, iako se polazilo od ugovorne slobode i zaštite posloprimca kao osnovnih načela ugovornog radnog prava, svodila se na relativno kratak otkazni rok, a stvarna zaštita postojala je u Zakonu o obligacijama samo u odredbama o otkazu radi vojne službe ili službe civilne zaštite.⁴

Ulaskom u gospodarsku recesiju sredinom 70-ih godina stanje na tržištu radne snage munjevito se izmijenilo. Posloprimac je u uvjetima prijeteće nezaposlenosti bio zainteresiran za stalnost svog radnog mjesta, a time i za bolju zaštitu od otkaza. Takvoj povećanoj potrebi zaštite postojeće ugovorno radno pravo više nije moglo udovoljiti.

Nakon mnogih rasprava u Parlamentu, uslijedila je 1981. godine, inicijativa, doduše vrlo skromna, Kršćanskog nacionalnog saveza sindikata Švicarske ("Christlich Nationale Gewerkschaftsbund der Schweiz" - CNG) za zaštitu u slučaju otkaza koja je predviđala posebice pitanja: pobijanja neopravdanog otkaza, produženja otkaznih rokova u nekim težim slučajevima, kao i odredbe o kolektivnim otpuštanjima. Savezno je vijeće, ovom inicijativom potaknuto, izašlo sa svojim protuprijedlogom, čiji su rezultat danas važeće odredbe otkaznoga prava u Zakonu u obligacijama.

2. O OTKAZU OPĆENITO

2.1. Pravna narav otkaza

Prema svojoj pravnoj naravi otkaz je jednostrana izjava volje primljena na znanje od strane kojoj je upućena, koja od određenog trenutka za ubuduće ukida radni odnos (pravoukidajuće konstitutivno pravo).⁵ Kako se pod konstitutivnim subjektivnim pravom podrazumijeva ovlaštenje da se jednostranim očitovanjem volje, bez mogućnosti utjecaja trećega, izazove pravna promjena, to se otkazom izvršava ovlaštenje da se jednostrano raskine ugovor o radu.

Primitkom otkaza on postaje neopoziv. Opoziv otkaza može se zato razumjeti samo kao ponuda na zaključenje jednog novog ugovora o radu kojim bi se pod istim uvjetima i među istim strankama nastavio otkazani radni odnos.⁶

Za otkaz je bitno da kod onoga tko otkazuje postoji volja da okonča određeni radni odnos, te da se postojanje volje izrazi prema vani na dovoljno jasan način, pristupačan suprotnoj strani. U švicarskoj je radnopravnoj teoriji, međutim, nejasno u kojoj se mjeri onaj tko otkazuje radni odnos može pozvati na nedostatak volje i tako opozvati izrečeni otkaz. Naime, na otkaz se primjenjuju opći propisi o ništavosti pravnih poslova zbog formalnih nedostataka i mana volje. Prema Rehbinderu pobijanje zbog

⁴ Prethodni nacrt zakona sadržavao je opću odredbu o zloupotrebi otkaza, ali je, suprotno tome, Parlament ostao kod praktično neograničene slobode otkaza.

⁵ Rehbind, Manfred, Schweizerisches Arbeitsrecht, 11. Aufl., Bern 1993, str 108.

⁶ Rehbind, Manfred, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI/2 (Das Obligationenrecht-Der Arbeitsvertrag), Der Einzelarbeitsvertrag (Art. 319-330a), Bern, 1985, str. 51.

mana volje kod otkaza je ograničeno, slično kao kod priznanja očinstva. Kao ništav ocijenjen je u jednoj sudskoj odluci otkaz izrečen u stanju nesposobnosti za rasuđivanje.⁷

Otkaz obuhvaća ukupni radni odnos. Otkaz pojedinačnih odredbi ugovora o radu (djelomični otkaz) je nedopušten.

Kao konstitutivno pravo otkaz, u načelu, ne može biti uvjetovan. No švicarska pravna teorija i sudska praksa poznaju i dopuštaju tzv. "uvjetni otkaz" ("Anderungs-kündigung"). Radi se o otkazu izrečenome uz potestativni uvjet, tj. uvjet o čijem nastupanju protivna strana može sama odlučiti, naprimjer u ovome obliku: poslodavac otkazuje za slučaj da posloprimac ne prihvati nove uvjete rada; ili kada posloprimac otkazuje za slučaj da mu poslodavac ne povisi plaću: "Falls mein Lohn nicht auf den 1.1.1991. um Fr. 200.- erhöht wird, kündige ich hiermit den Arbeitsvertrag auf den 31.3.1991." Naprotiv, ne bi se moglo otkazati npr. "za slučaj da do 1.12. pronađem novo radno mjesto", jer na ovaj uvjet druga strana ne može utjecati.

Pravo na "uvjetni otkaz" pripada objema stranama radnog odnosa. Ako se kao posljedica ispunjenja uvjeta iz "uvjetnog otkaza" radni odnos produži, radi se o nastavku izvornog radnog odnosa pa se i sve pravne posljedice koje ovise o trajanju radnog odnosa procjenjuju od trenutka njegova zasnivanja. Time se "uvjetni otkaz" pokazuje značajnim instrumentom očuvanja radnog odnosa, posebice kada je razlog otkaza povreda neke odredbe ugovora o radu.⁸

2.2. Forma i sadržaj otkaza

Zakon o obligacijama ne propisuje formu otkaza. Izuzetak je pismena forma za otkaz ugovora o najmu mornara predviđena Zakonom o plovidbi jezerima. U svim ostalim slučajevima uređenje forme otkaza prepušteno je slobodnom stranačkom ugovaranju u ugovorima u radu (individualnom, tipskom te kolektivnom), ili u redu poduzeća, a ukoliko ovi akti o tome šute, prihvatljive su sve one forme koje i inače vrijede kao oblici očitovanja volje. Valjan je stoga i usmeni otkaz, a unutar toga i otkaz izražen nedvosmislenim konkludentnim ponašanjem stranke.

Za sadržaj otkaza bitno je, a to proizlazi iz njegove pravne naravi, da očitovanje volje treba biti određeno i nedvosmisleno. Svaka nejasnoća pada na teret onoga tko otkazuje.

2.3. Pravodobno primanje na znanje

Bez obzira u kojoj formi izrečen, bitno je da druga strana, strana kojoj se otkazuje, sazna za otkaz, tj. da ga "primi na znanje".

⁷ Jahrbuch des schweizerischen Arbeitsrecht (JAR) 1985, str. 222, cit. prema Streiff, Ullin, von Kaenel, Adrian, Leitfaden zum Arbeitsvertragsrecht: der Arbeitsvertrag OR 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, 5. Aufl, Zürich, 1992, str. 314.

⁸ Jedna takva povreda postojat će u slučaju da poslodavac izdaje naloge različite od onih ugovorenih i odmah ih provodi. Do isteka otkaznog roka poslodavac, ukoliko prihvati uvjete iz otkaza, treba namiriti nastala potraživanja posloprimca.

Usmena forma otkaza uvijek je izvor teškoća pri postupku njegova dokazivanja, a posebice kada se radi o određivanju trenutka izricanja otkaza za koji se vezuju otkazni rokovi.

Nasuprot tome, ne postoje veće teškoće pri određivanju kada je stranka primila na znanje pismeni otkaz. Primanje na znanje kod pismenog otkaza znači postizanje stvarne mogućnosti raspolaganja, kao i očekivanje stvarnog primanja na znanje (činjenično stanje da je primalac otkaza mogao saznati o otkazu) koje se temelji i prosuđuje prema običajima općenja, savjesnosti i poštenju ("Treu und Glauben").

Kako se ovo oživotvoruje, pokazuju sljedeći stavovi pravnih teoretičara i primjeri iz sudske prakse. Masovni otkazi o glašavanjem na oglasnoj ploči poduzeća nemaju učinka prema oboljelim radnicima ili radnicima na odmoru. Dostava noću u poštanski sandučić ili dostava na adresu radnikova boravišta za vrijeme odmora koji radnik provodi van svoje kuće također nije dovoljna. Zajedničko je ovim situacijama da poslodavac zna za odsutnost posloprimca (bolest, odmor), a prema običajima općenja treba računati s time da radnik u to vrijeme ne dolazi na mjesto rada, u poduzeće, odnosno u slučaju odmora ne boravi kod kuće.

No za radnika koji je samovoljno uzeo godišnji odmor, bez dogovora s poslodavcem, smatra se da je uvjet "primitka na znanje" ispunjen time što je izvršena dostava obavijesti o otkazu na njegovu posljednju adresu. Ovdje je, dakle, prihvaćen objektivni kriterij, a ne subjektivni - stvarno primanje na znanje nakon povratka radnika s godišnjeg odmora. Ukoliko je radnik ostavio svoju adresu s godišnjeg odmora ili ju je poslao naknadno, moguće je pristupiti mu s obavješću o otkazu na samo mjesto gdje provodi godišnji odmor. Teoretičari se slažu u mišljenju da otkaz u vrijeme godišnjeg odmora radnika nije nedopustiv, budući da nije u suprotnosti sa ciljem odmora (oporavkom, rekreacijom).⁹

Na zakašnjeslu dostavu otkaza ne može se pozivati onaj tko danima ne prazni poštanski sandučić; na pošiljaocu će biti teret dokaza pravodobnosti. Kako bi se izbjegle teškoće u dokazivanju, preporučuje se korištenje preporučenog pisma.

Poseban slučaj postoji kada se primalac, nakon neuspjele dostave pisma koje sadrži obavijest o otkazu, duže vrijeme ne odaziva pozivu da podigne pismo na pošti. Ovdje je sudska praksa u svojim rješenjima dosada bila jedinstvena pa se početak roka za podizanje pisma odlagao na prvi dan kada primalac u načelu boravi kod kuće. Razmimoilaženje je nastalo među pravnim teoretičarima oko pitanja može li se početak roka za podizanje pisma s pošte na temelju ostavljenog poziva vezati uz završetak sedmodnevnog zakonskog roka (kao kod dr. ugovora, npr. o zakupu), za vrijeme kojega je pismo pohranjeno na pošti prije nego što se vrati pošiljaocu. Bruhwiler, Brunner prihvaćaju da se dostavljanje pretpostavi sljedećeg dana po isteku ovog 7-dnevnog roka za podizanje pisma. Rehbindler drži da se ovakva rješenja ne bi trebala prenositi u radno pravo, a Streiff dvoji da će sudovi ostati pri dosadašnjoj praksi, budući da "...za

⁹ Potvrda takvom stavu jest i činjenica da zakonodavac nije godišnji odmor pribrojio ostalim činjeničnim stanjima "otkaza u nezgodno vrijeme", vidjeti toč.

jednoobrazno odlaganje na posljednji dan roka za podizanje pisma govore dobri razlozi".¹⁰

Za trenutak dostave obavijesti o otkazu, odn. primanja na znanje vezano je otpočinjanje i duljina otkaznog roka, pa će pošiljalac biti taj koji će bezuvjetno snositi odgovornost zakašnjele dostave, rizik otkaza danog u posljednji tren. Zato je Apelacioni sud u Ženevi odlučio da otkaz dat za vrijeme neplaćenog odsustva nije ništav, ali otkazni rok počinje teći tek nakon završetka odsustva, tj. s prvim radnim danom.¹¹ S "primitkom na znanje", naglasimo još jednom, bit će otkaz neopoziv. Jednom pravovaljano nastali otkaz kojim se mijenja pravni položaj stranaka može jedino sporazumom stranaka biti opozvan.

2.4. Obveza obrazloženja

Obveza je strane koja otkazuje da svoj otkaz pismeno obrazloži, ako to druga strana od nje zahtijeva (članak 335 st. 2). Obveza obrazloženja novota je u Zakonu pri čijem se propisivanju zakonodavac rukovodio dvama razlozima.

Prvi, glavni razlog jesu nove odredbe u članku 336 ZO kojim zakonodavac određuje pri kojim se razlozima otkaza nezadovoljna strana (posloprimac jednako kao i poslodavac) može pozivati na zloupotrebu otkaza. Onaj tko želi iskoristiti mogućnost takve zaštite mora poznavati razloge koji su do otkaza doveli. Pravo da traži i obrazloženje razloga olakšat će tako slabijoj strani (strani kojoj je otkazano) postupak dokazivanja.

Osim razlogom nužnosti uvođenja obveze obrazloženja kao sredstva primjene člana 336, zakonodavac je propisivanje ove obveze opravdavao i time što ona proizlazi iz obveze uljudnog ponašanja.¹²

Pravo na zahtjev za obrazloženjem imaju obje strane, posloprimac i poslodavac, pri redovnom i izvanrednom otkazu, pri otkazu za vrijeme probnog rada. Obrazloženje treba biti u pismenoj formi. Streiff smatra da obveza pismenog obrazloženja ne daje pravo na zahtjev za usmenim obrazloženjem zato što "...načelo "in maiore minus" ovdje nije primjenjivo".¹³

Obrazloženje treba sadržavati sve bitne razloge otkaza. Njih treba navesti jasno i konkretno, a ne mogu se prihvatiti apstraktne formulacije kao "netočnost", "neprijaznost", "loše ispunjavanje obveza".

Izrečeni otkaz proizvodi pravne posljedice neovisno o tome da li je obrazložen ili ne. Nejasna su, nasuprot tome, sredstva koja stoje na raspolaganju za provođenje obveze obrazloženja, kao i posljedice neobrazloženja.

¹⁰ Streiff, U. op.cit., str. 316.

¹¹ JAR 1987, str. 246.

¹² Botschaft Kündigungsschutz, str. 595.

¹³ Streiff, U. op.cit., str. 319. Onaj kome je otkazano može imati dobre razloge da preferira pismeno obrazloženje.

U pravilu obrazloženje otkaza može se tražiti u istoj tužbi kojom se pokreće postupak zbog zloupotrebe otkaza. Vrlo su rijetki slučajevi u praksi u kojima je bilo neophodno da se pravo na pismeno obrazloženje ostvaruje zasebno, odnosno prije sudskog postupka zbog zloupotrebe. No u teoriji postoje shvaćanja da je posloprimac ovlašten na isticanje zahtjeva za obrazloženjem i posebnom tužbom, što zakon izričito ne određuje, ali se ovo može izvesti iz teksta zakona.¹⁴ Stranke osim toga mogu ojačati obvezu obrazloženja ugovaranjem jedne od uobičajenih (ugovornih) kazni.

Odgovor na pitanje o posljedicama neobrazloženja treba potražiti u shvaćanjima o pravnom karakteru norme iz članka 336 st. 2. Namjera je zakonodavca bila da stvori apsolutno prisilnu normu. Sporeći o njejoj pravnoj naravi dio autora označava je kao "Ordnungsvorschrift", propis o redu za povredu kojega se vezuju samo indirektna posljedice, što znači da sudac u postupku mora voditi računa o ponašanju onoga tko je otkazao, pa tako i o neobrazlaganju razloga otkaza, samo kod određivanja procesnih troškova i naknade štete.¹⁵ Ovo slijedi iz načela da povreda ugovorne obveze ne smije sobom nositi koristi. Isto je mišljenje sadržano u službenome "Vjesniku" ("Botschaft") Saveznoga vijeća:¹⁶ da su posljedice povrede norme o obvezi obrazloženja razloga otkaza samo indirektna prirode. I dok neki od autora čak izričito isključuju mogućnost da se pred sudom izbori odluka da protivnička strana mora obrazložiti svoj otkaz¹⁷, navodimo suprotan stav Meiera koji drži da je direktna posljedica propuštanja obrazloženja pravo na samostalan zahtjev za ispunjenjem obveze o kojem sudac treba odlučivati.¹⁸

Prijeporno je da li onaj tko otkazuje, a nije se odazvao na zahtjev za pismenim obrazloženjem, smije u sudskome postupku isticati da je njegov otkaz bio legitiman, tj. da nije bilo zloupotrebe.

Pismeno obrazloženje razloga otkaza od praktične je vrijednosti do isteka redovnog otkaznog roka. U nedostatku posebne pravne norme pravo na zahtjev zastarijeva tek nakon 5 godina.

Poseban problem predstavlja naknadno navođenje razloga otkaza. On se do revizije postavljao samo u području izvanrednog (momentalnog) otkaza i bio je riješen tako što su sudovi priznali iznošenja novih razloga otkaza sve do i uključujući glavnu

¹⁴ Meier, Kurt. Die neuen Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts zum Kündigungsschutz. Plädoyer, 1988, 5/6, str. 45.

¹⁵ Rehbindler, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 113; Streiff, U. op.cit., str.319

¹⁶ Botschaft Kündigungsschutz, Bundes Blätter, 1984, II.

¹⁷ Brunner, Christiane, Bühler, Wäber, Jean-Bernard, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, Bern, 1990, str. 119; Pedergana, Ronald, Überblick über die neuen Kündigungsbestimmungen im Arbeitsvertragsrecht, Recht, 1989, str. 35.

¹⁸ Meier, K. op.cit., str.45.

raspravu.¹⁹ Mogli su se iznijeti i razlozi za koje je onaj tko momentalno otkazuje saznao nakon izricanja otkaza. U literaturi se može pronaći kritika ovakve sudske prakse.

Nova diskusija razvila se uvođenjem obveze obrazloženja na zahtjev suprotne strane, a sporna su pitanja: da li je dopušteno naknadno navođenje razloga otkaza, i, ako jest, do kada, da li se mogu navoditi i razlozi koji nisu postojali u trenutku izricanja otkaza. Ovdje navodimo dva suprotna stava. Reh binder zastupa mišljenje da je naknadno navođenje razloga otkaza po novome pravu prihvatljivo, sve dok se iznose samo oni razlozi koji su postojali prije primanja otkaza na znanje. Suprotno tome, po Meieru takva bi praksa bila nedopuštena, jer se onaj tko otkazuje mora osloniti samo na prvotno izjavljene razloge, a naknadno izjavljivanje razloge treba okvalificirati kao nepostojeće. Time se znatno osnažuje položaj posloprimca kao slabije strane kada je u postupku na njemu teret dokazivanja.

2.5. Pojavne forme otkaza

Prema kriteriju uzroka otkaza švicarsko radno pravo razlikuje redovni i izvanredni otkaz, prema kriteriju djelovanja (učinka) otkaz s otkaznim rokom i momentalni otkaz. U pravilu, izvanredni je otkaz momentalni otkaz, a redoviti otkaz s otkaznim rokom. Ipak, i tu postoje izuzeci. Tako u skladu s ugovornim odredbama ili odredbama kolektivnog ugovora o radu redovni otkaz u određenim okolnostima može biti izrečen i bez otkaznog roka (članak 335 b), a pri izvanrednom otkazu može se jamčiti tzv. "socijalni rok" (članak 337).

2.6. Posljedice otkaza

Momentalni otkaz dovodi do trenutnog raskida radnog odnosa; kod otkaza uz otkazni rok do raskida radnog odnosa dolazi tek po isteku otkaznog roka, na tzv. termin otkaza.

Do prestanka radnog odnosa u načelu postoji i obveza obavljanja rada. Ako je, nasuprot tome, poslodavac ovlašten da traži radnu snagu s obzirom na svoje potrebe za radnicima, tada prema švicarskome pravu nije garantirano nikakvo minimalno radno vrijeme otpuštenom radniku, pa pri otkazu otpada obveza rada i time obveza isplate plaće. Postoji li i dalje obveza rada, može poslodavac posloprimca ipak osloboditi rada, ako mu isplati odgovarajuću plaću.

U vremenu između izricanja otkaza i prestanka radnog odnosa mora poslodavac posloprimcu dopustiti korištenje pripadajućih mu ferija (čl. 329c, 329d ZO). Radniku pripada pravo na slobodno vrijeme u svrhu traženja novog zaposlenja, te zahtjev na svjedodžbu o radu koju daje poslodavac.

Na prestanak radnog odnosa zbog otkaza primjenjuju se, nadalje, i odredbe o općim posljedicama prestanka radnog odnosa. S prestankom radnog odnosa dospijevaju sva potraživanja iz radnog odnosa, a obje strane obvezne su vratiti sve što su tokom radnog odnosa uzele od druge strane ili trećega. Radniku starijem od 50 godina, i s najmanje 20-godišnjim radnim odnosom pripada pravo na posebnu naknadu.

¹⁹ Kantonalno postupovno pravo određuje koji je to posljednji mogući trenutak.

3. REDOVNI OTKAZ

Odredba članka 335 st. 1 Zakona o obligacijama daje pravo objema ugovornim stranama da jednostrano, po ma kakvom osnovu, raskinu radni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme. Ovakav otkaz uz pridržavanje ugovornog ili zakonskog otkaznog roka naziva se redovnim otkazom. Redovnim otkazom može prestati samo radni odnos na neodređeno vrijeme, dok za radni odnos na određeno vrijeme vrijedi poseban režim iz članka 334 Zakona, po kojemu takav radni odnos prestaje u pravilu bez otkaza, istekom vremena na koje je zaključen ugovor o radu. To odgovara suštini tzv. "pravog ugovora na određeno vrijeme", jedina je pretpostavka da je datum završetka dovoljno jasno određen. Naime, redovni otkaz isključen je kod radnog odnosa na određeno vrijeme jer je nespojiv s načelom *pacta sunt servanda*.²⁰

3.1. Otkazni rokovi

Za redovni otkaz predviđa Zakon otkazne rokove i termine otkaza (članak 335a, 335b/1 i 335c/1).

Otkazni rok je najkraće razdoblje koje mora postojati između primitka otkaza i prestanka radnog odnosa. Termin otkaza je trenutak u kojemu je dopušten prestanak radnog odnosa.

Odredbe o otkaznim rokovima predstavljaju gipko pravo, jer prepuštaju dispoziciji stranaka da urede otkazne rokove pismenim sporazumom, tipskim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, ukoliko zakon ne određuje drukčije (članak 335b/2, 335c/2). Dapače, otkazni rok može se i potpuno ukinuti (kod momentalnog otkaza).

3.1.1. Načelo otkaznog pariteta

Za poslodavca i posloprimca ne smiju biti određeni različiti otkazni rokovi, a ako su ugovoreni otkazni rokovi različiti, vrijedi duži rok (čl. 335a).

Ovom odredbom izraženo tzv. "načelo otkaznog pariteta" ("Kündigungsparität") postojalo je u ZO i prije revizije, a njegove su posljedice dalekosežne.

No da li se ovdje doista radi o jednakoj zaštiti za poslodavca i za posloprimca? Još za važenja starog prava ova je norma bila sporna i izložena oštroj kritici, upravo zbog zaštite koju je pružala poslodavcu kao ekonomski jačoj strani u radnom odnosu. Smatralo se da ne postoji nikakva potreba da se na ovakav način štiti poslodavac.

Revizijom, ne samo što je preuzeta sporna norma, već je zakonodavac otišao korak dalje (odn. natrag) uvodeći novu odredbu koja je izuzetak od načela otkaznog pariteta, a u korist - poslodavca!: ako je poslodavac otkazao radni odnos zbog

²⁰ Ovaj ugovor može prestati otkazom bez otkaznog roka, momentalnim otkazom ili izvanrednim otkazom. Nakon proteka 10 godina može svaka ugovorna strana u svako doba otkazati na duže vrijeme zaključeni radni odnos na određeno vrijeme, s otkaznim rokom od 6 mjeseci koji se računa od kraja mjeseca (članak 334 st.3). Radi se o apsolutno prisilnoj normi pa su ugovorene odredbe prema kojima ugovor o radu nakon proteka 10 godina ne može biti otkazan ništave. Švicarsko pravo poznaje ugovore na određeno vrijeme s predviđenim otkazom, tzv. "nepravi ugovori o radu".

ekonomskih razloga, ili je objavio namjeru da to učini, smiju za posloprimca, putem sporazuma, tipskog ugovora o radu ili kolektivnog ugovora, biti ugovoreni kraći otkazni rokovi (čl. 335a/2). Ekonomskim razlozima smatraju se reorganizacija, racionalizacija, mjere štednje, očekivano zatvaranje jednog pogona, odjela ili poduzeća, ali ne i egzistencijalne teškoće nekog poduzeća.²¹ Zakonodavac nije odredio ni formu, niti donju granicu otkaznog roka pri takvim sporazumima, a niti vrijeme kada se otkazni rok može ugovoriti. Prihvatljivo je mišljenje Rehbindera da takvi dogovori mogu prethoditi otkazu zbog ekonomskih razloga (npr. u kolektivnom ugovoru o radu), a ne samo slijediti nakon njega (ili namjere o otkazu).²²

Posebna zaštita koja se, ne samo ovom odredbom, pruža poslodavcu odudara od rješenja ostalih europskih zakonodavstava, a u teoriji je dobila naziv "Sonderfall Schweiz", poseban slučaj Švicarske: "Dass man im Arbeitsrecht Arbeitgeberschutz betreibt, ist zwar ein dem ubrigen Europa fremder Gedanke und typisch für den Schweizer Gesetzgeber...".²³

U praksi su povrede načela otkaznog pariteta skrivene iza različitih načina zaobilaznja propisa o paritetu.

3.1.2. Opći otkazni rokovi

Zakonski opći otkazni rokovi su supsidijarni, obvezni, minimalni rokovi koji se primjenjuju uvijek kada stranke nisu, ili nisu pravovaljano ugovorile drukčije otkazne rokove, te uz izuzetak kod otkaza za vrijeme probnog rada za koji vrijedi poseban režim otkaznih rokova o kojemu će biti riječi u slijedećoj točki.

Duljina zakonskih otkaznih rokova stupnjevana je u ovisnosti o trajanju i o vrsti radnog odnosa. Skalu otkaznih rokova zakonodavac je preuzeo neizmijenjenu iz staroga prava pa se u prvoj godini rada može otkazati uz otkazni rok od jednog mjeseca, od druge do devete godine uz otkazni rok od dva mjeseca, a od desete godine službe uz rok od tri mjeseca.²⁴

Stranačka odstupanja od zakonskih rokova ne smiju, međutim, ići ispod apsolutnog minimalnog zakonskog otkaznog roka koji, neovisno o trajanju radnog odnosa, iznosi jedan mjesec, te izuzetno može biti skraćen uz dvije pretpostavke: samo u prvoj godini rada i ako je to izričito predviđeno kolektivnim ugovorom o radu.

U odnosu na staro pravo to su dvije novine kojima je ojačana zaštita radnika koji je u radnom odnosu kraće od jedne godine: iz zakona je, naime, brisana mogućnost da

²¹ Streiff, U. op.cit., str. 325; Reh binder, M. B. Kommentar, str. 67.

²² Socijalni plan bit će mjesto na kojem su sadržani takvi "naknadni" dogovori. Tako Streiff, U. loc.cit.

²³ Reh binder, M., B. Kommentar, str. 65. No isti autor naći će u kraćim otkaznim rokovima pogodnost za posloprimca da prijevremeno napusti nesigurno radno mjesto.

²⁴ Od 10. godine službe može se izuzetno raskinuti i radni odnos na određeno vrijeme redovnim otkazom uz obostrano obvezni otkazni rok od 6 mjeseci (čl.334/3).

otkazni rok pri takvom kraćem radnom odnosu u potpunosti otpadne (odn. iznosi svega jedan dan), ako to nije predviđeno kolektivnim ugovorom o radu, te mogućnost da se skraćuje minimalnog otkaznog roka ugovori individualnim ugovorom o radu što je ranije bilo dozvoljeno.²⁵

Za minimalne otkazne rokove privremeno zaposlenih posloprimaca ("Temporararbeit") primjenjuje se kao *lex specialis* Savezni zakon o posredovanju rada (AVG). Važnim posebnim propisom iz njegova članka 29 st. 4, za koji Reh binder smatra da ga je trebalo ugraditi u članak 335c Zakona o obligacijama predviđeni su sljedeći minimalni otkazni rokovi (koji se analogno primjenjuju i na pomoćne radnike): za vrijeme prva tri mjeseca neprekidnog radnog odnosa najmanje dva dana, a od četvrtog do šestog mjeseca neprekidnog radnog odnosa najmanje sedam dana. Tek od sedmog mjeseca, u nedostatku posebne norme, što je posljedica neusklađenosti AVG s revidiranim odredbama ZO, vrijedi jednomjesečni otkazni rok iz članka 335c ZO, što znači da je posloprimac od tada odjednom slabije zaštićen.²⁶ Takva se praksa u teoriji kritizira kao suprotna namjerama zakonodavca.²⁷

Trajanje radnog odnosa, čija duljina određuje koji će se zakonski otkazni rok primijeniti, računa se od trenutka primitka otkaza. Budući da duljina otkaznog roka presudno ovisi o trajanju radnog odnosa, a ne o trajanju ugovora o radu, teoretičari se zalažu za svako sprečavanje zloupotreba prekidanja radnog odnosa time što će se ugovori s istim poslodavcem (pa i ugovor o naučništvu) zbrajati, iako među njima postoje kraći prekidi, a samo onda kada je među istim strankama ugovoren potpuno drugačiji radni odnos, neće biti takvog računanja radnog odnosa unatrag od početka namještenja.²⁸

Termin otkaza, prema zakonu, pada uvijek na kraj kalendarskog mjeseca, kao uobičajeno vrijeme za promjenu radnog mjesta. Ovo vrijedi za zakonske otkazne rokove. No s obzirom na dispozitivni karakter čl. 335c stranke mogu i same ugovoriti termin otkaza. Pitanje je da li se pri tome stranke moraju pridržavati zakonskih pretpostavki o pismenoj formi takvog odstupanja. Streiff dopušta i usmenu formu takvog dogovora, za razliku od Reh bindera koji drži da, u interesu pravne sigurnosti propisane, formalne pretpostavke za ugovorna odstupanja treba proširiti i na ugovaranje termina otkaza.²⁹

²⁵ Meier, K. Ibid, str. 46.

²⁶ Dalji posebni propis postoji za trgovačke putnike u čl. 350 ZO. Iznosi li provizija najmanje 20% plaće i podliježe li ona znatnim sezonskim kolebanjima, ako radni odnos postoji od završetka posljednje sezone, a otkaz se izriče zbog nedostatka posla za sezonskog radnika, u interesu je obiju strana obostrano obvezan najkraći otkazni rok od dva mjeseca.

²⁷ Tako Thévenoz, Luc, *Le travail intérimaire*, Lausanne 1987, prema Streiff, U. op.cit., str. 334. Niti nedavna revizija AVG nije ništa izmijenila.

²⁸ Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 77; Streiff, U. op.cit., str. 334

²⁹ Streiff, U. loc.cit.; Reh binder, M. B. Kommentar, str. 78.

Ako su stranke ugovorile otkazni rok koji odstupa od zakonskog, bez navođenja termina otkaza, može se otkazati samo na kraju mjeseca.³⁰

3.1.3. Otkazni rokovi za vrijeme rada na pokus

Rad na pokus može se ugovoriti pismenim sporazumom, individualnim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, pri čemu njegovo trajanje, prema slovu zakona, ne može biti duže od tri mjeseca (čl. 335b st. 2). No ukoliko rad na pokus ne bi na ovaj način bio ugovoren pretpostavio je zakonodavac potrebu stranaka za njime, te određuje da se kao probni rad računa, odnosno važi ("gilt") prvi mjesec radnog odnosa počevši od trenutka stupanja na rad.³¹

Zakonska pretpostavka o radu na pokus vrijedi samo za ugovore o radu na neodređeno vrijeme, dok o njenoj primjeni na ugovore o radu na određeno vrijeme postoje različita mišljenja.³²

Novina je da svako eventualno produljenje rada na pokus mora biti učinjeno u pismenoj formi.³³

Rad na pokus nosi sa sobom kao posljedicu kraći otkazni rok te neprimjenjivane zakonske zaštite za slučaj otkaza iz čl. 335c. Tako radni odnos može za vrijeme rada na pokus biti otkazan u svako doba (revizijom je ukinuto dotadašnje ograničenje da se smije otkazati samo na kraju radnog tjedna), uz zakonski otkazni rok iz čl. 335b/1 ZO koji iznosi sedam dana, te za privremeno zaposlene radnike i pomoćne radnike uz dvodnevni otkazni rok iz AVG.

Uz izuzetak ugovora o naučništvu, uz koji se obvezno primjenjuje zakonski otkazni rok od 7 dana, otkazni rok mogu utvrditi stranke pismenim sporazumom, tipskim ugovorom o radu ili kolektivnim ugovorom o radu, pri čemu je u pravilu takav stranački otkazni rok kraći od onog zakonskog, a isto tako može biti izričito isključen (tada radni odnos prestaje samim primitkom otkaza).

Pretpostavka valjanosti takvog skraćenog otkaznog roka jest da je otkaz primljen za vrijeme trajanja rada na pokus. Prestanak radnog odnosa smije tada uslijediti tek nakon isteka pokusnog rada.

4. ZAŠTITA U SLUČAJU OTKAZA

³⁰ Tako sudska praksa: JAR 1983, str. 166, ZR 1983, br. 110.

³¹ Smatra li se pravnotehnički izraz ("als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses") fikcijom ili pravnom predmijevom, sporno je pa se u teoriji prigovara ovakvoj zakonskoj formulaciji. Rehbindler, M. Berner Kommentar, str. 69.

³² Prema jednima, probni rad se kod radnog odnosa na određeno vrijeme neće pretpostavljati, ali je dopušten, te može biti ugovoren (pri čemu se na odgovarajući način primjenjuje i zakonsko ograničenje njegova trajanja iz čl. 335b/2). Prihvatljivost ovog stava oni koji ga zastupaju izvode iz sistematike zakona (Kuhn, Rene, *Aktuelles Arbeitsrecht für die betriebliche Praxis*, Zürich, 1981, str. 16; Streiff, U.op.cit., str. 326; Pedergana, R.op.cit., str. 34). Drugi su skeptični (npr. Brunner, C.op.cit. str. 125.).

³³ "Pri stvarnom skraćenju rada na pokus uslijed bolesti, nezgode ili ispunjenja jedne nedobrovoljno preuzete zakonske obveze slijedi odgovarajuće produženje rada na pokus" (čl. 335b st.3)

Pravo na redovni otkaz ograničeno je stvarno, u slučaju zlouptrbe otkaza (čl. 336-336b ZO) i vremenski, u slučaju otkaza u "nezgodno vrijeme" (čl. 336c-336d), čime je radnom odnosu pružena zaštita njegove stalnosti. Zamišljena prvotno kao zaštita posloprimca, ona danas prema švicarskome pravu formalno štiti interese obiju strana.

Stvarna i vremenska zaštita u slučaju otkaza pretpostavljaju postojanje pravovaljanog ugovora o radu te se neće primjenjivati ako je radni odnos raskinut zbog pravnih nedostataka.³⁴

Budući da raspoložu različitim sankcijama i budući da je njihov karakter različit, norme o stvarnoj i vremenskoj zaštiti mogu se primijeniti istodobno.

4.1. Stvarna ograničenja otkaza (zlouptrba otkaza)

Stvarna zaštita u slučaju otkaza u Švicarskoj je ograničena samo na zaštitu od zlouptrbe otkaza. Time je Švicarska daleko od rješenja Konvencije br. 158 MOR o otkazu od strane poslodavca koju, istina, nije ratificirala, a prema kojoj je otkaz od strane poslodavca dopušten samo pri postojanju jednog opravdanog razloga koji je u vezi sa sposobnošću ili ponašanjem posloprimca ili je u vezi sa zahtjevima djelatnosti poduzetnika, ili poduzeća.

Stvarna zaštita obvezuje obje strane radnog odnosa (čl. 361/1 ZO). No ako se stranke o tome slože, mogu pri raskidu radnog odnosa (ali ne u samom ugovoru o radu) potpuno ili djelomice odustati od stvarne zaštite, te, uz uvjet da time nisu imale namjeru zaobići primjenu odredaba o zaštiti u slučaju otkaza, a prema načelu ugovorne slobode, zaključiti ugovor o ukidanju radnog odnosa iz čl. 115 ZO ("Aufhebungsvertrag").

Odredbe čl. 336-336b ("Načelo zlouptrbe otkaza, Sankcije i Postupak") čine najvažniji dio jezgre revizije ugovornog radnog prava. Iako je prijedlog Saveznog vijeća u parlamentarnoj raspravi razvodnjen, ostale su postojati one njegove odredbe o stvarnoj zaštiti u slučaju otkaza koje se, kroz primjere bogate sudske prakse pokazuju, u odnosu na stanje prije revizije, kao autentični pomak naprijed u zaštiti posloprimca.³⁵

Naime, prema ranijem pravu otkaz zbog zlouptrbe mogao se pobijati na osnovi članka 2 Švicarskog građanskog zakonika ("Schweizerisches Zivilgesetzbuch", ZGB)³⁶, prema općim pravnim načelima savjesnosti i poštenja. Doduše, i Zakon o obligacijama predviđao je jedan slučaj zlouptrbe otkaza, otkaz zbog obavljanja vojne službe, koji je međutim bio od neznatnog praktičnog značenja.

Odredbe o stvarnoj zaštiti u slučaju otkaza mogle su se naći i u različitim kolektivnim ugovorima o radu, u kojima se posebice štite od otkaza radnici kada vrše

³⁴ Propisi o zaštiti u slučaju otkaza ne sprečavaju, međutim, stranke da ugovor o radu kod kojeg je postojao neki od nedostataka volje učine valjanim retroaktivno, ili da ga raskinu. Ipak, zabluda o okolnostima koje dovode do zaštite u slučaju otkaza ne može dovesti do raskida ugovora o radu, jer smisao i cilj normi o zaštiti u slučaju otkaza ovdje imaju prednost (npr. zabluda o predstojećoj vojnoj službi). Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 83.

³⁵ Meier, K. op.cit., str. 46.

³⁶ Na snazi od 10. prosinca 1907.

sindikalnu djelatnost (prije svega sindikalni funkcioneri), te posloprimci kada štite svoja prava.

Kako je, osim toga, ranije pravo dopuštalo da se otkáže bez navođenja razloga otkaza, pobijanje otkaza zbog zloupotrebe bilo je otežano. Zato su iz tog vremena poznate samo rijetke presude u kojima je otkaz bio okvalificiran kao zlorabeći. Navodimo ovdje jednu iz 1984. godine u kojoj je to učinjeno:

Radilo se o većem broju radnika stranaca koji su godinama u određeno vrijeme, točnije 22.12. odlazili na Božićne ferije da bi otputovali u domovinu. Kada su to opetovano učinili, poslodavac je otpustio dvojicu od njih, iako se radilo o radnicima zaposlenim kod istog poslodavca već 17 godina i na čiji rad ovaj do tada nije imao nikakvih primjedbi. Preostalim radnicima nije se ništa desilo. Sud je bio mišljenja da postoji zloupotreba, ali da ponovno zaposlenje nije prihvatljivo rješenje te je osudilo poslodavca na plaćanje naknade štete radnicima u visini dvije mjesečne plaće.³⁷

Iz obilja presuda u kojima je sud našao da ne postoji zloupotreba kod izricanja otkaza, izdvajamo onu Saveznoga suda od 20. listopada 1984. kojom se odbija tužba službenice Bernske kantonalne banke protiv poslodavca. Službenica je bila otpuštena uz poštivanje propisanog otkaznog roka, jer se udala za suradnika sovjetske novinske agencije Nowosti Biroa iz Berna, zabranjenog kratko prije toga od strane Saveznog vijeća iz sigurnosnih razloga. Sud je ovdje ocijenio prikladnim prihvaćanje rizika sigurnosti kao razloga otkaza, iako se ovaj ticao primarno tužiteljčina supruga, a ne tužiteljice.³⁸

Slučajevi zloupotrebe otkaza u zakonu su svrstani u 2 grupe: grupu općih slučajeva zloupotrebe, koji mogu postojati i na strani posloprimca, i na strani poslodavca, te grupu od dva posebna slučaja zloupotrebe na strani poslodavca.

4.1.1. Opći slučajevi zloupotrebe otkaza

Otkaz radnog odnosa je zlorabeći kada ga jedna strana izrekne: radi osobine druge strane, osim ako ta osobina stoji u vezi s radnim odnosom, ili bitno šteti suradnji u poduzeću; jer druga strana vrši kakvo ustavno pravo, osim ako vršenje prava povređuje obvezu iz radnog odnosa ili bitno šteti suradnji u poduzeću; isključivo da osujeti nastanak zahtjeva iz radnog odnosa druge strane; jer je druga strana u dobroj vjeri istakla zahtjev iz radnog odnosa; jer druga strana izvršava u Švicarskoj obaveznu vojnu službu, službu civilne zaštite, vojnu službu za žene ili službu Crvenoga križa, ili ispunjava jednu nedobrovoljno preuzetu zakonsku obvezu (čl. 336/1 ZO).

Odredbe koje sadrže ovih pet slučajeva zloupotrebe otkaza formulirane su tako kao da mogu biti povrijeđene od obje strane, posloprimca i poslodavca. No načelo pariteta u teoriji je sporno. Prema Streiffu odredba se temelji na fikciji o ravnopravnosti objiju strana, ali primjeri iz sudske prakse pokazuju da zaštita poslodavca nikada nije postigla

³⁷ JAR 1984, str. 171.

³⁸ JAR 1985, str. 202.

praktično značenje.³⁹ Manje kritičan je Reh binder koji "formalno paritetnu primjenu" spomenutih odredbi vidi u praksi kao gotovo isključivu primjenu pri otkazu izrečenome od strane poslodavca.⁴⁰ Pozitivno se o paritetu izjašnjava Fritz.⁴¹

4.1.1.1. Osobno svojstvo

Prema suglasnom mišljenju autora ovom odredbom zabranjuje se diskriminacija na osnovi: spola, bračnoga stanja, porijekla, rase, nacionalnosti, dobi, religije, svjetonazora, homoseksualnosti, prethodnog kažnjavanja, bolesti ili invalidnosti.⁴²

Norma u svom drugom dijelu ograničava zaštitu osobnosti, budući da se smatra zakonitim otkaz uslijedio radi osobine koja je u vezi s radnim odnosom, ili koja bitno šteti suradnji u poduzeću.

Povezanost osobnog svojstva s radnim odnosom mora biti neposredna i jasna, primjerice, ako je određeno državljanstvo bilo preduvjet pri zasnivanju radnog odnosa, promjena državljanstva daje pravo na otkaz; ili, teška prethodna kazna zbog pronevjere opravdava otpuštanje jednog računovođe.⁴³ Naprotiv, ranije navedena odluka Saveznoga suda o otkazu zbog zaključenja braka sa suradnikom sovjetske novinske agencije sa stajališta revidiranoga prava smatra se pogrešnom.⁴⁴

Neki autori pokušavaju u interesu slobode otkaza određena osobna svojstva unaprijed označiti irelevantnim za radni odnos.⁴⁵ Prihvatljivije je stajalište da bi u načelu sve osobine mogle biti relevantne za ugovorene posebne radne obveze, ili bi sve mogle, kada se radi npr. o rukovodećim radnicima, štetiti ugledu poduzeća, te se ni otkaz izrečen zbog njih ne bi smatrao zlorabećim.⁴⁶

Drugi razlog koji opravdava zakonitost otkaza izrečenoga zbog osobnog svojstva postoji ako osobina bitno šteti suradnji u poduzeću. Ovo je vrlo problematična odredba, sporna još u parlamentarnim raspravama, za koju teorija traži od sudova primjenu samo u izvanrednim slučajevima i uz veliki oprez.⁴⁷

³⁹ Streiff, U.op.cit., str. 342.

⁴⁰ Reh binder, M. B. Kommentar, str. 83.

⁴¹ Fritz, Max, Die neuen Kündigungsschutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrecht, Zürich, 1988, str. 32.

⁴² Botschaft Kündigungsschutz, str. 599; Streiff, U.op.cit., str. 339, Farner, M. Missbräuchliche Kündigung und die fristlose Entlassung nach der Novelle über den Kündigungsschutz vom 18. März 1988, Arbeitsrecht, 1992, str 31, Pedernana, op.cit, str. 40.

⁴³ Meier, op.cit., str. 46.

⁴⁴ Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 84.

⁴⁵ Humbert, Denis, Der neue Kündigungsschutz im Arbeitsrecht, Diss., Zürich, str.68.

⁴⁶ Reh binder, M. Ibid, str.84.

⁴⁷ Meier, K.op.cit., str. 46.

Naime, bitno nanošenje štete klimi u poduzeću postoji samo onda kada osobna svojstva otpuštenoga nespojivo kolidiraju s osobnim pravima drugih radnika.

Gdje postaviti osjetljivu granicu netolerantnih odnosa koji vode u otkaz, i time izbjeći opasnost od izigravanja zakonske zaštite, pokušala je pojasniti teorija kroz tzv. "otkaz pod pritiskom" ("Druckkündigung"). Odredba čl. 336/1 toč. a opravdava otkaz izrečen radi nanošenja štete poduzeću i onda kada otpušteni za tu štetu nije odgovoran: jer nije mogao utjecati na osobinu koja je izazvala štetu, ili onda kada ne postoji povreda ugovora o radu. Tako ne smije biti otkazano crnome radniku, samo zbog toga što se njegova boja kože ne sviđa njegovom bijelom švicarskom kolegi; ili homoseksualcu samo zato što njegova prirodna sklonost smeta drugim radnicima.⁴⁸ Istina, zahtjev da šteta bude "bitna" isključuje neznatna ometanja, ali, kako primjećuju teoretičari, zakon štiti o obvezi poslodavca da, prije no što posegne za otkazom kao sredstvom rješavanja napetosti među radnicima, pokuša ukloniti ometanje zajedničkoga rada. Interpretirajući zakonsku odredbu u čl. 328 ZO o obvezi brige o zaštiti osobnosti poslodavcu stoje na raspolaganju odgovarajuće mjere protiv radnika (rasprava, prijetnja zakonskim sankcijama) i tek ukoliko one ne uspiju poslodavac se može poslužiti redovnim otkazom. Otkaz u ovakvoj situaciji naziva se "otkazom pod pritiskom".⁴⁹

4.1.1.2. Vršenje ustavnog prava

Pod vršenjem ustavnog prava na ovom mjestu treba razumjeti: stupanje u političku stranku i istupanje iz nje, potpisivanje neke inicijative, referenduma ili peticije, ukratko, vršenje političkih prava te, jednako tako, isticanje prava na slobode garantirane ustavom, čemu pripadaju i sva prava prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima (npr. sloboda vjeroispovjesti). Za ovo posljednje nailazimo na primjer sudske odluke Okružnog suda Arbon koji je osudio poslodavca na plaćanje novčane kazne od 5.000 Fr., jer je otpustio religioznu tursku radnicu zato što je, u skladu sa zapovješću iz Kurana, maramom pokrivala glavu.

Slično kao u prethodnoj točki, i ovdje neće postojati zloupotreba ako vršenje ustavnog prava povređuje obvezu iz radnog odnosa ili bitno šteti suradnji u poduzeću.

Utvrđivanje zloupotrebe bit će posebno teško kada zaštićena prava stoje nasuprot obvezi odanosti radnika. Osobito kod tzv. "Tendenz-betrieb", poduzeća svjetski orijentiranih, obveza odanosti je naročito jaka. Postoji mišljenje da nema zloupotrebe otkaza ako je vršenjem jednog ustavnog prava povrijeđena povećana obveza povjerenja.⁵⁰

4.1.1.3. Sprečavanje nastanka zahtjeva iz radnog odnosa

Ako je otkaz izrečen isključivo radi sprečavanja nastanka zahtjeva iz radnog odnosa druge strane, smatrat će se da postoji zloupotreba. Zahtjevi iz radnog odnosa odnose se

⁴⁸ Meier, K.loc.cit

⁴⁹ Ima i mišljenja da bi možda trebalo otpustiti radnika kojemu smeta osobina nekoga od kolega. Tako Meier, Ibid, str. 46.

⁵⁰ Streiff,U. op.cit., str. 340.

na isplatu tzv. posebnih naknada, kao što su jubilarne i izvanredne nagrade, 13. plaća, naknada kod odlaska u mirovinu, dodatak za skupoću, a uključeni su i zahtjevi temeljeni na ugovorima o skrbi za osoblje.

Prestanak radnog odnosa mora neposredno prethoditi nastanku zahtjeva, što je izraženo visoko postavljenim kriterijem zakonodavca da onemogućivanje nastanka zahtjeva treba biti isključivim razlogom otkaza. Dokazivanje takve isključivosti pokazuje se kompliciranim, jer je poslodavac u pravilu oprezan i ne imenuje otvoreno pravi razlog otkaza.

4.1.1.4. Otkaz radi isticanja zahtjeva iz radnog odnosa

Jednom novom odredbom štiti se od zloupotrebe stranka kojoj je otkaz izrečen zato što je, u dobroj vjeri, istakla prema drugoj strani zahtjeve koji joj pripadaju radnog odnosa. U teoriji se ovakav otkaz slikovito naziva otkazom iz osvete, "Rache-kündigung".

Iako je riječ o razlogu utvrđenom u interesu obje strane, može se ustvrditi da je ovom novotom utvrđeno za posloprimca veoma važno činjenično stanje zloupotrebe, za koje se pretpostavlja da će i u praksi imati najveće značenje (da će se na njega u konkurenciji svih razloga zloupotrebe najčešće pozivati).

Do revizije najčešće je posloprimac, zabrinut za sigurnost svog radnog mjesta, svoje zahtjeve isticao tek nakon prestanka radnog odnosa, jer je u nedostatku zakonske zaštite traženje prava za vrijeme trajanja radnog odnosa značilo i spremnost na teške posljedice otkaza.

Novom odredbom zakonodavac je, naprotiv, želio učiniti mogućim sudsko rješavanje zahtjeva još za trajanja radnog odnosa i istovremeno spriječiti kažnjavanje posloprimca otkazom.

Isticanje prava pred sudom (ali i pred drugom nadležnom instancom kao što je npr. Služba za zaštitu rada) izjednačeno je sa zahtjevom koji posloprimac usmeno ili pismeno postavlja kod poslodavca.

Uvjet da se pri tom postupa u dobroj vjeri može se razumjeti kao ograničenje pa onaj tko pred sud iznese silom nategnuti zahtjev, ne smije iz toga uživati nikakvu zaštitu za slučaj otkaza.⁵¹ Niti posloprimčevo blokiranje tužbom otkaza koji mu prijete neće se smatrati postupanjem u dobroj vjeri.

Uspjeh u sudskom sporu, odnosno činjenica da je zahtjev istaknut s pravom nije pretpostavka za prihvaćanje postojanja činjeničnog stanja zloupotrebe.

4.1.1.5. Otkaz radi vršenja službe u interesu zemlje

Pod ovim činjeničnim stanjem zloupotrebe zakon nabraja: vršenje obvezne vojne službe, službe civilne zaštite, vojne službe za žene, ili službe Crvenoga križa kao i vršenje nedobrovoljno preuzete zakonske obaveze.

⁵¹ Meier, K. op.cit, str. 47.

U odnosu na stanje prije revizije, dodate su vojna služba žena i služba Crvenoga križa, te nedobrovoljno preuzeta zakonska obveza pod kojom većina autora podrazumijeva službu porotnika, svjedoka, brojača glasova, službu obrane od požara, starateljstvo po službenoj dužnosti⁵², ali ne i službe koje čine samoizabranu političku karijeru (npr. u Savjetu općine ili kantona).⁵³

Smisao je norme u zaštiti obrambenog sistema zemlje, a u praksi ona nema većeg značenja.

4.1.2. Posebni slučajevi zloupotrebe od strane poslodavca

4.1.2.1. Otkaz zbog članstva u sindikatu

Prema čl. 336 st. 2. toč. a zlorabeći je otkaz izrečen zbog pripadnosti ili nepripadnosti posloprimca sindikatu, ili zbog zakonitog vršenja sindikalne djelatnosti.⁵⁴

Zaštita tzv. pozitivne i negativne slobode udruživanja jamči se uz pretpostavku da vršenje ove slobode ne povređuje neku od valjanih ugovornih obveza.

Dok će kod "običnih" radnih odnosa obveze protivne slobodi udruživanja biti ništave, mogu u slučaju "Tendenz-poduzeća" biti opravdane neke obveze koje ovu slobodu ograničavaju. Razlog tome je, kako je Reh binder naziva, "nezdrava obveza povjerenja" koja postoji u takvim poduzećima i koja rađa zabranom ulaska članova većinskoga sindikata u manjinski sindikat, te zabranom članstva u sindikatu uopće za radnika u jednom udruženju poslodavaca.⁵⁵

Sindikalna djelatnost je motiv za zaštitu samo ako je zakonita, tj. ako ne proturječi pravilima kolektivnog ugovora o radu ili načelima ugovora o radu⁵⁶, pa se na zloupotrebu otkaza neće moći pozivati sudionik u "divljem štrajku" ili onaj tko je u vršenju kakve sindikalne aktivnosti uzrokovao materijalnu štetu.⁵⁷

4.1.2.2. Otkaz izabranih zastupnika posloprimaca

Izabranim zastupnicima posloprimaca u organima poduzeća ili s poduzećem povezanim ustanovama ne može se izreći otkaz za vrijeme dok vrše ovu dužnost. U

⁵² Pitanje da li su privilegirani i oni koji sudjeluju u akcijama spašavanja pri katastrofama, zakonodavac je svjesno ostavio otvorenim, ali se u literaturi na njega odgovara pozitivno. Humbert, D., op.cit., str. 93.

⁵³ Ima i mišljenja da ovakvo ograničenje nije logično i da bi se zaštita trebala protegnuti na sve one koji svoje vrijeme žrtvuju državi vršenjem političkih službi. Tako Streiff, U.op.cit., 342.

⁵⁴ Izričitim navođenjem da je otkaz zbog nepripradnosti sindikatu zlorabeći, sagrađen je most ka čl. 356a ZO, kojim se zabranjuje prisiljavanje na članstvo i ostala ograničenja slobode udruživanja u okviru kolektivnog ugovora o radu.

⁵⁵ Reh binder, M. Berner Kommentar, str. 90.

⁵⁶ Streiff, str.343.

⁵⁷ Usprkos izričitoj zabrani uprave poduzeća sindikalni povjerenici dijele bezobzirno, napadajuće sindikalno pismo. Njihovo otpuštanje bilo je opravdano. JAR 1986, str. 110, JAR 1985 str. 209.

protivnome radit će se o zloupotrebi otkaza, osim ako poslodavac ne dokaže da je za otkaz imao osnovanog povoda. Zaštićeni, privilegirani zastupnici su članovi komisija poduzeća, predstojnici penzijske kase, te zastupnici u, od poduzeća neovisnim, zakladama, udruženjima, i drugim javnim ustanovama. Zastupnici u drugim odborima i oni izabrani od poslodavca isključeni su iz zaštite prema ovom članu.

Predviđena zaštita, čiji je cilj osiguranje uspješnog zastupanja interesa radnika, razlikuje se od zaštite u svim prethodno navedenim slučajevima po dva obilježja. Ona je i vremenska zaštita radnika u razdoblju dok obavljaju funkciju radničkog zastupnika; različita je i po obliku: poslodavac smije otkazati samo ako može dokazati da je za otkaz postojao osnovani povod. Time se teret dokaza prebacuje na onoga tko je otkazao (poslodavca), čime se odstupa od pravila da je teret dokaza na onome tko se poziva na zloupotrebu otkaza.

U tumačenju značenja termina "osnovani povod" slažu se autori u tome da nije neophodno da je radnik dao povoda za otkaz već se može raditi i o objektivnim razlozima, kao što je naprimjer loše privredno stanje koje sili na otpuštanje dijela radnika.

4.1.3. Primjerično ili taksativno nabranje činjeničnih stanja zloupotrebe

Propust zakonodavca da zbog, kako se u literaturi navodi, nesposobnosti, izričito utvrdi radi li se u čl. 336 o taksativnom ili primjeričnom nabranju činjeničnih stanja zloupotrebe generirao je pitanje može li otkaz biti zlorabeći zbog razloga koje Obvezni zakon ne spominje.⁵⁸

U pravnoj doktrini, koja je time dobila zadaću da "stvora" pravo (umjesto da ga tumači - kritika je Rehbindera na račun zakonodavca) o tome ne postoji suglasnost.

Za većinu autora nabranje činjeničnih stanja zloupotrebe je, unatoč nejasnom slovu zakona, primjerično. Argument za ovakav stav nađen je u argumentu "a contrario" shvaćanju da se radi o taksativnom nabranju, jer bi prihvaćanje potonjeg značilo da bi izvan okvira pravne zaštite ostali slučajevi dosada zaštićeni općim pravnim načelima iz ZGB. No kako su zamislive samo teške zloupotrebe koje se ne mogu podvesti ni pod jednu od 7 grupa iz čl. 336, ovo pitanje može biti i čisto akademske naravi.

Ako je za prihvatiti dopustivost "intervencije" ZGB-a u slučajevima zloupotrebe otkaza gdje je Zakon o obligacijama "preuzak", treba razmotriti i pitanje sankcija koje se mogu primijeniti.

⁵⁸ Prvobitno, u Nacrtu Saveznog vijeća bilo je to izričito učinjeno: "otkaz radnog odnosa od strane poslodavca je zlorabeći, prije svega...". U parlamentarnim raspravama više puta je od svih političkih strana naglašavano da su, uz ona iz čl. 336 ZO, zamisliva (moguća) i druga činjenična stanja zloupotrebe u okviru čl. 2/2 ZGB i da judikatura nije ograničena u proširenju činjeničnih stanja zloupotrebe. Pod druga činjenična stanja moglo bi se supsumirati: otkaz radnice koja je odbila nemoralnu ponudu pretpostavljenog, ili poslodavca; otkaz starijeg, dugogodišnjeg radnika kako bi se uštedjelo na troškovima za brigu o osoblju; otkaz zbog isticanja, u dobroj vjeri, zahtjeva iz ugovora vezanih s radnim odnosom (npr. osiguranje za slučaj bolesti, ugovor o najmu).

Prije revizije na zloupotrebu otkaza primjenjivale su se, u nedostatku posebne zakonske norme ZO, sankcije za zloupotrebu iz ZGB (nevaljanost ili naknada štete). Krajnja osporavanja takve prakse okončana su revizijom, ustrojstvom posebnih sankcija zloupotrebe otkaza koje se, o čemu postoji suglasje, trebaju primijeniti i onda kada se u nedostatku činjeničnog stanja iz čl. 336 ZO na konkretan slučaj neposredno primijeni ZGB.

4.1.4. Teret dokazivanja i uzročnost

Hoće li doći do ostvarenja zaštite u slučaju zloupotrebe otkaza, ili će ona ostati mrtvo slovo na papiru, uvelike ovisi o podjeli tereta dokaza.

Iz zakonske formulacije većine (prvih 6) stvarnih stanja zloupotrebe otkaza proizlazi da je teret dokaza na tužitelju, da je on taj koji mora dokazivati da je kauzom otkaza bio jedan od zakonom zabranjenih razloga.

To istina odgovara procesnome načelu da je dokazivanje zloupotrebe na onome tko iz toga izvodi neko svoje pravo. No budući da je karakter navedenih činjeničnih stanja zloupotrebe takav da će se u većini slučajeva posloprimac javljati u ulozi otpuštenoga, o čemu smo već govorili, nema dvojbe oko toga na čija je leđa zakonodavac prevalio teret dokaza.⁵⁹

Tako je na posloprimcu da sam dokazuje, ne samo postojanje činjeničnog stanja zloupotrebe, nego također i to da je ono uzrokom otkaza. Budući da se u pravilu radi o unutarnjem procesu kod onoga tko otkazuje ("osobina", "jer druga strana..."), zahtjev da se dokaže motiv otkaza, dovodi u istinski težak položaj onoga tko dokazuje.⁶⁰

Radnopravna teorija prigovara zakonodavcu ovakav ustroj podjele tereta dokaza na "teret" radnika i to pokušava ublažiti pozivom na razboritu primjenu općih dokaznih pravila građanskoga prava, u skladu s načelima savjesnosti i poštenja.

Položaj tužitelja ojačalo bi ispunjenje Humbertovog zahtjeva de lege ferenda za nadopunom Zakona o oblicijama pretpostavkom o zloupotrebi otkaza: "Ne navede li strana koja otkazuje razlog otkaza ili to ne učini u primjerenom roku, navede li naknadno druge razloge, ili ako se navedeni razlozi čine nevjerojatnim, pretpostavit će se da je otkazano iz zlorabećeg razloga."⁶¹

Težak položaj onoga kome je otkazano nešto ublažava načelo oficijelnosti, koje obvezuje suca da u sporovima male vrijednosti (prema čl. 343 ZO do 20.000 Fr) ocjenjuje dokaze po svom slobodnom sudačkom uvjerenju, kao i činjenica da se po prirodi stvari neće tražiti dokazivanje ako, na temelju svih okolnosti slučaja, sudac dođe do uvjerenja da postoji zloupotreba otkaza.

⁵⁹ Teret dokaza opravdanosti otkaza nosi poslodavac u slučaju kada postoji ometanje suradnje u poduzeću (čl. 336/1 a. i b.); osobina koja je u vezi s radnim odnosom (čl. 336/1 a.); izvršenje ustavnog prava koje povređuje radnu obvezu (čl. 336/1 b.); osnovani povod (čl. 336/2 b.).

⁶⁰ To će biti jedva moguće kada, usprkos traženju, izostane pismeno obrazloženje razloga otkaza iz čl. 335/2 ZO, ili ono bude neistinito ili nepotpuno.

⁶¹ Humbert, D. op.cit., str. 112.

Kod ovog posljednjeg, razmimoilaze se teoretičari u svojim pokušajima da snize zakonski visoko postavljene prepreke za onoga tko dokazuje; prema jednim dostaju takvi indiciji koji uz veliku vjerojatnost svjedoče o postojanju zloupotrebe, drugi pak predlažu da postojanje jednog zabranjenog razloga otkaza mora biti samo vjerojatno, čime bi se teret dokazivanja kod zloupotrebe otkaza približio načelu vjerojatnosti važećem u pravu socijalnog osiguranja.

Osjetljivo je pitanje uzročnosti kod postojanja više motiva otkaza. Problem se javlja tamo gdje, pored nedopuštenih, do otkaza dovodi i dopušteni motiv. Pitanje kako riješiti ovakve slučajeve od velikog je praktičnog dometa budući da onaj tko otkazuje takve dopuštene motive otkaza ističe u prvi plan. Sudska praksa i teorija složne su u tome da nedopušteni motiv otkaza treba biti glavni, neposredni razlog otkaza. Teorija ide i dalje pa se prihvaća i da nedopušteni osnov bude najmanje toliko bitan da bez njegova postojanja otkaz ne bi bio izrečen.

4.1.5. Sankcije

Pri sankcioniranju zloupotrebe, odstupilo se u švicarskom pozitivnom radnom pravu od općeg pravnog načela o ništavosti akata zloupotrebe, pa zakon danas kao jedinu sankciju predviđa novčanu kaznu ("Entschädigung").

U mogućem statuiranju nevaljanosti otkaza kao posljedice njegove zloupotrebe vidjeli su, naime, tvorcima revizije povredu načela ugovorne slobode i takav stav branili svakako uvjerljivim argumentom o nesvršishodnosti daljnjeg (ponovnog) zaposlenja otkazanog radnika: "... u situaciji zloupotrebe otkaza gotovo je besmisleno ponovno združiti stranke zahtjevom za ponovnim namještenjem budući da je ovdje uspješna suradnja u budućnosti gotovo isključena".⁶²

No doktrina zamjera što je takvo "ideološki izobličeno" pravno shvaćanje previdjelo odgojnu funkciju prava, ostavljajući širom otvorena vrata i težim povredama, protivnima pravnome moralu, od strane poslodavca.

Sankcija za zloupotrebu otkaza sastoji se u obvezi strane koja je zlorabeći otkazala na isplatu novčane kazne (naknade) drugoj strani.

Visina kazne, koju određuje sudac ocjenjujući svaku okolnost slučaja, ne smije pritom prijeći iznos koji odgovara 6-mjesečnom iznosu plaće posloprimca. (čl. 336a/1 i 2 ZO).

U literaturi vladaju oprečna mišljenja o karakteru ove sankcije, za koju je i izraz u zakonu nespretno izabran: "Entschädigung" (odšteta, naknada).

Složni u tome da se ne radi niti o naknadi štete, niti o plaći, autori se razmimoilaze pri pokušaju njenog definiranja: dio autora priklanja se tumačenju zakonodavca da je riječ o građanskopravnoj kazni mješovitog karaktera, spoju zadovoljštine i kazne (Fritz, Kuhn, Streiff), obilježje zadovoljštine u potpunosti joj odriču Brunner, Rehbindler, Meier, a navedimo i stav Rehbindera koji, izjednačavajući je poredbenopravno s angloameričkom obvezom davanja za punitivne štete, vidi u njoj kaznu

⁶² Rehbindler, M. B. Kommentar, str. 95.

("Busse") koja treba djelovati zastrašujuće i koja se dodjeljuje žrtvi povrede prava, a ne državnoj kasi.⁶³

Uz novčanu kaznu može se uvijek tražiti isplata plaće za rad do konca otkaznog roka te druga ugovorna potraživanja koja su se zloupotrebom otkaza htjela izbjeći (plaća kod bolovanja, naknada kod odlaska u mirovinu). Pravo na traženje novčane kazne ne isključuje zahtjeve za naknadu štete po drugoj pravnoj osnovi (čl. 336a/2) (troškovi oglasa i predstavljanja kod novog poslodavca, troškovi selidbe, naknada posebnih troškova vezanih uz novo zaposlenje itd.). O ovome pitanju razvila se u radnopravnoj doktrini živa rasprava. Pristupi su različiti, u ovisnosti o tumačenju pravne naravi novčane kazne.

Visina naknade iznosi najviše 6 mjesečnih plaća posloprimca. Mjerodavna je posljednja brutto plaća.

Pri odmjeravanju visine kazne sudac je prema zakonu dužan uzeti u obzir "sve okolnosti slučaja", a posebice, prema "Botschaft": socijalno stanje i ekonomske mogućnosti obiju strana, težinu zadiranja u osobnost onoga kome je otkazano, trajanje ranijeg radnougovornog odnosa i tijesnost radnopravne veze, kao i način na koji je otkazan radni odnos.

Kao okolnost o kojoj sudac treba voditi računa ne spominje se trajanje radnog odnosa koji je otkazan, što se ocjenjuje umjesnim ako se ima u vidu kaznena narav predviđene sankcije. Iz istog razloga ekonomskim posljedicama otkaza, kao što su: socijalno stanje onoga kome je otkazano, financijsko stanje obiju strana, teškoće pri pronalaženju novog radnog mjesta, odriče se kod nekih autora uloga pri odmjeravanju visine kazne.

Nasuprot tome, kao moralno značajni kriteriji uzimaju se tijesnost radnougovorne veze, ponižavajuće okolnosti otkaza, obrazloženje otkaza, sukrievnja druge ugovorne strane.

Navodimo ovdje primjer ranije spomenute odluke u kojoj je kriterij sukrievnje prihvaćen kao mjerodavan pri utvrđivanju visine novčane kazne. Okružni sud Arbon proglasio je zlorabećim otkaz radnice, kojoj se zamjeralo što je na radnom mjestu, iz vjerskih motiva, nosila maramu. Tužiteljica je zahtijevala novčanu kaznu u visini od 5 1/2 mjesečnih plaća, tj. 12.000 Fr. Sud joj je dodijelio iznos od samo 5.000 Fr. uz obrazloženje da je skrivila otkaz time što je mijenjala svoje nazore i tek kasnije po zaposlenju počela nositi maramu. Odluci se prigovara ustavnopravno neprihvatljivo stajalište suca pri odmjeravanju kazne.⁶⁴

Norma o sankcijama je apsolutno prisilne naravi, obvezuje obje ugovorne strane, u skladu s načelom stranačkog pariteta.

No postavlja se pitanje može li, primjerice u kolektivnom ugovoru o radu, novčana kazna biti povećana do iznosa 12-mjesečne plaće. Ako se obilježje apsolutne prinudnosti odnosi na sve elemente norme, povećanje kazne bilo bi nedopustivo. Ipak,

⁶³ Reh binder, M. B. Kommentar, str. 95.

⁶⁴ Baur, F. JAR, 1991, str. 257.

ima autora koji drže da to nije bila namjera zakonodavca te ističu prednost primjene načela povoljnosti.⁶⁵

4.1.6. Postupak

Svoje pravo na novčanu kaznu u slučaju zloupotrebe otkaza može onaj kome je otkazano ostvarivati po švicarskome pravu uz dvije pretpostavke, odnosno u dvije etape: prva uključuje pravo na pismeni prigovor koji se podnosi najkasnije do isteka otkaznog roka, a druga, uz preduvjet da je prigovor bio valjan i da se stranke nisu uspjele složiti oko nastavka radnog odnosa, znači pravo na podizanje tužbe za novčanu kaznu pred sudom, unutar roka od 180 dana od dana prestanka radnog odnosa.

Ranije pravo predviđalo je rok od 30 dana i to unutar otkaznog roka kao rok za podnošenje prigovora, a rok za tužbu bio je znatno kraći, svega 30 dana od dana prestanka radnog odnosa.

Zahtjev da prigovor bude u pismenoj formi jest bezuvjetan pa će onaj tko ne udovolji ovom propisu izgubiti pravo da zahtijeva novčanu kaznu i raspolagat će jedino mogućnošću tužbe na utvrđenje protuzakonitosti otkaza ("Feststellungsklage").

Pravodoban je prigovor koji prisprije do onoga tko je otkazao prije isteka otkaznog roka. U svezi sadržaja prigovora, ne postavljaju se nikakvi posebni zahtjevi, dovoljno je da nezadovoljna strana naznači da nije suglasna s otkazom.

Objašnjavajući ovakvo ustrojstvo postupka u kojemu je isticanje prigovora pretpostavka za ostvarivanje prava na novčanu kaznu, zakonodavac ističe kao primarni cilj koji se time želi postići - pomirenje stranaka. Prigovor bi trebao predstavljati povod razgovoru stranaka, odnosno raščišćavanju njihovih odnosa, pritisak da dođe do stranačke nagodbe.

U stvarnosti, pak, zlorabeći otkaz nepovratno uništava odnos povjerenja i kako to svjedoči Farner, iskusni sudac u radnim sporovima "... još nikada nisam doživio pri zloupotrebi otkaza da su posloprimac i poslodavac još jednom sjeli zajedno da raščiste situaciju".⁶⁶

Praksa tako potkrijepljuje ocjene teoretičara o nereálnim očekivanjima zakonodavca da prigovor može osigurati nagodbu ili nastavak radnog odnosa; Meier vidi u tome nepotrebnu šikanu prije svega pravno neukog posloprimca, a Farner "zakonodavno bezakonje". Po Rehbindneru, zahtijevati od stranaka trud radi nagodbe, posebice od tužitelja koji želi, ne radno mjesto, već kažnjavanje suprotne strane vodi u licemjerje.

Premda zakonski tekst nije potpuno jasan, u teoriji vlada mišljenje da pokušaj nagodbe među strankama nije preduvjet tužbe. Ukoliko do stranačke rasprave ipak dođe, ona može imati dvojaki ishod. Dobronamjerna, plodonosna rasprava može završiti sporazumnim raskidom radnog odnosa ("Ausscheiden"), a u izvanredno rijetkim

⁶⁵ Streiff, U.op. cit., str.352.

⁶⁶ Farner, M. op.cit., str. 35.

slučajevima stranačka nagodba donijet će nastavak otkazanog radnog odnosa, što će pravno imati obilježja ugovornog ukidanja otkaza.⁶⁷

Najčešće se, ipak, otkaz doživljava teško, rasprava među strankama završava neuspjehom pa radni odnos tada prestaje istekom otkaznog roka ("Entlassung mit "golden handshake"). Tada se (ali i onda kada do rasprave među strankama nije ni došlo), da bi se ostvarilo pravo na novčanu kaznu, unutar roka od 180 dana od prestanka radnog odnosa mora podići tužba. U protivnome, zahtjev za novčanom kaznom je izgubljen.⁶⁸

4.2. Vremenska zaštita

4.2.1. Na strani posloprimca

Svrha je vremenskog ograničenja otkaza zaštititi radni odnos od otkaza u periodu u kojemu je radniku zbog određenih razloga onemogućeno traženje novog radnog mjesta. U te razloge spada: vršenje službe u interesu zemlje, spriječenost za rad zbog bolesti ili nezgode, trudnoća i porođaj, akcije pomoći u inozemstvu.

Zakonske su pretpostavke vremenske zaštite: da se može tražiti tek nakon isteka rada na pokus (odnosno već od trenutka zaključenja ugovora, ako je rad na pokus bio izričito isključen); da se njome radni odnos štiti samo kod redovnog otkaza; te da se posloprimac ne može pozivati na zaštitu ako je sam otkazao.

Revidirane odredbe unose u odnos zaštite bitno produljenje perioda zaštite, odn. rokova zabrane izricanja otkaza (tzv. "Sperrfrist"), iako je Savezno vijeće predlagalo još duže rokove.

Osim toga, zakonodavac je izričito proširio zaštitu radnika i na slučaj djelomične spriječenosti za rad.

Protek roka zabrane izricanja otkaza ne znači da je redovni otkaz tada svakako dopušten. Tu norme o zloupotrebi otkaza nadopunjuju mozaik zaštite nalazeći primjenu u vrlo čestim slučajevima otpuštanja radnika koji je za vrijeme roka zabrane ustrajao na svojem pravu da ne bude otpušten.

4.2.1.1. Vršenje službe u interesu zemlje

Za vrijeme dok vrši obveznu vojnu službu, službu civilne zaštite, vojnu službu žena ili službu Crvenoga križa, ukoliko ta služba traje dulje od 12 dana, radniku se ne smije izreći otkaz u periodu od 4 tjedna prije i 4 tjedna poslije vršenja službe.

Obveznu službu čine, prema švicarskom zakonodavstvu o vojnoj i civilnozaštitnoj službi, škola za regrute, tečajevi ponavljanja i dodatni tečajevi kao i otpremna služba te,

⁶⁷ Rehbindler, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 119.

⁶⁸ Za radne sporove nadležni su Okružni i Radni sudovi. U mnogim kantonima predviđene su i instance mirovnoga suca i/ili posrednika. O posebnim kantonalnim propisima ovisi hoće li biti valjano obraćanje tužbom bilo kojoj od ovih instanci, ili se pritom mora poštivati propisani redosljed kako bi se udovoljilo zahtjevu za pravodobnost tužbe. U velikom broju kantona mogu sporovi iz radnog odnosa biti pokrenuti neposredno pred sudovima, čime otpadaju ostale instance, a postupak se ubrzava.

nakon revizije, vojna služba žena i služba Crvenog križa. Dobrovoljno vršenje službe, posebice npr. oružani športovi ne uživa zakonsku zaštitu prema ovoj normi.

Preduvjet za primjenu norme je najmanje 12-dnevno obavljanje službe, pri čemu se misli na njeno službeno trajanje.

Rok zabrane primjenjivat će se i kada je radnik propustio da, prilikom stupanja na radno mjesto, obavijesti poslodavca o predstojećoj, duljoj vojnoj službi.

Norma štiti samo u Švicarskoj obavezno obavljanje službe, te se ne primjenjuje na obveznu službu stranih radnika u njihovoj domovini.

4.2.1.2. Za vrijeme potpune ili djelomične spriječenosti za rad zbog bolesti ili nezgode

Za vrijeme dok je posloprimac, bez vlastite krivnje, zbog bolesti ili nezgode potpuno ili djelomično spriječen obavljati rad, ne smije poslodavac otkazati radni odnos, i to u prvoj godini rada za vrijeme 30 kalendarskih dana, od 2-5 godine rada za vrijeme 90 dana, i od 6. godine rada za vrijeme 180 dana spriječenosti obavljanja rada.

Smisao je norme zaštititi radnika od otkaza u vrijeme kada je zbog nesposobnosti za rad, razumno gledajući, njegovo novo zaposlenje teško zamislivo.

Novina je izričito navođenje djelomične spriječenosti za rad kao zaštićenog stanja, čime je sankcionirana dotadašnja praksa sudova. Naime, neizvjesnost oko pronalaženja novog radnog mjesta može biti jednaka pri potpunoj, kao i pri djelomičnoj nesposobnosti za rad. Ipak, teorija i sudska praksa, nalazeći da dopuštenost takve pravne situacije ne ide u prilog pravnoj sigurnosti (npr. kod neznatne nesposobnosti za rad), priznaju jednakovrijednost potpune i djelomične nesposobnosti, kao pretpostavki za primjenu vremenske zaštite, samo onda kada su mjera i trajanje spriječenosti takve da postoji velika vjerojatnost da radnik neće naći posao.

Bolest ili nezgoda pritom ne smiju biti uzrokovane krivnjom samog posloprimca.⁶⁹

Sporno je da li u slučaju uzastopnih bolesti istog posloprimca zbrajati ili ne bolesničke dane. Savezno vijeće bilo je izašlo s prijedlogom od 360 dana maksimalnog roka zabrane izricanja otkaza u ukupnom razdoblju od 3 godine, ali je zakonodavac ostao

⁶⁹ U postupku donošenja zakona željelo je Savezno vijeće potpuno isključiti uzimanje u obzir krivnje, no u tome nije uspjelo. Inače, o pojmu krivnje kod subjektivne spriječenosti za rad iznosimo shvaćanje Rehbintera prema kojemu lakši oblik krivnje ne šteti, već samo "očigledno pogrešno ponašanje". Poslodavac je strana koja u pravilu snosi opće životne rizike svoga radnika, a u slučaju spora i teret dokaza da je spriječenost za rad rezultat grube vlastite krivnje radnika. Sportske nezgode pri normalnim športskim aktivnostima kao i pri opasnim sportovima kao što su skijanje, planinarenje, jedrenje zmajem smatra autor neskrivljenim. Rehbinder, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 78. Naprotiv, u odluci Radnog suda Zürich stoji: "Tko u svadi povuče nož i sebe pritom povrijedi, sam je skrivio nezgodu." JAR 1988, str. 272. Streiff drži da nisu samoskrivljene zarazne bolesti kao npr. AIDS, te, u pravilu, alkoholizam, iako je do njih dovelo vlastito djelovanje (komponenta). Naprotiv, nezgoda zbog alkohola za volanom ne izmiče ocjeni da se radi o samoskrivljenoj spriječenosti za rad. Streiff, U. op.cit, str. 361.

pri sadašnjem rješenju s kraćim rokom zabrane i bez izričitog propisa o zbrajanju rokova. Praksa zbrajanja ipak ostaje uvriježena, i u literaturi opravdavana.

Stupnjevanjem rokova zabrane proporcionalno trajanju službe (odn. radnog odnosa) nagrađuje se povjerenje poduzeću.

4.2.1.3. Za vrijeme trudnoće i porođaja

Vrijeme trudnoće i 16 tjedana nakon poroda razdoblja su posebne zaštite radnice od otkaza.⁷⁰

Neprijeporno je da rok zabrane izricanja otkaza započinje u trenutku začeca.

Sporno je, međutim, kako u okviru ovakve odredbe, shvatiti pojam porođaja. O tome naime bitno ovisi koje će se kategorije radnica-majki naći u dosegu zakonske zaštite.

Ima autora koji porođaj razumiju samo kao porod živog djeteta, budući da je rok zabrane po njima i promišljen u svrhu intenzivnog posvećivanja majke djetetu. Ukoliko je nesposobnost za rad uzrokovana porodom mrtvorodenog djeteta ili pobačajem, ocjenjuje se od drugih autora prikladnim primijeniti zaštitni rok iz prethodne točke, jer su i posljedice po zdravstveno stanje radnice identične onima za slučaj bolesti ili nezgode.

Nailazimo i na stav da se 16-otjedni zaštitni rok zabrane treba primijeniti i u slučaju rođenja mrtvog djeteta ili pobačaja, ali ne i pri usvojenju djeteta.⁷¹

Naprotiv, u jednoj odluci iz 1990. godine Savezni je sud priznao pravo na korištenje zaštitnog roka zabrane i kod usvojenja djeteta, odobrivši jednom državnom službeniku 16-otjedni plaćeni dopust zbog usvojenja. Tužitelj se pozivao na praksu svoga poslodavca da radnicama koje usvoje dijete odobri 16-otjedni plaćeni dopust. Budući da je išao po dijete u Peru, za obavljanje formalnosti trebalo mu je ukupno 16 tjedana. Odluka je zanimljiva, ne samo zbog toga što je sud, priznavši pravo na korištenje roka zabrane kod usvojenja djeteta, uveo novu kategoriju zaštićenih (usvojitelje), već i zato što je primijenio ustavni propis o jednakosti (spolova).

No nameće se pitanje da li je ovakvo postupanje in favorem radnika ograničeno na slučajeve gdje je to samo sankcioniranje prakse poslodavca, odn. odredbi ugovora o radu, ili ga treba prihvatiti kao opće pravilo.

Već je iz ranije prakse sudova uočljivo da radnicu pri sklapanju ugovora o radu, u pravilu, ne pogađa obveza obavještenja poslodavca o trudnoći. Izuzetak su oni poslovi čije je obavljanje, iz razumljivih razloga, u trudnoći nemoguće, kao npr. posao manekenke, učiteljice tjelesne kulture, servirke.⁷²

⁷⁰ Ranije za vrijeme trudnoće i 8 tjedana nakon poroda.

⁷¹ Riemer, Gabriela, Kündigungsschutz bei Schwangerhaft, Schweizerische juristische Zeitung (SJZ), 1989, str. 57.

⁷² Odluka Saveznog suda JAR, 1984, str.95; Kantonalni sud St. Gallen, JAR, 1987, str. 112. Poslodavac bi vjerojatno mogao pobijati ugovor zbog prijevara, ako su netočne izjave o trudnoći dane svjesno. U tom slučaju ne primjenjuje se zaštita za slučaj otkaza. Nasuprot tome, ne dolazi u obzir pobijanje

4.2.1.4. Akcije pomoći u inozemstvu

Obavljanje službe u akcijama pomoći u inozemstvu, posebice u švicarskim tijelima za pomoć pri katastrofama, kao posljedni slučaj iz čl. 336c, zaštićeno je rokom zabrane otkaza neograničenog trajanja (odn. trajanja vezanog uz trajanje akcije).

Pretpostavke su njegove primjene da su akciju pomoći naredile savezne vlasti, te da se s takvom službom i njenim mogućim oduljenjem izričito suglasio posloprimac. Pristanak posloprimca znatno sužava značenje norme. No jednom dat, pristanak se ne može povući.

4.2.1.5. Posljedice otkaza u nezgodno vrijeme

Prema kriteriju trenutka u kome je otkaz izrečen zakon razlikuje dvije situacije za koje vezuje različite posljedice. Trenutak u koji pada otkaz prosuđuje se prema trenutku njegova primitka.

Otkaz izrečen za vrijeme trajanja roka zabrane nevaljan je pa radni odnos postoji i dalje. Utoliko je, u usporedbi sa stvarnom zaštitom u slučaju zloupotrebe, očita prednost vremenske zaštite radnika od otkaza, jer sankcije nastupaju bez obveze radnika da pokreće postupak. Konverzija nevaljanog otkaza u otkaz na slijedeći dopušteni termin bila bi proturječna svrhi roka zabrane, ustvrdio je Viši sud Zurich (JAR 1981, str. 151.) Ništavost otkaza nosi sa sobom i obvezu poslodavca na dalju isplatu plaće.

Želi li se nakon isteka roka zabrane otkazati, neophodan je novi otkaz. Takav otkaz neće se smatrati zlorabećim, osim ako to nije "otkaz iz osvete".

Nasuprot tome, otkaz izrečen prije nastupanja neke od situacija iz čl. 336c ZO valjan je, a ako otkazni rok još teče, njegov se tok, u pravilu, prekida i, uz odgovarajuće produljenje, nastavlja nakon prestanka nekog od zaštićenih stanja. Zakonodavac je time normirao jedan jedini čisti slučaj, ostavljajući teoriji i sudskoj praksi da obave preostali (teži) dio posla rješavajući granične slučajeve.

Prekid otkaznog roka može uslijediti više puta, a desi li se da zbog prekida i produljenja otkazni rok ističe na datum koji ne odgovara zakonskom ili ugovorenom završnom terminu otkaza, otkazni rok se produžuje do slijedećeg dopuštenog termina otkaza (posebice na kraju određenog mjeseca ili tjedna), kako bi se otpušteni mogao priključiti uobičajenom traženju zaposlenja na koncu mjeseca (čl. 336c/III.)⁷³

zbog zablude, budući da smisao i cilj norme o zaštiti radnice-trudnice od otkaza – zaštita egzistencijalnih prava trudnice i interesi njena nerođena djeteta – imaju prednost. Humbert, D.op.cit, str. 133.

⁷³ Stav je saveznog suda da i kratko bolovanje za vrijeme otkaznog roka dovodi do produljenja otkaznog roka za čitav mjesec (zbog obveze da se otkáže na kraju mjeseca), osim ako je trajanje nesposobnosti za rad toliko kratko da bi pozivanje na nju predstavljalo zloupotrebu. (JAR, 1990, str. 378, 381) Sudovi, pak, i u takvim prihvaćeno kratkim bolovanjima vide afirmaciju zloupotrebe od strane posloprimca. De lege ferenda poziva se zato zakonodavac da ovo pitanje uredi u smislu fer nagodbe (npr. da se prizna kao mjerodavna samo nesposobnost za rad dulja od 3 dana). Streiff, U.op.cit., str. 358. Isti autor navodi otklon od prikazane prakse Saveznog suda u slučajevima kada je posloprimac već ranije pronašao novo radno mjesto i potpisao novi ugovor o radu.

Često poslodavac dobrovoljno produljuje otkazni rok izričući otkaz ne posljednjeg mogućeg dana, već nekoliko dana, tjedana pa i mjesecima ranije kako bi time dao posloprimcu više vremena za traženje novog radnog mjesta. Stjecanje nekog od zaštićenih činjeničnih stanja nakon prerano izrečenog otkaza stvara niz problema.

Relativno je jasan slučaj kada je rok zabrane započeo nakon prerano izrečenog otkaza i završio prije najkasnijeg mogućeg datuma otkaza (npr. 3 je tjedna prerano otkazano i kada je radnik u ova 3 tjedna završio 7-odnevnu vojnu službu). Ovdje nema mjesta nikakvom produljenju otkaznog roka, jer on stoji u cjelosti na raspolaganju otpuštenome.

Već je manje jasan slučaj kada je za vrijeme roka zabrane prijevremeno otkazano i kada rok zabrane završava prije najkasnijeg datuma otkaza. Okružni sud Horgen u jednoj neobjavljenoj odluci odlučio je da ne nastupa nikakvo produljenje otkaznog roka, a ispravno je ništavi otkaz, nakon isteka roka zabrane, ponoviti.

Za vrijeme jednog dužeg otkaznog roka može nastupiti veći broj zaštićenih činjeničnih stanja. Rokovi zabrane mogu se, u načelu, kumulirati. Kumulacija se ovdje pojavljuje u 2 značenja. U prvome, ona znači isključenje kraćeg roka zabrane duljim, ako su se dva ili više različitih činjeničnih stanja stekla u isto vrijeme. Naime, svako činjenično stanje s učinkom "zabrane" izaziva samostalan rok zabrane pa kod njihove kumulacije vrijedi duži rok. U drugome značenju, kumulacija je redanje, odn. zbrajanje rokova zabrane u toku istog otkaznog roka, nastalih u različito vrijeme.⁷⁴

Norma je od revizije relativno prinudna, što znači da je moguće ugovoriti dulje rokove zabrane ili rokove zabrane iz drugih činjeničnih stanja, npr. dopust za obrazovanje.

4.2.2. Od strane posloprimca

Otkaz u nezgodno vrijeme može uslijediti i od strane posloprimca. To će biti slučaj ako radnik, nakon isteka rada na pokus, otkáže u vremenu kada su poslodavac ili radnikov pretpostavljeni spriječeni obavljati rad zbog vršenja službe u interesu zemlje (čl. 336c/I toč. a), a posloprimac treba, uz uvjet da je za to sposoban, za vrijeme njihove odsutnosti, preuzeti obavljanje njihove funkcije (čl. 336d/I.).

Pretpostavlja se da formulacija "treba preuzeti" znači da je radnik na to pristao i da te funkcije u vrijeme odsutnosti poslodavca zaista i vrši.

Humbert drži da radnik mora biti isključiva zamjena, tj. nema uvjeta za primjenu norme ako postoji mogućnost da se radnik zamijeni nekime od njegovih suradnika.⁷⁵

Za poslodavca vrijede jednaki rokovi zabrane koji vrijede za posloprimca, te identične pravne posljedice povrede tih rokova.

⁷⁴ Npr. kumulacija vojne službe i bolesti; bolesti i trudnoće; ali prema odluci *Chambre D'Appel Genf* (JAR 1988, str. 274) ne onda kada između spriječenosti za rad zbog bolesti i, neposredno nakon toga nastale, nezgode radnik nije radio. Drugačije, za to da se bolest i nezgoda tretiraju kao jedinstveni uzrok vidjeti Kuhn, op.cit. str. 11, Streiff, U. op.cit., str. 359.

⁷⁵ Humbert, D. op.cit., str. 148.

Norma je simetrična propisu čl. 336c/I toč. a ZO. Autori je ocjenjuju suvišnom, a da je doista bez ikakvog praktičnog značenja dokazuje i to da do danas (na snazi je 18 godina) nije poznat niti jedan slučaj njezine primjene. Ona je i nepotpuna, jer ne predviđa nikakvu nagradu za radnika koji u ovom vremenu obavlja odgovoran posao.⁷⁶

5. MOMENTALNI OTKAZ

Svaki radni odnos (na neodređeno i na određeno vrijeme) može biti u svako doba prijevremeno raskinut, otkazom koji djeluje trenutačno, ako za to postoji važan razlog, ili ako platežno nesposoban poslodavac ne pruži posloprimcu, unutar primjerenog roka, jamstvo za njegove zahtjeve iz radnog odnosa.

Kod momentalnog se otkaza, dakle, zanemaruje zakonsko ili ugovoreno trajanje radnog odnosa, otkazni rokovi i termini otkaza. Momentalni otkaz je zato "ultima ratio", ventil za nuždu, čija je svrha zaštititi osobne i imovinske interese stranaka radnog odnosa, a zbog snažnog djelovanja potrebno se njime služiti uz oprez.⁷⁷

O njegovom praktičnom značenju svjedoči činjenica da niti u jednom području švicarskog ugovornog radnog prava nije doneseno i publicirano toliko odluka kao u ovome o momentalnom otkazu, ali isto tako o njegovoj iznimnosti govore brojne presude u kojima je opravdanost momentalnog otkaza bila porečena.

U Zakonu o obligacijama momentalni je otkaz reguliran čl. 337-337d.

5.1. Pretpostavke momentalnog otkaza

5.1.1. Važan razlog

U Zakonu o obligacijama važan je razlog definiran kao osobito "svaka okolnost pri čijem se postojanju od onoga tko je otkazao u dobroj vjeri ne može više zahtijevati nastavak radnog odnosa".

Izostavljanjem nabrojanih pojedinačnih razloga za momentalni otkaz, ostavljajući time, doduše dovoljno prostora raznolikostima životnih situacija, te prepuštajući sucu da po svojem slobodnom uvjerenju konačno odluči o postojanju ili nepostojanju važnog razloga kod svakog pojedinačnog slučaja (čl. 337/3), zakonodavac je dao primat kazuističkoj metodi, koja implicira odlučivanje prema "pravu i pravednosti" iz čl. 4 ZGB.⁷⁸

⁷⁶ Schweingruber, E. Effektiver Kündigungsschutz – Kündigungsgründe, Festschrift Frank Vischer, str. 485. U tome vidi Berenstein, djelomice, i povredu osobne slobode posloprimca (Berenstein, A. La loi sur la résiliation du contrat de travail Plädoyer, 1989, 1, str. 54.), a Rehbindler odvrća kritikom takvog "jednostranog" razumijevanja slobode, "koja ipak nije zamisliva bez prisile (služba u interesu zemlje!)" (Rehbindler, M. B. Komm, str. 119).

⁷⁷ Rapp, Fritz, Die fristlose Kündigung des Arbeitsvertrages, Basler juristische Mitteilungen, 1978, 4, str. 172.

⁷⁸ Rapp, F. Ibid, str. 171. "Pravo" upućuje na primjenjeno mjerilo, a "pravednost" na posebnosti pojedinačnog slučaja. Rehbindler, M. Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Berlin, 1991, str. 152. cit. prema Rehbindler, M. B. Kommentar, str. 122.

Zakonodavac je tako svjesno, a u ime "pravednosti" zapostavio zahtjev za pravnom sigurnošću, što međutim ne znači da sucu ne stoje na raspolaganju pravila koja će mu olakšati donošenje odluke, te istovremeno garantirati njezinu zakonitost. Dilema je - u kojoj mjeri?!

Sučeva će odluka biti vezana jasnom zakonskom normom samo u 4 slučaja u kojima je zakonodavac konkretizirao "važne razloge" time što u posebnim normama pod određenim pretpostavkama potvrđuje ili niječe mogućnost momentalnog otkaza, bez potrebe daljnjeg sudačkog prosuđivanja. To su slučajevi: dopuštenog momentalnog otkaza platežno nesposobnom poslodavcu, dopuštenog momentalnog otkaza radi raskida ugovora o naučništvu i ugovora o najmu mornara, te nedopuštenog momentalnog otkaza pri neskrivljenoj spriječenosti za rad radnika i u slučaju smrti poslodavca.⁷⁹

Individualni i kolektivni ugovor o radu mogu sadržavati odredbe o tome što se smatra važnim razlogom za momentalni otkaz, a što ne, no s obzirom na dvostrano obvezni karakter norme o momentalnom otkazu sudac ovakvim ugovornim klauzulama nije vezan.⁸⁰

Nesumnjivo je, ipak, da o sudbini svakog pojedinog momentalnog otkaza švicarski sudac odlučuje, prije svega, na bogatim vrelima sudske prakse i radnopravne teorije. One su, naime, pokušale zajamčiti barem najmanju mjeru pravne sigurnosti postavljanjem kriterija za sudačku procjenu i tipiziranjem važnih razloga kroz grupe slučajeva.

Prema Rappu, glavna poteškoća leži u konkretizaciji nejasnog, ali, po njemu, za prosuđivanje momentalnog otkaza, ključnog pojma "nemogućnosti" ("Unzumutbarkeit") nastavka radnog odnosa iz čl. 337/2.

Autori se slažu da razlogom otkaza može biti svaki povod narušavanja radnog odnosa koji je objektivno takve težine da nastavak radnog odnosa nije moguć, što ustvari znači da je odnos povjerenja između stranaka toliko uništen da se više ne može očekivati njihova uspješna suradnja.⁸¹

⁷⁹ Primjerično u čl. 346/2 ZO nabrojena su 3 činjenična stanja pri kojima može iz važnih razloga biti ozkazan ugovor o naučništvu (nedostatak za učenje potrebnih sposobnosti i osobina na strani naučnika ili majstora, odnosno njegovog zamjenika, kao i nedostatak objektivnih činjenica neophodnih za uspješno provođenje učenja). Opširno nabrojene važne razloge za otkaz ugovora o najmu mornara sadrži Zakon o plovidbi jezerima u čl. 77/III toč.2. Pri smrti poslodavca stupaju baštinci u pravni položaj poslodavca (ZGB, čl. 560), ali to ne daje posloprimcu pravo na momentalni otkaz, osim ukoliko radni odnos nije izuzetno bio zasnovan s obzirom na osobu poslodavca te se njegovom smrću gasi (čl. 338a/2 ZO).

⁸⁰ Nemaju zato značenje klauzule kojima se određeno činjenično stanje kao važan razlog neopozivo izuzima od prosuđivanja, niti one koje momentalni otkaz proširuju na činjenična stanja koja se u smislu zakona ne mogu priznati kao važan razlog. Naprotiv, klauzule kojima se važan razlog samo proširuje ili ograničava u smislu zakona može sudac uzeti u obzir pri odmjeravanju stranačkih interesa. Brunner, C.op.cit., str. 52-54.

⁸¹ U pravilu se povjerenje odnosi na izvršavanje ugovorno preuzetih obveza i na propuštanje ometanja rada i mira u poduzeću. Ovako shvaćeno povjerenje može biti uništeno ili poljuljano samo ozbiljnim razlozima, za razliku od odnosa povjerenja kod rukovodećih radnika za čije narušavanje dostaje i manje

Momentalni otkaz pritom mora biti jedino i posljednje sredstvo rješavanja poremećenih odnosa. Upravo zato on se može izreći samo onda kada je odnos povjerenja nepovratno uništen, ili kada se prethodnim blažim, prikladnim mjerama, kao što su premještaj na drugo radno mjesto, ili drugi dio poduzeća, "uvjetni otkaz", ili opomena, nije uspjelo održati radni odnos.⁸²

Odlučujuća je objektivna nemogućnost nastavka radnog odnosa, a ne subjektivni doživljaj onoga tko otkazuje.

Krivnja onoga kome je otkazano, kao sljedeći kriterij sučevog prosuđivanja, nije spomenuta u zakonu. O njenoj ulozi nalazimo oprečna shvaćanja. Krivnja nije pretpostavka momentalnog otkaza, tvrde u literaturi oni koji, polazeći od šutnje zakona, gledaju s odobravanjem na momentalni otkaz u okolnostima slabog poslovanja ili teškoća poduzeća, a takav je stav u nekim ekstremnim slučajevima zauzela i sudska praksa. Ovakvo mišljenje, te zahtjev da se (dopušteni) neskrivljeni otkaz ograniči na slučajeve "stvarne više sile" (rat, generalni štrajk)⁸³, naišao je na neodobravanje onih koji u tome vide zaobilaženje novih pravila o snošenju rizika poslovanja od strane poslodavca.⁸⁴

Sljedeći kriteriji koji trebaju pomoći sucu u odlučivanju su: prikladnost razloga da bude uzrokom raskida radnog odnosa; vođenje računa o okolnostima pojedinačnog slučaja; mjesto posloprimca u poduzeću; veličina poduzeća; trajanje pripadnosti radnika poduzeću; prethodne službe; prethodne povrede radnih obveza; posljedice otpuštanja po radnika.

Stvaranjem tipova važnih razloga pružen je sljedeći oslonac za sudačko odlučivanje i pravnu sigurnost. Djelotvornosti "Kataloga" važnih razloga prilazi se s oprezom i sumnjom, a švicarski zakonodavac još jednom trpi oštre kritike zbog rupa u zakonu ("Lucke intra legem").

Temelj su standardizacije konkretne odluke te načela rođena u praksi, čiju jezgru čini načelo o jednakom postupanju ("Gleichbehandlungsgebot"): "Der Richter darf nicht sein freies Ermessen dazu missbrauchen, gleichgelagerte Fälle verschieden zu beurteilen."⁸⁵ Jednaka činjenična stanja treba jednako prosuđivati, sve dok ih neke okolnosti bitno ne razlikuju jedne od drugih.

važan razlog.

⁸² Teško je postaviti opće pravilo o tome kada je prethodna opomena, odnosno prijetnja momentalnim otkazom preduvjet kasnijeg otkaza kao "kazne", a kada nije potrebna. Kriterij koji se prihvaća jest težina pogreške ili smetnje, pa se prethodne opomene drže nužnima kod disciplinskih prijestupa, a kod težih pogrešaka u sferi odnosa povjerenja (i izvršenja ugovornih obveza) koje su nepovratno onemogućile buduću suradnju momentalni otkaz je valjan i bez prethodnog upozorenja. Bruhwiler, Jürg, Die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses, SJZ 1985, str. 72, Rehbinder, M. B. Kommentar, str. 124.

⁸³ Bruhwiler, loc.cit.

⁸⁴ Streif, U.op.cit, str. 371.

⁸⁵ Meier-Hayoz. Kommentar zum ZGB, N.21 zu Art.4, cit. prema Rapp,F.op.cit., str. 173.

Izložiti ćemo Rehbindеровu podjelu u grupe: važnih razloga za momentalni otkaz te važnih razloga za izvanredni otkaz od strane posloprimca.

U grupu važnih razloga za momentalni otkaz svrstao je autor povrede radne obveze te povrede obveze povjerenja.

Odbijanje rada predstavljat će povredu radne obveze, a time i razlog za momentalni otkaz, samo ako je ono nakon upozorenja ponovljeno. Naime, njegovi pojavni oblici - neispričano izostajanje s posla, kašnjenje na posao te nedopušteni prekid rada - sami po sebi nisu dovoljno ozbiljne prirode, potrebnu težinu daje im tek redovitost, ponavljanje usprkos upozorenju.⁸⁶

Neobavljanje rada može biti razlogom za momentalni otkaz, primjerice kada se radnik ne vrati pravovremeno s godišnjeg odmora, a kašnjenje je znatno, ili kada radnik samovoljno uzme godišnji odmor. Pod istu podgrupu mogu se supsumirati: izdržavanje kazne lišenja slobode (i onda kada nije u vezi s kaznenim djelom protiv poslodavca, ili kada nema utjecaja na ugled poduzeća), te dulji istražni postupak protiv radnika. U praksi je različito ocijenjena opravdanost momentalnog otkaza izrečenog zbog neobavljanja rada u slučaju nedostatka dozvole za rad stranog radnika.⁸⁷

Loše obavljanje rada može biti važnim razlogom otkaza, u pravilu, samo ako u sebi sadrži namjeru posloprimca. U literaturi se navodi primjer otkaza izrečenog korektoru jednih novina koji je samovoljno mijenjao sadržaj teksta u skladu sa svojim političkim shvaćanjima. Savezni sud potvrdio je momentalni otkaz, koji je bio izrečen bez ikakvog prethodnog upozorenja.⁸⁸ S namjerom postupa laborant koji krivotvori rezultate laboratorijskog ispitivanja⁸⁹, ili radnik koji ne poštuje konkretne naloge poslodavca. Izuzetno, rad rukovodećih radnika podliježe pooštrenom kriteriju krivnje pa se njihova teža i ozbiljnija nesposobnost za obavljanje rada može prihvatiti kao razlog nemogućnosti nastavka radnog odnosa, već i onda kada nije namjerna, već je rezultat grube nepažnje. Kod "običnog" radnog odnosa, naprotiv samo nezadovoljavajuće izvršavanje rada (u što spada ne samo manjkavost već i sporost u radu) može biti razlogom otkaza samo ako se, usprkos upozorenju, ponavlja.

Vršenje prekršaja i kaznenih djela, prijava protiv poduzetnika od strane posloprimca, mito, davanje lažnih navoda pri zaposlenju povrede su obveze povjerenja, prihvaćene kao razlozi koji opravdavaju momentalni otkaz. Radi se o grupi razloga u

⁸⁶ Također i kombinacija različitih disciplinskih nepravilnosti daje pravo na momentalni otkaz, ali ne i u slučaju različitih, sitnih nepravilnosti koje traju više mjeseci bez da je na njih upozoreno.

⁸⁷ I dok je Savezni sud prihvatio opravdanost momentalnog otkaza u takvim okolnostima (JAR, 1989, str. 105), Radni sud Zürich dopustio je jedino mogućnost redovnog otkaza, budući da "... das öffentlichrechtliche Beschäftigungsverbot auch zivilrechtlich Arbeitgeber treffen können muss". Rehbind, M. Ibid, str. 129.

⁸⁸ JAR 1984, str.186. Pri donošenju odluke uvažena je također činjenica da je korektor već bio upozoren radi drugih nepravilnosti u radu.

⁸⁹ Kantonalni sud Fribourg, JAR 1990, str. 257.

kojoj je vrlo teško postaviti opće granice između opravdanog i neopravdanog momentalnog otkaza, što ilustriraju sljedeći primjeri iz prakse. Bitni su kriteriji kojima se rukovodi sudac: težina djela, mjesto izvršenja, žrtva, posljedice djela. U pravilu se izjednačavaju po svome značenju pri ocjeni momentalnog otkaza kaznena djela izvršena za vrijeme rada na štetu poslodavca, njegovih podređenih ili drugih radnika (npr. krađa, pronevjera, prijevvara) s kaznenim djelima kojima nedostaje bliža veza s mjestom rada (delikti protiv morala, špijunaža), ali štete ugledu poduzeća. Ako je žrtva djela netko izvan poduzeća zahtjevi s obzirom na težinu delikta bitno su viši, nego kada je žrtva poslodavac ili netko iz poduzeća (ali i tu je šteta ugledu poduzeća korektiv). Djela neznatne društvene opasnosti, posebno s obzirom na nastalu štetu, relevantna su za momentalni otkaz tek uz pretpostavku ponavljanja usprkos upozorenju (npr. vođenje telefonskih razgovora u poduzeću, samoposluga potvrdama poduzeća, biromaterijalom, poštanskim markama, ili prijevvara na troškovima (tzv. "Kavaliersdelikt").

Može li okolnost prijave poduzeća od strane posloprimca nadležnim organima za krivični ili prekršajni progon opravdati momentalni otkaz posloprimcu? Odgovor na pitanje različit je ovisno o tome kojim se interesima daje prednost: da li zaštititi interesa poduzeća i odnosa povjerenja, ili interesima zakonitosti. U praksi sudova očita je težnja da se, čak i kada je riječ o nedozvoljenim djelima izvoza oružja ili kaznenim djelima u kojima je objekt zaštite čovjekova okolina, a izvršilac "poduzeće", prijava okvalificira kao izdaja poslovne tajne ili povreda obveze povjerenja na strani posloprimca. Suprotno tome, u literaturi se opravdanost momentalnog otkaza vezuje uz postojanje ili nepostojanje "povrede prava" od strane poduzeća, a sudovima se prigovara što posloprimčevo "zauzimanje za pravo" ocjenjuju kao povredu povjerenja.⁹⁰

Nisu nelojalnima ocijenjene niti pripremne radnje za osnivanje konkuretskog poduzeća kojima se posloprimac bavi u slobodno vrijeme, uključujući i oglas kojim traži novo osoblje, ukoliko se ne pretvore u aktivno poticanje suradnika da napuste poslodavca, ili u pribavljanje obavijesti, odnosno mušterija za konkuretsko poduzeće, uzimanje tajnih recepata i sl. Savezni sud je u svojoj odluci verificirao i prihvatio ovakvu praksu, uobličivši je u načelo da posloprimac smije pripremati osnivanje firme za trajanja radnog odnosa, sve dok se time ne ogriješi o savjesnost i poštenje.⁹¹

Manje je bogata judikatura o razlozima koji pravo na momentalni otkaz daju posloprimcu. U najvećem broju slučajeva važan razlog čine povrede obveze skrbi: nepravilnosti na mjestu rada, posebno povrede pravila zaštite na radu, opravdavaju otkaz tek ako im je prethodilo upozorenje. Kaznena djela, posebice tučnjava, uvreda i seksualni

⁹⁰ Takva podrška poduzećima-prekršiteljima svakako nagoni posloprimca da u svom nastupu izabire sredstva koja su upravo protivna povjerenju, da se u strahu od gubitka posla, umjesto upravnim organima kao prvoj instanci, on obraća nadležnim organima vlasti ili, najčešće, tisku. Dvojbena je koliko je uplitanje upravnih organa u slučaj nezakonitosti vlastitog poduzeća razumno. S druge strane, i prijava nadležnim organima vlasti opterećena je rizikom neuspjeha u dokazivanju "krivnje poduzeća". Zato se posloprimac najčešće direktno obraća tisku čija "urednička tajna" vrlo dobro funkcionira i koji je mnogo puta efikasniji i od državnih organa gonjenja. Reh binder, M. B. Kommentar, str. 131-132.

⁹¹ Odluka od 7.5. 1991. cit. prema Streiff, U.op.cit., str. 371.

delikti, poziv za sudjelovanje u prijeviri, utaji poreza, učinjena od strane poslodavca ili njegovih podređenih, osobito s obzirom na težinu djela i njegovo ponavljanje, mogu trajno uništiti odnos povjerenja, kao i to što poslodavac nije spriječio u činjenju djela nekoga od članova svoje obitelji ili drugog radnika.

5.1.2. Zbog nesigurnosti plaće

Konkretizaciju "važnih razloga" iz čl. 337 donosi čl. 337a o momentalnom otkazu zbog nesigurnosti plaće ("Lohngefährdung").

Naime, ako je poslodavac platežno nesposoban, može posloprimac momentalno raskinuti radni odnos, ako mu poslodavac, unutar primjerenog roka, ne pruži sigurnost za njegove zahtjeve iz radnog odnosa.

Norma se primjenjuje na osiguranje budućeg potraživanja. Uključeni su svi zahtjevi iz radnog odnosa, a ne samo plaća posloprimca.

Osiguranje ne može biti iznuđeno, a pravna posljedica njegova izostanka jest šteta koju poslodavac trpi u obliku izvanrednog otkaza od strane posloprimca.

Pretpostavke su momentalnog otkaza platežna nesposobnost poslodavca i nedostatak jamstva.

Platežna nesposobnost poslodavca znači da isti više nije u stanju podmiriti novčana potraživanja, što je očito nakon otvaranja stečaja, a dokazuje se i postojanjem molbi poslodavca za odgodom plaćanja, te postojanjem drugih dokaza prezaduženosti ili redovitih zaostataka u isplati.⁹²

Zakonodavac nije definirao oblik jamstva. Njega utvrđuje poslodavac. Zamislivi su različiti oblici: bankarska garancija, polog vrijednosnih papira, privatno jamstvo poslodavca ili trećeg, bitno je da su dovoljno sigurni te da pružaju mogućnost lakog unovčenja.

Ne predviđevši niti rok za davanje jamstva, ostavio je zakonodavac praksu na cjedilu. Svrsi osiguranja svakako odgovara kraći rok u kojem bi se otklonila opasnost od otkaza zbog rizika insolventnosti. Podaci o duljini "primjerenog" roka različiti su (od 2-3 dana, preko 3 dana - maksimalno 1 tjedna, do najduže 10 dana). Za ovako važno pitanje ocjenjuje se nepodnošljivom ovakva pravna nesigurnost, pogotovo zato što norma ima veliko praktično značenje.

5.1.3. Posebni slučajevi momentalnog otkaza

5.1.3.1. Otkaz zbog sumnje

U švicarskoj je literaturi sporno može li i sama sumnja na kazneno djelo ili drugi teži prijestup dati pravo na momentalni otkaz. Suglasje je autora postignuto oko pretpostavki pod kojima se netko može pozvati na sumnju kao razlog momentalnog otkaza. Da bi otkaz bio dopušten, sumnja treba biti osnovana, tj. objektivno ozbiljna, te

⁹² Nisu dovoljni samo kratkotrajni dugovi ili odgode plaćanja; brojni zahtjevi dobavljača vrijede, naprotiv, kao nesumnjiv dokaz insolventnosti.

postojana, drugim riječima, usprkos naporima onog tko otkazuje sumnja ne smije, u kraćem vremenu, oslabiti.

Zbog tako apstraktnih kriterija, Rapp poziva na krajnju suzdržanost pri "otkazima zbog sumnje", ali istodobno smatra da bi pokušaj da se njihova dopuštenost generalno ograniči bio u protuslovlju sa zahtjevom za poštenom i pravednom odlukom u svakom pojedinačnom slučaju.⁹³

Najjači protivnik "otkaza zbog sumnje" među teoretičarima nesumnjivo je Rehbinder. On prihvaća ozbiljnu i postojanu sumnju kao uzrok nemogućnosti nastavka rada sve do razjašnjenja stvari (ne i kao razlog otkaza!), ali tada izlaz za zaštitu interesa poslodavca ne vidi u momentalnom otkazu, već u suspenziji "sumnjivog" radnika. Radni odnos i dalje traje, radnik ne može tražiti da se vrati na posao, a poslodavac je "uklonio" nepoželjnog radnika iz poduzeća, obveza na isplatu plaće teče. Svoj, bitno različit, stav Rehbinder gradi na presumpciji nedužnosti, koja se u ugovornom pravu izražava u obvezi suprotne strane da nosi teret dokazivanja; rječnikom otkaznog radnog prava rečeno, na poslodavcu je teret dokazivanja razloga za momentalni otkaz, pa će, sve dok u tome ne uspije, morati snositi ekonomske terete ugovorne veze (isplata plaće). Otkaz zbog sumnje opravdan je po njemu samo onda kada posloprimac ometa poslodavca u razjašnjenju stvarnog stanja, jer se radi o nelojalnom ponašanju koje ne smije pasti na teret poslodavca.⁹⁴

Nesporno je da posloprimac izriče momentalni otkaz zbog sumnje na vlastiti rizik. Potvrdi li se sumnja, momentalni otkaz je opravdan, u protivnome nastupaju posljedice neopravdanog momentalnog otkaza.⁹⁵

5.1.3.2. Otkaz u okvirima radničke akcije

Štrajk, jedan od oblika industrijske akcije ("Wirtschaftskampf"), može se promatrati kao poseban slučaj zajedničkog, ponavljano odbijanja rada od strane više radnika sa ciljem ispunjenja određenih zahtjeva. Kako u Švicarskoj nema zakonske regulative o štrajku, a nisu brojne ni sudske odluke donesene o ovoj materiji, sporno je da li, odnosno pod kojim pretpostavkama, štrajk ovlašćuje poslodavca na momentalni otkaz. Za potpunije razumijevanje problema ukazat ćemo na nekoliko bitnih obilježja režima štrajka u švicarskome pravu.

Temeljsvake radničke akcije ("Arbeitskampf") predstavlja načelo slobode akcije ("Grundsatz der Kampffreiheit"), koje, sadržano u garanciji slobode udruživanja, ima

⁹³ Rapp upućuje na njemačku teoriju u kojoj je nešto slično učinio K. Moritz; dopuštajući sumnju samo u slučajevima "važnog povjerljivog položaja" posloprimca. Rapp, F. op.cit., str. 172.

⁹⁴ Rehbinder, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 123.

⁹⁵ Kuhn daje posloprimcu neosnovano osumnjičenom za kazneno djelo pravo da sa svoje strane momentalno otkáže. Kuhn, op.cit., str. 32.

karakter ustavnog načela. Izraženo maksimumom Saveznoga suda: radničke akcije su u načelu dopuštene i samo iznimno zabranjene.⁹⁶

Švicarski zakonodavac propustio je regulirati materiju o štrajku.

U nedostatku konkretne zakonske norme, odgovor na ključno pitanje gdje se nalaze granice između dopuštenog i nedopuštenog štrajka (te time opravdanog i neopravdanog momentalnog otkaza) vezuje se uz zahtjev da štrajk bude "socijalno prikladan" ("socialadaquat") i u skladu s općim pravnim poretkom ("allgemeine Rechtsordnung").

Na takvim (opsežnim!) zahtjevima, koji negativno određuju "slobodu akcije", razvile su se pretpostavke dopuštenosti štrajka.

U pravilu, dopušteni su štrajkovi organizirani od strane sindikata ("organisierte Streiks"). Obustave rada provedene od spontano organiziranih grupa posloprimaca, tzv. divlji štrajkovi ("wilde Streiks") bit će dopušteni samo ako predstavljaju zajedničko vršenje pridržanih prava, a svrha im je osigurati ispunjenje opravdanih zahtjeva radnika. U protivnom, divlji štrajk predstavlja protupravnu obustavu rada koja opravdava izricanje momentalnog otkaza.

Organizirani štrajkovi moraju, međutim, odgovoriti brojnim zahtjevima. Cilj štrajka mora biti moguće regulirati kolektivnim ugovorom o radu (štrajk ne smije poslužiti kao sredstvo rješavanja pitanja koje spada u isključivu nadležnost poslodavca; nisu dopušteni ni tzv. politički štrajkovi, štrajkovi solidarnosti, ni štrajkovi u interesu trećih).

Pogled na statistiku dokazuje da su u Švicarskoj radničke akcije veoma rijetke. U 1991. godini postojao je samo jedan kolektivni radni spor s 51 posloprimcem i 4090 izgubljenih radnih sati. U 80-im godinama na 1000 zaposlenih bilo je samo 1,4 dana izgubljenih u štrajku.

Tome pridonosi tzv. "obveza sindikalnog mira" ("Friedenspflicht"), koja znači privremenu dužnost suzdržavanja od korištenja prava na štrajk, točnije - za vrijeme trajanja ugovora radničke akcije radi rješavanja pitanja reguliranih kolektivnim ugovorom nisu dopuštene (tzv. funkcija sindikalnog mira kolektivnog ugovora o radu) (čl. 357a/2 ZO).⁹⁷

Pravo na štrajk ograničeno je u Švicarskoj zakonom propisanim postupkom mirenja ("Schlichtung"). Mirenje može biti uređeno kolektivnim ugovorom o radu, a supsidijarno, ako stranke nisu ništa ugovorile, primjenjuje se postupak pred mirovnim sudovima, uređen saveznom i kantonalnim propisima. Za vrijeme trajanja postupka mirenja štrajk je zabranjen.

⁹⁶ "Arbeitskämpfe sind grundsätzlich erlaubt und nur ausnahmsweise verboten", cit. prema Rehbinder, M.Ibid., str. 203.

⁹⁷ Temelj za zaključenje znamenitog sporazuma o miru u metalnoj industriji 1973. godine, kojime je započelo uvođenje opće obveze sindikalnog mira, bila je opasnost od uvođenja od države sankcioniranog obveznog mirenja ("Zwangsschlichtung").

Na kraju možemo rezimirati: dopuštena radnička akcija ne predstavlja povredu ugovora o radu. Ispunjenje obveze rada za vrijeme zakonito organiziranoga štrajka, u okvirima ustavnopravno zaštićene slobode radničke akcije, je nemoguće, čak i za radnika koji nije član sindikata koji je štrajk organizirao. Doduše, posredno djelovanje osnovnih prava i na treće priznato je samo kao pravnoteorijska konstrukcija, a praktična primjena je sporna (i nepoznata?!). Dopušteni štrajk proizvodi mirovanje radnog odnosa (tzv. "Suspensionstheorie"), ali ne daje poslodavcu pravo na izvanredni otkaz. Naprotiv, redovni otkaz je dopušten. Uspije li radnik pogođen redovnim otkazom kasnije dokazati da je otkaz izrečen samo sa ciljem da se razbije namjera štrajka (otkaz svih štrajkaša ili ciljano otpuštanje vođe štrajka), otkaz je zlorabeći i vodi zahtjevu za kaznom, budući da se njime željelo onemogućiti pravo radnika na štrajk. (čl. 336/1 toč. b ZO).

5.2. Vršenje otkaznoga prava

Budući da se ovdje radi o prisilnoj normi, pravo na izvanredni otkaz ne može unaprijed biti isključeno ili ograničeno, ali se na otkaz ovlaštena stranka može, po nastupanju razloga za otkaz, odreći svojega prava. Često će razlog jednostavno biti zaboravljen.

Zahtjev da se izvanredni otkaz izrekne neodgodivo nakon saznanja za važan razlog, tj. u primjerenom roku proizlazi iz naravi važnog razloga - on je takav da čini nemogućim nastavak radnog odnosa. Propuštanjem takvoga roka pretpostavlja se da je suradnju moguće nastaviti pa ovlaštenu na otkaz gubi pravo da momentalno otkaže.

Zakonodavac je još jednom otvorio vrata pravnoj nesigurnosti, nejednakom postupanju sudova, ne određivši rok za promišljanje o otkazu. Primjerenima se smatraju rokovi od 2-3 dana, do 1 ili više tjedana, pa čak i više mjeseci!⁹⁸

Posebno nesiguran teren predstavlja ovdje mogućnost naknadnog izjavljivanja razloga otkaza o kojemu je ranije bilo riječi.

Konverzija nevaljanog izvanrednog otkaza u valjani redovni otkaz nije više moguća: radni odnos će prestati i nevaljanim momentalnim otkazom.

Stranka ovlaštena na momentalni otkaz može se poslužiti blažom mjerom te otkazati uz otkazni rok kraći od redovnog otkaznog roka, tzv. "Sozialfrist"; pritom mora jasno pokazati namjeru da želi momentalni otkaz, ali uz kraći otkazni rok. Dopuštanje roka usprkos izvanrednom otkazu znači samo ponudu na privremeni nastavak radnog odnosa, ali ga strana kojoj je otkazano ne mora prihvatiti.

Momentalni otkaz može uslijediti i za vrijeme roka zabrane izricanja otkaza kod tzv. "Sperrfrist"-a.

5.3. Posljedice otkaza

5.3.1. Opravdani momentalni otkaz

⁹⁸ Kod Wachtera pronalazimo ljestvicu rokova sastavljenu prema kriterijima poznavanja, ili nedovoljnog poznavanja razloga, pridržavanja mogućnosti da se važan razlog ukloni i sl. Wachter, Gustav, Der Untergang des Rechts zur fristlosen Auflösung des Arbeitsverhältnisses, Arbeitsrecht Mitteilungen, 1990, str. 40.

Postoji li razlog za momentalni otkaz u ugovoru protivnom ponašanju jedne ugovorne strane, otkaz je opravdan, a strana koja je skrivljeno prouzrokovala raskid obvezna je na potpunu naknadu štete, pri čemu se uzimaju u obzir svi zahtjevi iz radnog odnosa (čl. 337b/1 ZO).

Posljedica je momentalnog otkaza obveza naknade štete koja se utvrđuje prema kriteriju krivnje. Ako je poslodavac otkazao zbog važnog razloga, a krivnja leži na posloprimcu, poslodavcu pripada pravo na zahtjeve iz radnog odnosa i to za razdoblje do sljedećeg redovnog termina otkaza. Naime, u cilju zaštite tzv. pozitivnih interesa poslodavca ovdje se pretpostavlja da je radni odnos trajao do sljedećeg redovnog termina otkaza, jer tek je u tom trenutku radnik mogao prekinuti radni odnos po svojoj volji.

Zahtjev može uključiti svu zbog gubitka radne snage izgublenu dobit, te veći broj radnih sati drugih radnika, veće troškove zbog zamjene radnika, a sporno je da li bi se tome mogli pribrojiti i troškovi traženja novog radnika (posebice troškovi oglasa).

Ako je otkaz skrivio poslodavac posljedice su identične onima kod neopravdanog momentalnog otkaza: naknada štete u visini plaće do termina redovnog otkaza, ili do isteka ugovora.

Zakon posebno regulira slučaj u kojem postojanje važnog razloga nije rezultat skrivljenog ponašanja stranaka, ili je rezultat njihove podijeljene krivnje. Sudac prema svojem uvjerenju određuje imovinsko-pravne posljedice vodeći računa o svim okolnostima slučaja (čl. 337b/2). Iako se pri neskrivljenom ponašanju stranaka šteta u pravilu dijeli, kriterij koji će prevagnuti u korist jedne od njih bit će interes neke od strana za raskidom radnog odnosa, ili područje u kojem je razlog nastupio.

Norma je prisilna, u obvezi naknade štete ne može se mijenjati ništa što bi išlo na teret koje od stranaka, uz nju ili umjesto nje ne može se ugovoriti kazna.

5.3.2. Neopravdani momentalni otkaz

Kod neopravdanog momentalnog otkaza izrečenog od strane poslodavca, zakonodavac je dodijelio posloprimcu, bez obzira što je radni odnos prestao protupravno, jedino pravo na naknadu štete.

Naknada obuhvaća sve ono što bi posloprimac zaslužio da je radni odnos prestao uz otkazni rok, ili protekom ugovorenog vremena (čl. 337c/1) (To uključuje uz redovnu plaću i sve druge iz radnog odnosa nastale, a izgubljene dobiti, npr. nagrade, naknade pri odlasku u mirovinu, ali i materijalnu štetu nastalu gubitkom dobiti, npr. troškove zbog selidbe i sl.)

Od toga će se odbiti sve ono što je radnik zbog prestanka radnog odnosa uštedio, zaradio na drugi način, ili hotimice propustio zaraditi (čl. 337c/2).

Uz naknadu štete, sudac utvrđuje i obvezu poslodavca na isplatu kazne neopravdano otpuštenome radniku. Visinu kazne sudac određuje cijeneći sve okolnosti slučaja, prema svom slobodnom uvjerenju, pazeći da ona ne prijeđe iznos od 6 mjesečnih plaća radnika (čl. 337c/3). On pritom treba uzeti u obzir sukrivnju posloprimca.

Namjera je zakonodavca bila da kaznom djeluje odgojno na poslodavca, da ga odvratiti od nepromišljenog momentalnog otkaza. Sigurno je da vrlo niska kazna ne ide tome u prilog.

Za slučaj da neopravdano otkáže posloprimac i zbog toga uopće ne stupi na radno mjesto, ili ga protivno ugovoru napusti, zakonodavac je, u težnji da pruži efikasnu sankciju, oslobodio poslodavca tereta dokazivanja jednog posebnog dijela štete dodijelivši mu paušalnu naknadu štete, koja odgovara visini 1/4 mjesečne plaće (čl. 337 d/1).

Poslodavac može uvijek dokazivati da je šteta koju je pretrpio bila veća i zahtijevati odgovarajuću naknadu. Ovdje se uzima u obzir poslodavčeva ušteta na plaći radnika koji je otkazao.

Sudac može i ne dodijeliti paušalnu naknadu štete, ako posloprimac dokaže da otkazom s njegove strane za poslodavca nije nastala nikakva ili je nastala tek neznatna šteta (čl. 337d/2). Dokaz za to bit će ispunjen ako se utvrdi da je poslodavac odmah nakon radnikova otkaza na drugi način "popunio" upražnjeno radno mjesto, ili da je propustio odmah poduzeti mjere za otklanjanje ili ublažavanje štete.⁹⁹

Kako bi se posloprimcu omogućilo da dokaže nepostojanje ili neznatnost štete, teret dokazivanja štete prebačen je na poslodavca.

Poslodavčev zahtjev za naknadu štete i radnikov zahtjev za isplatu plaće mogu se prebijati, u protivnome, zahtjev za naknadu štete treba se istaknuti tužbom ili zahtjevom za sudskom zabranom u roku od 30 dana od dana nestupanja na radno mjesto ili napuštanja radnog mjesta radnika (čl. 337d/3).

Propuštanje dovodi do gubitka prava. Predviđene norme su obvezne, a ugovaranje dodatnih kazni nedopušteno je i ništavo.

6. ZAKLJUČAK

Skromna, ali snažnim motivima nabijena inicijativa Kršćanskog nacionalnog saveza sindikata Švicarske za reviziju postojećeg otkaznog prava urodila je, nakon godina napora i parlamentarnih rasprava, novim odredbama o zaštiti za slučaj otkaza u saveznom Zakonu o obligacijama.

Otkazno se pravo temelji, kao i dosada, na načelima slobode otkaza i načelu stranačkoga pariteta. Bitne novine sadržane su u (do)gradnji stvarne i vremenske zaštite u slučaju otkaza.

Uvođenje eksplicitne zaštite od zloupotrebe otkaza, koja se ranije u odredbama Zakona o obligacijama tek stidljivo naslućivala, a ogromnim dijelom gradila primjenom općih pravila o zloupotrebi iz Građanskog zakonika, ojačalo je položaj posloprimca pred poslodavcem. Primjerično navedeni slučajevi zloupotrebe, jasno utvrđene sankcije te postupak za zaštitu prava čine jezgru revizije.

⁹⁹ Rehbinder, M. Schweiz. Arbeitsrecht, str. 128.

Vremenska zaštita od otkaza u većini je zaštićenih slučajeva produljena i u svom dosegu značajno proširena.

I dok, s jedne strane, primjeri bogate sudske prakse potvrđuju da je, u odnosu na stanje prije revizije, učinjen korak naprijed u zaštiti posloprimca, s druge strane, čini se da se švicarski zakonodavac zaustavio vrlo nisko, ograničivši stvarnu zaštitu od otkaza samo na zaštitu od zloupotrebe otkaza, čime je još uvijek daleko od rješenja Konvencije br. 158 o otkazu od strane poslodavca MOR, koja u čl. 4 dopušta samo otkaz za koji je postojao "osnovani razlog".

Prema švicarskome pravu poslodavac je u svome pravu "to hire and fire" neograničen i utoliko što radni odnos prestaje i zlorabećim otkazom, a jedina sankcija jest obveza poslodavca da otpuštenome radniku isplati novčanu kaznu, čija visina, pak, može uplašiti samo financijski slabe male poduzetnike.

Ono što se može zamijetiti kao obilježje švicarskog pozitivnog otkaznog prava jesu rupe u zakonu i nomotehnički propusti kojima je zakonodavac (dokazujući time svoju nesposobnost, ali i podložnost ujecaju gospodarskih krugova, tvrde, na riječima oštri teoretičari Radnoga prava) otvorio vrata pravnoj nesigurnosti.

Ideji "socijalne države" nesuglasnu pravnu regulativu, koja Švicarsku čini "nesposobnom za Europu", sasvim je izvjesno, neće izmijeniti onih 33% radnika organiziranih u sindikat, koji vrlo rijetko posežu za sredstvima radničke akcije, gradeći time ugled Švicarske kao "zemlje (stvarnog) sindikalnog mira".

Na pravnoj je teoriji zato da prijedlozima de lege ferenda ubrza promjenu sadašnjega prava.

S u m m a r y

DENUNCIATION OF LABOUR CONTRACT ACCORDING TO
THE SWISS LAW

The article contains a survey of legal solutions, views of legal theory and examples from the judicial practice regarding the problems connected to the denunciation of labour contract in the Swiss law. It appears to be a very sensible field of labour law and the crossing of the worker's fundamental right to work, stability of employment guarantees and the free denunciation principle. Switzerland accepts the principle of the extreme freedom of denunciation and it thus protects an employer more than an employee. Switzerland has not accepted the relevant International Labour Organization convention and it makes her a sole exception in Europe, the so called "Sonderfall Schweiz". The article answers the question as to how far has the 1988 revision of the denunciation provisions contained in the Obligation Act moved towards the protection of the employee as the weaker party of the labour contract.