

ЈОВАНА МИСАИЛОВИЋ*
ИВА ТОШИЋ**

ДЕФИНИСАЊЕ И РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА „ЛАЖНО САМОЗАПОСЛЕНИХ”

Апстракт: „Лажно самозапослена” лица се у многим правним системима широм света налазе у такозваној „сивој зони” када је реч о радноправном положају. Начини пружања радноправне заштите и уређење њиховог правног статуса представљају изазов који је на првом месту условљен чињеницом да се не можемо ослонити на једну универзално прихваћену дефиницију која би обухватила ову категорију лица. Суштина проблема може се тражити у грубој дихотомној подели у свету рада на зависан у независан, у којој они који не испуњавају услове припадности једној или другој тешко могу пронаћи адекватан правни третман. У складу са тиме, ауторке су у раду настојале да укажу на потребу да се лажно самозапослена лица сврстају у категорију оних лица којима би уз испуњење одређених услова требало пружити адекватан вид правне заштите коју уживају и запослени, ослањајући се на примере добрих легислативних решења из упоредног права.

Кључне речи: лажно самозапослени, самозапослени, зависан рад, независан рад, подела рада.

1. УВОД

У правним системима широм света, једнако и у онима континенталне и англосаксонске правне традиције, поштује се историјска подела рада на зависан и независан. Ова подела изграђена је око концепата „потчињености” и „аутономије”, односно на разликовању да ли лице ради за другог или самостално обавља делатност без инструкција и под влашћу другог. Тако, уговарање рада грубо подељено, може бити урађено на један од два начина – кроз комерцијални однос/уговор, између једног клијента и самозапосленог лица или предузетника и друго – путем уговора о раду, између послодавца и запосленог.

Разлика у правном положају ових лица је фундаментална. Она се првенствено односи на примену принципа и права који се примењују различито на запослене и самозапослене.¹ Временом, захваљујућу процесу напретка и

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право у Београду

** Истраживач сарадник, Институт за упоредно право у Београду

¹ Примера ради, класична разлика у правном положају између запослених и самозапослених лица у англосаксонском праву је да први раде по „уговору о раду”, док други имају „уговор о

развитка друштва, па самим тим и средствима рада, дихотомна подела на лица која раде за другог – запослени и она која су у свом раду независна – самозапослени, постајала је све тежа за стриктно разликовање.

Оно што се користило за разликовање самозапосленог радника од запосленог јесу критеријуми као што су подређеност (субординација), алокација ризика рада и економска (не)зависност. Ипак, овако постављено, разликовање постаје све теже, јер дихотомни поглед на запослене наспрам самозапослених заснован је на „лажном јединству” два концепта, што доводи до „лажног дуалитета”.² Индиректна претпоставка о наведеној бинарној подели иде у правцу тога да су заштитне одредбе закона којима се уређује рад засноване на потреби да се заштите запослени из разлога што се сматрају слабијом страном радног односа у односу на послодавца. Самозапослена лица се, с друге стране, сматрају равноправним са другом страном са којом склапају уговор и стога нема посебне потребе за њиховом заштитом.

Међутим, у настанку нових облика рада, који су све чешће водили разводњавању радног односа у погледу јасне поделе на запослене и самозапослене, дошло се до „сиве зоне”³ којом се описују оне врсте послова који показују карактеристике и једног и другог, односно и елементе радног односа и самозапосљавања, што отежава њихово уклапање у раније поменут дихотомни систем. Ово је углавном случај када се лица закључењем различитих уговора којим ’уговоре’ обављање активности и испоруку производа/услуге (у својству самозапосленог) нађу у ситуацији фактичке подређености и зависности (*de facto* положај запосленог). Тада, најчешће можемо разликовати две ситуације у погледу положаја ових лица: „лажно самозапослени” и „економски зависан радник”.⁴

Док је прва резултат намере да се заобиђу прописи, другу можемо посматрати више као чињенични опис ситуације у којој се лице налази, него изричитој намери да се лице изузме из примене радноправних прописа од стране послодавца. Такође, наглашавамо, „сива зона” односи се на све врсте послова које наизглед, обављају самозапослена лица, али која су, заправо, зависни радници или у правом смислу запослени.⁵

услугама”. Mark Freedland, *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003, стр. 13.

² Eurofound, *Fraudulent contracting of work: Bogus self-employment (Czech Republic, Spain and UK)*, Dublin, 2017, стр. 2.

³ Annette Thörnquist, “False Self-Employment and Other Precarious Forms of Employment in the Grey Area of the Labour Market”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, бр. 4/2015, Vol. 31, стр. 411–430.

⁴ Ibid.

⁵ René Böheim, Ulrike Mühlberger “Dependent self-employment: workers between employment and self-employment in the UK”, *Zeitschrift für ArbeitsmarktForschung – Journal for Labour Market Research*, No. 92, Springer, стр. 185.

2. ДЕФИНИСАЊЕ „ЛАЖНОГ САМОЗАПОШЉАВАЊА”

Најшире посматрано, „лажно самозапошљавање” представља облик рада код којег се лица третирају/приказују као самозапослени. У највећем броју случајева то могу бити запослена лица код послодавца која су отпуштена па ангажована поново као самозапослена лица или лица која се први пут ангажују од стране послодавца као самозапослена.⁶ У таквим околностима, иако заправо има могућности за заснивање радног односа, послодавац ради смањења трошкова пре свега плаћања обавезних доприноса по основу рада, са лицима закључује уговоре грађанског права, којима се не заснива радни однос закључењем уговора о раду. На тај начин лице се ставља у „сиву зону” која подразумева да има закључен уговор којим се не заснива радни однос, али заправо све време ради са једним послодавцем и економски зависи од њега али не потпада под заштиту која би била обезбеђена у оквиру радног односа. Заправо, у случају „лажно самозапослених лица” јасно је да је реч о фактичком радном односу, који се прикрива формално пословним односом. Рад „лажно самозапослених” се у теорији означава и као привидни независни рад или прикривени радни однос и представља озбиљан проблем у многим државама широм света.

У настојању да се открије постојање лажно самозапосленог лица, неколико елемента требало би узети у разматрање:

1. Одсуство уговора о раду;
2. Присуство уговора о ангажовању, односно пружању услуга (уговора пословног права);
3. Формално постојање пословне везе а не радног односа (формално самозапослени);
4. *De facto* одсуство слободе у погледу организације рада;
5. Лице ради само за једног послодавца све време – економски зависи само од једног послодавца од којег остварује приходе.⁷

Дакле, у случају испуњавања наведених елемената, долази се до ситуација да се лице налази у лимбу између зависног и независног рада. Овакав међупростор све је чешћи у времену појаве различитих флексибилних облика рада⁸, али не зато што је у питању посебан вид организације рада, већ зато што формално уговорен однос не одговара *de facto* положају лица. У оваквом

⁶ Сенад Јашаревић, Горан Обрадовић, „АКТУЕЛНОСТ РАДНОГ ПРАВА СРБИЈЕ И НОВИ ИЗАЗОВИ”, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 3/2021, стр. 37, фн. 3–4.

⁷ OECD, *The partial renaissance of self-employment*, – *Employment Outlook*, 2000, стр. 156.

⁸ Annalisa Murgia *et al.*, “Hybrid Areas of Work Between Employment and Self-Employment: Emerging Challenges and Future Research Directions”, Published online 2020 Jan 21. doi: 10.3389/fsoc.2019.00086.

правном односу могу се наћи лица која обављају различите делатности – новинари, лица запослена у области грађевине, хотелијерства, туризма, уметности и друго.⁹

Нажалост, многа законодавства, укључујући и Републику Србију немају одредбе које би се примењивале посебно на „лажно samozапослене”, нити упућивале на проширену примену заштитних одредаба радног права, с обзиром на то да „лажно samozапослени” нису категорија која је препозната у домаћем законодавству. У теорији и у пракси се ова лица диверзификују од запослених, односно samozапослених лица те је самим тим потребно уредити и трећу категорију која не би потпадала потпуно ни у једну од важећих стриктних подела рада на зависан и независан рад.¹⁰

Основни разлог за закључивање уговора којим се прикрива радни однос, то јесте „симулованог правног посла”, требало би на првом месту тражити у интенцији послодавца да смањи трошкове рада и повећа своју конкурентност на тржишту рада. Ово проистиче, пре свега, из чињенице да послодавац не плаћа порез и доприносе на зараду samozапосленог лица, већ је samozапослени дужан да то учини самостално. Такође, приликом закључења уговора о пословној сарадњи не примењују се правила радног права, па тако samozапослено лице добија бруто износ који се уговори (у апсолутном износу или приказан у елементима плаћања по радном учинку) који укључује и све трошкове које то лице има поводом рада, као и његову целокупну зараду (не постоје елементи њеног увећања, као ни право на минималну зараду). Трошкове боравка на плаћеном одсуству такође покрива samozапослено лице, без обзира на узрок одсуствовања са рада. Овим, заправо, послодавац, са становишта позиције економски јаче стране користи субординисаност друге стране (радника), економски зависне од прихода које остварује по основу рада и избегава да испуни обавезе предвиђене одредбама радног и социјалног законодавства. У том смислу, послодавац одступа од поштовања многих правила попут оних о ограниченом радном времену, безбедности и здрављу на раду и минималној заради, правила о заштити у случају отказа, уплаћивања доприноса за социјално осигурање.¹¹

⁹Ulrike Muehlberger, *Dependent Self-Employment Workers on the Border Between Employment and Self-Employment*, I издање, Palgrave Macmillan, New York, 2007, стр. 15.

¹⁰Историјска правна подела на „запослене” и „samozапослене” и питање њихове социјалне заштите или „незаштите” везује се за времена фордистичког производног режима и патерналистичке државе благостања из времена касних 1940-их и касних 1970-их година прошлог века. Оба система захтевала су промене у системима запошљавања и успостављање режима државе благостања које се везују за концептуалне промене у националним законима о раду. Детаљно види: Hugh Collins, “Independent contractors and the challenge of vertical integration to employment protection laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 3/1990, стр. 353–380.

¹¹Марио Рељановић, Јована Мисаиловић, „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља”, *Сџрани њравни живоић*, бр. 3/2021, стр. 419, фн. 8.

Поред трошкова скопчаних са применом радног и социјалног законодавства, оптирање за рад под велом независног рада може се објаснити и претходно поменутиим настојањем послодаваца да избегну трошкове који произлазе из примене пореског законодавства. У том смислу, у Републици Србији се од 1. јануара 2020. године примењује такозвани тест самосталности за предузетнике којим се настоји открити постојање радног односа, односно спречити да лица која заправо раде за једног послодавца и испуњавају одређени број услова са листе теста самосталности буду изопштени из примена заштитних одредаба радног права.¹²

3. ПРОБЛЕМ ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ „ЛАЖНО САМОЗАПОСЛЕНИХ ЛИЦА”

На европском нивоу још увек није договорена дефиниција лажног самозапошљавања. На светском форуму Организације за економску сарадњу и развој (OECD енг.) 2000. године покушано је да се уреди дефиниција, према којој се лажна самозапосленост односи на самозапослене „који се декларишу (или су декларисани) као самозапослени само да би (се) смањиле пореске обавезе, или одговорности послодаваца”.¹³ Дакле, лице се сматра лажно самозапосленим када су карактеристике и делатности самозапошљавања (аутономија, надметање за различите клијенте) ограничене или непостојеће. У складу са овом дефиницијом, лажно самозапошљавање садржи карактеристике подређених радних односа, као што су: дугорочни ангажман са једним извођачем/наручиоцем посла/послодавцем; недостатак контроле или аутономије над организацијом рада (радно време, место рада нпр.); недостатак сопствених средстава и опреме.

Међутим, лице које закључује уговор пословног права уместо уговора о раду не ужива заштиту и социјална права предвиђена законом о раду. Лажно самозапошљавање резултира ситуацијом фактичке подређености и зависности, што није признато правно или институционално у погледу радних и социјалних права, нити у погледу одговорности послодаваца према својим запосленима. Дакле, радници морају да се придржавају радних метода

¹² У складу са Законом о порезу на доходак грађана („Сл. гласник РС”, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019 и 5/2020 – усклађени дин. изн. – даље: Закон), који је у примени од 1. јануара 2020. године, уведен је нов начин опорезивања прихода који предузетници и предузетници паушалци остварују од налогодавца, у случају када се утврди несамосталност предузетника у односу на тог налогодавца.

¹³ OECD, *op. cit.*, стр. 156.

послодаваца, али су лишени разних права повезаних са статусом запосленог (као што је отпремнина у случају отпуштања, приступ бенефицијама за незапослене, заштита здравља и безбедности на раду) и због тога трпе негативне последице.

Основни проблем заштите лица која обављају привидни независни рад – лажно samozапослени представља правна квалификација уговора на основу којег су ангажована да раде за другог.

У међународном радном праву, овај проблем се решава применом „правила о превасходству стварне у односу на декларативно изражене воље уговорних страна, што је на нивоу Међународне организације рада потврђено као начело чињеничног првенства.”¹⁴ Начело чињеничног првенства заправо значи да се приликом одлучивања о постојању радног односа мора првенствено одлучивати у складу са постојећим чињеничним стањем, а не називом, односно формом које су одређеном правном односу дале његове стране.

У многим европским земљама концепт запосленог је био редефинисан са фокусом на критеријуме као што су субординација, алокација ризика и економска независност. Европски радни судови све више примењују критеријуме у оквиру индикације груписаног или мешовитог теста, у покушају да узму у обзир све релевантне околности приликом одлучивања о постојању радног односа.¹⁵ Овај поступак даје судовима боље разумевање стварних околности запослења или пословног односа, без обзира на формални статус радника, и омогућава прилагођавање концепта запосленог новим облицима рада. Постојање радног односа, отуд, не зависи од начина на који су стране описале свој однос, већ од испуњености одређених објективних услова, тако да је у случајевима злоупотребе овог правног института могуће утврдити постојање уговора о раду и неважност правних докумената који се користе за његово прикривање. То значи да се односи уговорних страна остварују на основу уговора о независном раду ако су оне то изричито определиле у називу и садржају свог уговора, осим ако једна страна докаже да начин примене номинално закљученог уговора не одговара правним правилима која важе за уговор о независном раду за другог.¹⁶

У оваквим околностима оно што посебно ствара несигурност јесте чињеница да се питању заштите samozапослених лица не посвећује довољна пажња. У Републици Србији толико, да није могуће пронаћи ни званичну дефиницију, а законодавни оквир којим би се уредио положај samozапослених лица још мање. У том погледу, у недостатку бољег, могу се применити одредбе којима се

¹⁴ Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 218.

¹⁵ Böheim, Mühlberger, *op. cit.*, стр. 185.

¹⁶ Eurofound, *op. cit.*, стр. 28.

уређује правни положај предузетника, али у том случају питање је како би се положај предузетника у односу на samozaposlena лица третирао – с обзиром на то да исти може бити ближи положају послодавца него запосленом. Зато је заштити и регулацији положаја лажних samozaposlenih потребно приступити са аспекта samozaposlenih лица која су ближе положају запослених.

Лажно samozaposljavaње је значајна тема и у много ширем контексту с обзиром на то да се питања појма запосленог лица првенствено тумачи у погледу испуњености елемента субординације у радном односу. У том смислу, у погледу заштите јако је важно јасно утврдити у ком положају се лице налази приликом поступка zaposljavaња с обзиром на то да целокупна права која може остварити зависе од радног статуса. Ово, јер примена права и обавеза у погледу заштите при zaposljavaњу, социјалног осигурања и опорезивања варира у различитим ситуацијама у зависности од радног статуса (samozaposlena лица су искључена из домета заштитног радног законодавства). Дакле, класификација радног статуса је важна не само са становишта правне перспективе у циљу спречавања заснивања симулованих правних односа онда када су заправо испуњени сви услови за постојање радног односа, већ и са друштвене тачке гледишта у циљу заштите лица која раде као прикривени запослени.

4. УПОРЕДНОПРАВНИ ПРЕГЛЕД УРЕЂИВАЊА ПРАВНОГ СТАТУСА И ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ „ЛАЖНО САМОЗАПОСЛЕНИХ”

Већина европских земаља суочава се са проблемом великог броја лица која раде под велом лажне samozaposlenosti. Као резултат тога, многи радници су искључени из система социјалног осигурања, као и из заштите радног законодавства. У теорији се тврди да су управо лажни samozaposleni лица чији је статус у погледу (не)уређености највише упитан.¹⁷ Сходно томе, неке земље донеле су, само делимично успешно, законе који се баве облицима рада који се налазе у овој „сивој зони” – проширујући заштиту и на она лица која се у погледу правног статуса налазе између зависног рада и самосталног samozaposljavaња.¹⁸

У Француској, у законодавном оквиру прави се разлика на основу раније изложене бинарне поделе на запослене са једне стране и независне samozaposlene са друге. Тако, у Закону о раду Француске дата је дефиниција *nezavisnoi kontraktiora* као лица које самостално уређује услове свога рада, или уговором у сагласности са другом страном – клијентом.¹⁹ Са друге стране,

¹⁷ Ibid.

¹⁸ OECD, *op.cit.*, стр. 156.

¹⁹ Code du Travail, čl. L. 8221-6-1, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>.

као критеријум разграничења поставља се и предуслов да лице које је регистровано у Агенцији за привредне регистре није запослени и да не пружа услуге у субординираном односу. Наведено посебно вреди, с обзиром на то да samozaposleni у највећем броју случајева пружају услуге више од једног лица. С обзиром на то да је samozaposlenost подобна за обављање различитих видова професије, у Француској је принцип постављен тако да се и посебним законима уређује положај ових лица – адвоката, нотара, архитеката, медицинских радника.²⁰ Међутим, оно што је важно јесте да се радноправно законодавство не примењује као принцип на samozaposlene, већ се препушта посебним законима.

У Немачкој, закон прави веома строгу разлику између запослених и samozaposlenih лица. Одлучујући фактор је *de facto* уговорни однос, односно какав је он заправо, а много мање је важно шта су се стране уговора договориле приликом закључивања истог. У том смислу, истичемо како се прави разлика између запослених и samozaposlenih, те је самим тим и могућност откривања лажних samozaposlenih изгледно већа. Члан 611а Немачког грађанског законика (BGB)²¹ дефинише запосленог као „свако лице које је, на основу уговора дужно да обавља послове у служби другог лица у личној зависности према упутствима и под контролом”. То значи да је запослени интегрисан у посао послодавца и подређен његовој власти. Запосленост (*employment* енг.) у смислу члана 7(1) Немачког социјалног законика (SGB), је „несамосталан рад, посебно у оквиру радног односа. Индикације запослености су: обављање рада према упутствима и интеграција у организацију рада послодавца”.²² Са друге стране, дефиниција samozaposlenog лица садржана је у § 84 II2 Трговачког законика (HGB), према којој је лице samozaposleno ако је суштински слободно да организује своју делатност и одреди своје радно време. Samozaposleni могу бити предмет одређених упутстава у оквиру уговора које закључују, али могу сами одлучити да ли и под којим условима обављају одређене задатке, односно нису лично зависни (за разлику од запосленог). Оно што је посебно важно јесте да су немачки судови усталили праксом да се постојање односа зависности оцењује на основу „чињеничног првенства”, односно да чињенично стање има примат над формално уређеном правном односу.²³

²⁰ Francis Kesler, “France” in: *Collective Bargaining for Self Employed Workers in Europe* (Bernd Waas, Christina Heissl eds.), Wolters Kluwer International, The Netherlands, 2021, стр. 105.

²¹ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 611a Arbeitsvertrag, https://www.gesetze-im-internet.de/rgb/_611a.html, 19. 8. 2022.

²² Sozialgesetzbuch (SGB IV) Viertes Buch Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbiv/1.html>, 19. 8. 2022.

²³ Rechtsprechung, BAG, 26. 5. 1999 – 5 AZR 469/98, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BAG&Datum=26.05.1999&Aktenzeichen=5%20AZR%20469/98>, 19. 8. 2022.

Оно што је посебно важно јесте да немачко право познаје и трећу категорију – ону између запослених и samozапослених лица – познатијих као лица слична запосленима, која се разликују од поменута два у погледу економске независности. У Законику о колективном преговарању и колективном уговору стоји следећа дефиниција „лица слична запосленима”: економски зависна и потребна им је социјална заштита упоредива са запосленима; раде за друга лица по основу уговора о делу; обављају услуге лично; без сарадње запослених; раде углавном за једну особу или од једне особе остварују више од половине укупне зараде. За обрачун је одлучујући период од последњих шест месеци.²⁴ Дакле, из овако постављене дефиниције, лица слична запосленима су по свом правном статусу ближе samozапосленима него запосленима. Стога, персонална независност је такође критеријум разграничења између запослених и лица слична запосленима. Лица слична запосленима су персонално независна – у смислу да могу слободно одлучивати са ким ће закључити уговор и пружати своје услуге, док су економски посматрано зависна у односу на наручиоца посла јер већина зараде долази од једног клијента. Овако посматрано можемо рећи да су лица слична запосленима привидно слична „лажним samozапосленима” у оквирима у којима се избегава примена радног права у погледу заштите запосленог и одговорности послодавца. Али је оваква позиција „лица сличних запосленима” у немачком законодавству правно уређена, па самим тим нема бојазни од прикривања и широке распрострањености симулованих правних послова.

У Шпанији, важан извор радног законодавства је Раднички статут (*Estatuto de los Trabajadores*), који регулише многе аспекте индивидуалног и колективног радног односа. Други закони, уредбе, декрети баве се низом сродних питања, као што су здравље и безбедност, синдикално организовање, право на штрајк, посебне врсте уговора о раду и томе слично. Раднички статут се, међутим, не примењује на одређене категорије радника, које су обухваћене посебним законодавством: попут кућне послуге, професионалних спортиста, глумаца, адвоката.²⁵ Када је реч о статусу запосленог – samozапосленог, у Шпанији је изузетно рано статус запосленог и samozапосленог регулисан посебним актима: Радничким статутом (1980) и Статутом samozапослених радника (2007), којима се разграничавају положаји ових лица и уређује њихов

²⁴ Tarifvertragsgesetz (TVG), § 12a Arbeitnehmerähnliche Personen.

²⁵ Раднички статут и разни други статuti који се односе на запошљавање сакупљени су, ради административне погодности, у једном Закону о раду и социјалном осигурању (Codigo Laboral i de la Seguridad Social). Изван делокруга овог Кодекса, закони у областима, као што су једнакост/недискриминација и заштита података/приватност су такође релевантни за радни однос. Судска пракса, посебно она Врховног суда, игра значајну улогу у тумачењу закона који се односе на запошљавање. Manuel Antonio Garcia-Munoz Alhambra, "Spain" in: *Collective Bargaining for Self Employed Workers in Europe* (Bernd Waas, Christina Heissl eds.), Wolters Kluwer International, The Netherlands, 2021, стр. 232.

правни статус. Као основни критеријум узима се критеријум подређености (*ajenidad* шп.) Статутом samozапослених радника је такође уведен и правно признат статус „економски зависног samozапосленог” (*trabajador autónomo económicamente dependiente – TRADE*). Најважнији критеријум којим се утврђује да ли радник пада у категорију *TRADE* је економска независност, па се тако самосталним радником сматра лице које најмање 75% укупног прихода остварује од једног клијента²⁶. Додатно, чланом 11. став 2. прописани су и други услови који такође морају бити испуњени да би лице било квалификовано као *TRADE*: забрана ангажовања или подуговарања са трећим лицима; поседовање сопствених средстава/опreme за рад, самостална организација рада.²⁷ Занимљиво је истаћи да се у Шпанији „лажно samozапосљавање” доводи у везу са економски зависним радом у смислу извршавања постојања оваквог статуса, па се оквиром „лажног samozапосљавања” обухватају две категорије: прво, она лица која су декларисана као samozапослени, али чињеничне околности су типичне за статус запосленог и друго, радници који су декларисани као samozапослени, али чије чињенично стање говори у прилог статусу *TRADE*. Међутим, „лажно samozапосљавање” није правно уређено као такво, већ се примењују одредбе које важе за *TRADE*.²⁸

У Чешкој Републици, издвајамо као пример добре праксе у погледу регулација проблема „лажне samozапослености”, чињеницу да Закон о раду дефинише ’запосљавање’ као ’радну активност која се обавља у оквиру односа надређености и подређености између послодавца и запосленог’.²⁹ Запосљавање се, тако, односи на лично обављање радне активности од стране запосленог у корист послодавца, у складу са упутствима потоњег, у његово име, и у замену за накнаду”. Осим тога, рад се обавља током одређеног радног времена претходно договореног, у просторијама послодавца или евентуално на другом уговореном радном месту, на трошак послодавца и на његову одговорност.³⁰ Детаљним критеријумима који однос квалификују као радни однос, чешки Закон о раду даје водич за одређивање шта треба сматрати радноправним односом и шта не би требало, а самим тим и шта би се могло окарактерисати као „лажно samozапосљавање”. Сходно томе, ако особа обавља активност са особинама које су типичне за радни однос, онда његов статус мора бити уређен на основу уговора о раду. Ако особа обавља радну делатност по основу пословне везе (на основу уговора којим се не заснива радни однос) код

²⁶ Члан 11. став 1. Статута самосталних делатности, нав. према: Manuel Antonio Garcia-Munoz Alhambra, *op. cit.*, стр. 232.

²⁷ Joaquín Pérez Rey, *El régimen profesional del trabajo autónomo económicamente dependiente*, Albacete, Bomarzo, 2016, нав. према: OECD, *op. cit.*, стр. 156.

²⁸ Manuel Antonio Garcia-Munoz Alhambra, *op. cit.*, стр. 232.

²⁹ Члан 4. став 2. Закон бр. 262/2006 Coll, наведено према: Eurofound, 2017, *op. cit.*, стр. 3.

³⁰ Eurofound, 2017, *op. cit.*, стр. 3.

послодавца, а такав рад испољава карактеристике радног односа, то би се могло сматрати обликом „лажног самозапошљавања”.³¹

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Проблем лажно самозапослених лица досеже значајно даље од саме потребе да се правни однос уреди у складу са чињеничним стањем ствари, односно да се искорени закључивање симулованих правних уговора када су испуњени елементи радног односа.

У Републици Србији се у циљу искорењивања „тренда” закључивања симулованих уговора може говорити о потреби за усвајањем посебног закона који би уређивао положај самозапослених, а који би истовремено уредио и статус других лица по угледу на примере из упоредног права. На тај начин заштита би се потенцијално проширила и на лица која нису у потпуности испунила услове за статус запосленог или самозапосленог.

У недостатку истог имало би места и предлогу о проширењу домета заштите Закона о раду и на лица која су *de facto* у статусу запосленог иако формално уређење правног односа са другом страном – *de facto* послодавцем, није дефинисано уговором о раду. У том смислу, требало би применити институт чињеничног првенства који познају национална законодавства из упоредног права.

Сумирано, требало би узети у обзир поједине услове, чије би испуњење квалификовало лице за субјекта радноправне заштите иако *de iure* није реч о запосленом као субјекту радноправног односа. За први од услова требало би поставити економску зависност лица. Наиме, ако је лице економски зависно од једног клијента у смислу да од њега остварује већински приход од стране једног клијента/наручиоца посла/послодавца. Друго, постојање обавезе поштовања упутстава, што даље подразумева да лице мора да прати упутства приликом рада, односно да ради под контролом која је слична оној коју послодавци имају над радом својих запослених. Треће, требало би водити рачуна о екстерној контроли. Овај услов обухвата околности у којима лице не може да одреди сопствене методе рада, већ је интегрисано у интерне процесе рада лица за које обавља посао. Четврто, лице не сме имати статус предузетника, односно не сме да обавља посао као регистровани предузетник јер у том случају његов статус није упитан и напослетку, као пети услов, требало би да лице обавља рад у просторијама „послодавца” (клијента).

У случају да су наведени услови испуњени, оправдано је сматрати да је реч о лицу коме је потребна заштита која се пружа и лицима која раде по основу

³¹ Ladislav Průša et al., *The Socio-economic Status of Self-employed Persons in Czech Society*, Research Institute for Labour and Social Affairs, Prague, 2019, https://katalog.vupsv.cz/Fulltext/vz_293.pdf, 19. 8. 2022.

уговора о раду. Наведени услови би тако, требало да указују да *de facto* намера није била да се лице изопшти из обавеза која има запослени, већ напротив, да се избегне потреба поштовања права запослених у радном односу.

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

- Böheim, R., Mühlberger U., “Dependent self-employment: workers between employment and self-employment in the UK”, *Zeitschrift für Arbeitsmarkt Forschung – Journal for Labour Market Research*, No. 92, Springer.
- Collins, H., “Independent contractors and the challenge of vertical integration to employment protection laws”, *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 3/1990, Vol 10.
- Eurofound, *Fraudulent contracting of work: Bogus self-employment* (Czech Republic, Spain and UK), Dublin, 2017.
- Freedland, M., *The Personal Employment Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- Garcia-Munoz Alhambra, M. A., “Spain” in: *Collective Bargaining for Self Employed Workers in Europe* (Bernd Waas, Christina Heissl eds.), Wolters Kluwer International, The Netherlands, 2021.
- Kesler, F., “France” in: *Collective Bargaining for Self Employed Workers in Europe* (Bernd Waas, Christina Heissl eds.), Wolters Kluwer International, The Netherlands, 2021.
- Muehlberge, U., *Dependent Self-Employment Workers on the Border Between Employment and Self-Employment*, I издање, Palgrave Macmillan, New York, 2007.
- Murgia, A., et al., “Hybrid Areas of Work Between Employment and Self-Employment: Emerging Challenges and Future Research Directions”, Published online 2020 Jan 21. doi: 10.3389/fsoc.2019.00086.
- OECD, *The partial renaissance of self-employment*, – *Employment Outlook*, 2000.
- Pérez Rey, J., *El régimen profesional del trabajo autónomo económicamente dependiente*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- Průša, L., et al., *The Socio-economic Status of Self-employed Persons in Czech Society*, Research Institute for Labour and Social Affairs, Prague, 2019, https://katalog.vupsv.cz/Fulltext/vz_293.pdf, 19. 8. 2022.
- Thörnquist, A., “False Self-Employment and Other Precarious Forms of Employment in the “Grey Area” of the Labour Market”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 31, бр. 4/2015.
- Јашаревић, С., Обрадовић, Г., „Актуелност радног права Србије и нови изазови”, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 3/2021.

Ковачевић, Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2013.

Рељановић, М., Мисаиловић, Ј., „Радноправни положај дигиталних радника – искуства европских земаља”, *Сѝрани ѝравни живоић*, бр. 3/2021.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о порезу на доходак грађана („Сл. гласник РС”, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – одлука УС, 7/2012 – усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 – одлука УС, 8/2013 – усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 – испр., 108/2013, 6/2014 – усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 – др. закон, 5/2015 – усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 – усклађени дин. изн., 7/2017 – усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 – усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 – усклађени дин. изн., 86/2019 и 5/2020 – усклађени дин. изн.

Code du Travail, доступно на: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>.

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Arbeitsvertrag, https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_611a.html.

Sozialgesetzbuch (SGB IV) Viertes Buch Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung, <https://www.sozialgesetzbuch-sgb.de/sgbiv/1.html>.

Rechtsprechung, BAG, 26. 5. 1999 – 5 AZR 469/98, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BAG&Datum=26.05.1999&Aktenzeichen=5%20AZR%20469/98>, 19. 8. 2022.

Tarifvertragsgesetz (TVG), Arbeitnehmerähnliche Personen.

Summary: In many legal systems around the world, “false self-employed” belong to the so-called “grey zone” – somewhere between employees and self-employed, and sometimes even employers. The ways of providing legal protection and regulating their legal status represent a challenge that is primarily caused by the fact that there is no one universally accepted definition that would include these persons. The key problem can be found in the dichotomous division in the world of work on dependent and independent work, where those who do not meet the conditions of belonging to one or the other cannot be subject of adequate legal protection. This lack is of highest important to be fulfilled in the future, having in mind that so many new forms of work is on the edge with meeting all the elements of employment, although certain labour protection is unquestionable.

Paper deals with the need to classify false self-employed in the category of those who, with the fulfillment of certain conditions, should be provided with an adequate legal protection similar to that enjoyed by employees, while relying on the examples of good legislative solutions from the comparative law.

Keywords: false self-employed, self-employment, dependent work, independent work, division of labour.